

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
TESI DI DOTTORATO DI RICERCA IN FILOSOFIA DEL DIRITTO

*Positivismo jurídico y contexto.
Un debate sobre los enunciados jurídicos.*

DOTTORANDA: SCAVUZZO NATALIA
TUTORI: RICCARDO GUASTINI – CRISTINA REDONDO

Introducción: Sobre el significado de los enunciados jurídicos. Desafío y premisas de la investigación	5
Capítulo I. Elementos para un análisis de los enunciados jurídicos.....	19
1. Enunciados en función cognoscitiva y teoría del derecho	19
1.1 Conocimiento social y giro lingüístico	26
1.2 Significado como uso	28
2. Enunciados jurídicos e interpretación.....	39
3. Enunciados usados para expresar normas y enunciados usados para expresar proposiciones normativas	49
4. Enunciados internos y enunciados externos	52
5. Enunciados jurídicos y ciencia del derecho.....	59
5.1 Modelos de ciencia jurídica.....	59
5.2 Problemas respecto de la ciencia del derecho y el rol de la dogmática	66
Capítulo II. El significado de los enunciados jurídicos en el positivismo jurídico clásico. Distintos modelos.....	74
1. Propositiones de deber. El modelo kelseniano	81
1.1 El concepto de norma	84
1.2 Existencia de normas	87
1.3 Descripción de normas	90
1.4 Propositiones normativas	93
1.5 Enunciados jurídicos.....	108
2. von Wright. Normas, enunciados normativos y proposiciones normativas	111
2.1 El concepto de norma	113
2.2 Existencia de normas	117
2.3 Descripción de normas	121
2.4 Propositiones normativas	122
2.5 Enunciados jurídicos.....	123
3. Propositiones normativas como proposiciones de hecho. El modelo realista	135
3.1 El concepto de norma	138

3.2 Existencia de normas	139
3.3 Descripción de normas	140
3.4 Propositiones normativas	142
3.5 Enunciados jurídicos.....	144
4. Propositiones normativas sistemáticas: el modelo de Alchourrón y Bulygin.....	149
4.1 El concepto de norma	159
4.2 Existencia de normas	163
4.3 Descripción de normas	168
4.4 Propositiones normativas	169
4.5 Enunciados jurídicos.....	175
5. Resumen: cuatro modelos teóricos sobre el derecho.....	180
6. Sobre el significado de los enunciados jurídicos en el positivismo clásico.....	183
Capítulo III. El significado de los enunciados jurídicos en el positivismo jurídico hartiano.	186
1. El modelo de <i>El concepto de derecho</i>	189
1.1 El concepto de norma	212
1.2 Existencia de normas	214
1.3 Descripción de normas	219
1.4 Propositiones normativas	227
1.5 Enunciados jurídicos.....	229
2. Reglas conceptuales vs. reglas de conducta	236
2.1 La regla de reconocimiento: ¿regla conceptual o regla de conducta?.....	237
2.2 Seguimiento de reglas conceptuales y seguimiento de reglas regulativas	247
Capítulo IV. Poniendo en contexto los enunciados jurídicos	261
1. El problema de la objetividad y la distinción interno/externo.....	261
1.1 Objetividad y posición del sujeto cognoscente	262
1.2 Objetividad como ausencia de valoración	269
2. Participantes, observadores e identificación del derecho.....	273
2.1 Crítica a la tesis de la identificación objetiva del derecho	273
2.2 Análisis del debate	286

2.3 Especificaciones respecto de la distinción entre participantes y observadores.....	292
2.4 El caso de la identificación de “derecho”	295
3. Una tipología de enunciados jurídicos.....	297
(A) Una interpretación externa descriptiva	299
(B) Una interpretación externa prescriptiva	301
(C) Una interpretación interna descriptiva.....	302
(D) Una interpretación interna prescriptiva	303
Consideraciones finales	305
Bibliografía	309
Agradecimientos	321

Introducción: Sobre el significado de los enunciados jurídicos. Desafío y premisas de la investigación

Al analizar enunciados sobre el derecho tales como "En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia", surgen los siguientes interrogantes: ¿se trata de un enunciado verdadero?, y en caso afirmativo, ¿de qué depende la verdad de este enunciado?

La presente tesis versa sobre el significado de este tipo de enunciados jurídicos. El trabajo presenta un análisis de cómo distintas teorías positivistas, con sus respectivos marcos epistemológicos, entienden el significado de los enunciados jurídicos. La propuesta final de la investigación consiste en tomar algunos elementos relevantes de estas teorías y, combinándolos, proponer una actualización superadora del positivismo jurídico.

Es importante señalar a grandes rasgos que usar el lenguaje es un tipo de actividad, cada vez que emitimos oraciones mediante algún tipo de lenguaje realizamos un tipo de acción¹. Esta actividad se desarrolla en contextos específicos, donde los enunciados son productos de actos de habla, los cuales tienen distintas finalidades (y, por lo tanto, distintos significados)².

¹ Realizar una actividad implica participar en cierta práctica o "forma de vida". Véase, WITTGENSTEIN L., 1999. El lenguaje, lejos de ser un reflejo del pensamiento, es una forma de comportamiento (BAKER G.P. y HACKER P.M.S., 1984: 444). Puede verse cómo expresar algo es siempre hacer algo (sea emitir sonidos, expresar palabras o expresar sentido y referencia) Cf. AUSTIN J. L., 1975: 92.

² En su obra *How to Do Things with Words*, AUSTIN define acto locucionario como el acto de decir algo con significado (sentido y referencia), es el mero pronunciar un enunciado. Al mismo tiempo, pronunciar un enunciado es a su vez realizar un acto ilocucionario. Esto se relaciona con el uso que hacemos del enunciado en determinada ocasión. Por ejemplo: hacer una sugerencia, una pregunta, dar un consejo, una orden, etc. En estos casos al emitir un enunciado estamos haciendo algo, y esto se denomina "acto ilocucionario". Los distintos tipos de actos ilocucionarios muestran las distintas funciones que puede tener el lenguaje y se estudian como "fuerzas ilocucionarias" (AUSTIN J. L., 1975). Véase específicamente "Lecture VIII".

Podemos indicar dos funciones características del uso del lenguaje: la función cognoscitiva y la función práctica³. La función cognoscitiva es aquella en la que el lenguaje se utiliza para transmitir conocimiento, para expresar cómo es algo. En este caso, se dice que los enunciados buscan transmitir "cómo es el mundo". Estos enunciados son el producto de una aserción, de un acto asertivo (o constativo)⁴. Este uso del lenguaje está orientado a la comprensión y la explicación.

La función práctica del uso del lenguaje, en cambio, es aquella que busca dirigir el comportamiento. En este sentido, un enunciado con función práctica estaría orientado a guiar la conducta o a justificar determinada acción o estado de cosas. Los enunciados en este uso del lenguaje buscan influir en la acción, aconsejar, reclamar, reivindicar, ordenar, etc.

Pensemos, por ejemplo, en una situación en la que una amiga me cuenta que un miembro de su familia sufre una enfermedad terminal y desea poner fin a su vida. Ella me consulta si en Italia está permitida la eutanasia. Luego de informarme al respecto le comunico que "en Italia está prohibida la eutanasia". Mi amiga, no conforme con mi respuesta, y dado que se encuentra en una situación personal delicada, asiste a un consultorio médico donde consulta con profesionales que le informan que "no están autorizados a llevar a cabo ni suicidio asistido ni eutanasia". Todavía, no conforme con esta respuesta, ella consulta a una abogada, quien repite, para tristeza de mi amiga, lo que ya le habíamos informado. La abogada explica que no hay una normativa específica que regule la eutanasia y el

³ No significa esto que no haya otras, a saber, preguntar, bromear, etc.

⁴ Tradicionalmente la aserción ha sido la forma de expresión más estudiada en la filosofía del lenguaje. Sin embargo, esta constituye sólo uno de los actos lingüísticos que los hablantes realizamos. Como es sabido (y más en el derecho), el lenguaje se utiliza también para dictar órdenes, dar consejos, hacer preguntas, etc. En este sentido, "It was for too long the assumption of philosophers that the business of a 'statements' can only be to 'describe' some state of affairs, or to 'state some fact', which must do either truly or falsely" (AUSTIN J. L., 1975: 1).

fin de vida, a excepción de la reciente ley sobre el biotestamento⁵, que prevé el derecho a la interrupción de los tratamientos (expresamente incluye la hidratación y la alimentación artificial) y la posibilidad de solicitar una terapia contra el dolor, incluso hasta el grado de la sedación total. Además, le informa de la existencia de algunas resoluciones judiciales aisladas donde en instancia de la audiencia preliminar se han rechazado las denuncias por homicidio en casos de eutanasia pasiva. Asimismo, la abogada procede a leerle el artículo 579 del Código Penal Italiano, que reza: "Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. (...)". Sin embargo, dada la difícil situación personal por la que atravesaba mi amiga, con la ayuda de un profesional de la salud de confianza, ponen fin a la vida de su familiar. Seguidamente, el caso llega a conocimiento del fiscal de instrucción, quien procede a desarrollar la investigación penal preparatoria. La causa se eleva a juicio y, finalmente, mi amiga y el médico son condenados por cometer homicidio conforme a lo dispuesto por el derecho italiano. En el fallo judicial puede encontrarse expresado el siguiente enunciado "en Italia está prohibida la eutanasia".

El ejemplo pretende mostrar que en diversas situaciones se profieren enunciados sobre lo que el derecho manda, prohíbe o permite hacer, pero no siempre con la misma función. A simple vista pueden distinguirse enunciados sobre el derecho en función práctica y enunciados sobre el derecho en función cognoscitiva.

En este sentido, los enunciados expresados en la resolución judicial o en el código penal italiano parecen ejemplos claros de enunciados que intervienen en un razonamiento práctico. Estos enunciados generalmente forman parte de una inferencia práctica, son usados como premisa que justifica la conclusión práctica.

⁵ Ley N° 219 aprobada el 22 de diciembre de 2017, entrada en vigor el 16 de enero de 2018. Podría entenderse que el caso de la eutanasia pasiva en ciertas circunstancias se encuentra regulado ahora por esta ley (si bien no menciona el caso del respirador artificial), mientras que aún la eutanasia activa sigue sin una regulación específica.

Sin embargo, el enunciado mediante el cual el abogado o yo informamos a mi amiga sobre qué prevé el derecho italiano respecto de la eutanasia, tiene una función radicalmente diferente. Este tipo de enunciados busca informar sobre un estado de cosas (respecto del cual la opinión, los sentimientos personales y las intenciones, míos o de la abogada, son irrelevantes para la determinación de significado del enunciado). En este caso, podemos hablar de enunciados en función cognoscitiva.

Es relevante considerar que la forma gramatical no determina por sí cuál es el uso del lenguaje que se hace. Por esto, la misma secuencia de palabras (como podría ser el enunciado propuesto al inicio) puede expresarse con una función cognoscitiva o con una función práctica.

En la presente investigación indagaremos respecto del significado y las condiciones de verdad de los enunciados que buscan describir aquello que el derecho establece. Es decir, enunciados jurídicos que forman parte del discurso cognoscitivo. Es por esto que uno de los principales aspectos para comprender el presente trabajo es la distinción entre los enunciados jurídicos en función cognoscitiva y en función práctica⁶.

Este punto está estrechamente relacionado a la pregunta de si un enunciado tiene un significado (semántico) pero es usado de diferente forma (pragmática) o, por el contrario, si un enunciado según el contexto en que es utilizado tiene distinto significado. Los teóricos del derecho, al analizar los enunciados jurídicos, dan distintas respuestas a esta cuestión⁷. Principalmente, porque la respuesta

⁶ Explica MUFFATO que los enunciados deónticos (aquéllos que contienen un predicado modal deóntico) según el contexto pueden entenderse como expresando una prescripción o una aserción. Esta posibilidad de asumir un significado práctico o teórico puede entenderse como un producto: I) de la semántica- y en este caso se habla de ambigüedad de los enunciados-; o II) de la pragmática – caso en que se habla de la ambivalencia del enunciado. Esto dependerá de la forma de entender la semántica, la pragmática y la relación entre ambas (MUFFATO N., 2010).

⁷ Por ejemplo, podemos adelantar como Alchourrón y Bulygin parecen optar por la primera vía, mientras que Kelsen, por ejemplo, por la segunda.

depende de cuáles son sus concepciones subyacentes sobre qué son el derecho, el lenguaje y el significado. Por esta razón, es importante aclarar, como premisa de investigación, que en este trabajo asumo que el significado de un enunciado depende de su uso en un contexto determinado. Así, el significado de un enunciado depende tanto de su "fuerza ilocucionaria" como del contexto en el que tiene lugar el acto del lenguaje del que es resultado.

En general, los teóricos reconocen que el derecho es un instrumento diseñado para guiar la conducta, que tiene capacidad para influir en nuestro razonamiento práctico. Esta conexión entre el derecho y la acción de los sujetos sometidos a determinado sistema jurídico es de suma importancia y es explicada de diversas maneras: el derecho da razones para la acción, el derecho permite prever consecuencias dañinas y por eso guiamos nuestra conducta para evitar ser sancionados, etc. Aunque estos problemas son centrales para entender el fenómeno jurídico, no me detendré en ellos en esta investigación. El interés es el análisis del discurso, que se centra en los enunciados jurídicos en función cognoscitiva. Es decir, enunciados sobre el derecho producto de la actividad de conocimiento y descripción del derecho.

¿Qué conductas son permitidas, prohibidas o exigidas por algún ordenamiento jurídico particular? Con esta pregunta se busca conocer cuáles son las conductas o estados de cosas exigidos, en determinado momento y lugar, conforme a un sistema jurídico específico. Esta pregunta está dirigida a saber cuál es el contenido del derecho. El enunciado del tipo "la eutanasia está prohibida en el ordenamiento jurídico italiano", refiere a lo que establece un ordenamiento jurídico determinado. El interés es analizar los enunciados jurídicos que refieren a sistemas jurídicos particulares, es decir al derecho italiano, argentino, español, norcoreano, etc. Enunciados que expresan que determinada acción es obligatoria, prohibida o

permitida en un sistema jurídico, o que es necesario llevar a cabo determinados actos para lograr ciertos efectos jurídicos.

Aunque a simple vista podría parecer obvio que el derecho puede conocerse y que este conocimiento puede ser expresado, en la teoría del derecho no hay una respuesta pacífica o unívoca a este interrogante y, en su caso, de qué tipo de respuesta se trata. No hay acuerdo sobre las características del discurso cognoscitivo sobre el derecho. Otra forma de plantear la misma cuestión es preguntarse si puede haber enunciados verdaderos o falsos respecto de lo que el derecho manda, permite o prohíbe hacer; y de qué depende su verdad.

Volvamos al ejemplo sugerido; si me pregunto: ¿está permitida la eutanasia en el ordenamiento jurídico italiano?, realizo una pequeña investigación y concluyo que la eutanasia está permitida en el ordenamiento jurídico italiano. Imagino que muchos colegas se apresurarían a corregirme para señalarme que he incurrido en un error y, por lo tanto, esa respuesta no es correcta. Este ejemplo pretende captar una intuición común entre los juristas y teóricos del derecho: la práctica jurídica cuenta con criterios de corrección y es posible elaborar un discurso descriptivo sobre el contenido del derecho, sobre lo que un ordenamiento ordena, permite o prohíbe hacer.

Desde la famosa distinción de Bentham entre jurisprudencia expositiva y jurisprudencia crítica⁸, se advierte un interés por la descripción de los ordenamientos jurídicos vigentes, del derecho dado o puesto, que se distingue de cuestiones como su valor moral o su utilidad política. La posibilidad y el modo de conocer el derecho es importante, tanto para quienes quieren aplicarlo como para

⁸ Bentham sostiene que un trabajo sobre el derecho puede tener solamente dos objetos. Uno es investigar cuál es el derecho y, el otro, cuál debería ser el derecho. El primero sería un trabajo de *expository jurisprudence*, que podríamos llamar dogmática o ciencia del derecho expositiva –veremos luego por qué no es tan sencillo especificar a qué refiere el término inglés *jurisprudence*. El segundo, sería un trabajo de *ensorial jurisprudence* o, podríamos decir, dogmática o ciencia del derecho censoria (BENTHAM, 2010: 16).

quienes quieren criticarlo, modificarlo, justificarlo, etc. En este sentido, para poder sostener que hay una diferencia (y que ésta tiene relevancia) entre el derecho que *es* en un momento y lugar determinado y el derecho que *debe ser* según alguna ideología, se necesita poder conocer cuál es el derecho que *es*. Es decir, se presupone que el derecho que *existe* puede ser identificado⁹.

Por otra parte, no se pone en cuestión la importancia de otras preguntas como: ¿Debo hacer lo que prescribe el derecho? O, ¿Tengo una obligación de actuar conforme me lo exige el derecho? Sin embargo, estos interrogantes tienen un carácter esencialmente práctico (buscan conocer qué debo hacer) y no entran dentro del ámbito de este trabajo. Éste se orienta a responder a los interrogantes planteados sobre el conocimiento y las características del discurso cognoscitivo sobre el derecho. Considero que algunos de los inconvenientes o de las discusiones que los filósofos del derecho han afrontado, en este contexto, parecen ser el producto de olvidar esta distinción, ya hasta al hartazgo conocida, entre lo que el derecho es y su mérito o demérito y, todo considerado, si debemos o no acatarlo.

Si retomamos nuevamente el ejemplo anterior y nos preguntamos: ¿Está permitida la eutanasia en el ordenamiento jurídico italiano?, una posible respuesta podría ser la expresada mediante el siguiente enunciado:

(1) En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia.

Este enunciado es un enunciado deóntico. Lo reconocemos como tal por que encontramos en él la palabra "prohibida". De esta forma realizamos una

⁹ En este sentido afirma Comanducci: "Que el Derecho pueda ser conocido es, en sentido técnico, una presuposición, es decir, un presupuesto necesario de muchas prácticas sociales complejas" (COMANDUCCI P., 2010: 175). Entre estas prácticas complejas, por ejemplo: la enseñanza del derecho, el asesoramiento legal, las discusiones entre partes respecto de quién tiene razón en un pleito, la aplicación de normas previas por parte de los jueces., etc. Aun más, agrega: "Ni los más radicales representantes del realismo jurídico, escandinavo o norteamericano, ni de los *Critical Legal Studies* han llegado a negar la posibilidad de conocer, de alguna forma, algo que se le pueda llamar 'Derecho', dado que ellos tienen como mínimo, la pretensión de presentar teorías científicas verdaderas acerca del Derecho" (COMANDUCCI P., 2010: 175).

identificación sintáctica del enunciado deóntico¹⁰. Gran parte del discurso sobre el derecho está formado por enunciados deónticos. Sin embargo, no hay acuerdo respecto de qué significa un enunciado de este tipo. ¿Cuál es el significado de este enunciado que sostiene que una conducta se encuentra prohibida?

Este tipo de enunciados presenta una serie de complejidades que sólo aparecen cuando vemos un poco más allá del aparente acuerdo superficial que todos podríamos tener con el enunciado (1). No existe entre los teóricos del derecho acuerdo sobre la estructura profunda de este tipo de enunciados. Es decir, que hay diversas teorías que tratan de explicar su significado, y desacuerdan sobre la posibilidad de un genuino discurso cognoscitivo que los contenga y, por consiguiente, valoran de diferente modo su utilidad como parte de un discurso descriptivo sobre el derecho.

A modo de ejemplo veremos algunos de los interrogantes que el enunciado (1) nos presenta.

Desde el punto de vista de la pragmática del acto de expresar (1):

¿He expresado una orden que manda a mis lectores a no cometer actos de eutanasia? ¿Acaso, un consejo? ¿O, en lugar de esto, se trata de un enunciado que busca informar qué es lo prescripto por el derecho italiano?

¿De qué tipo de acto ilocucionario se trata? Así veremos cómo el mismo enunciado puede ser formulado para realizar actos ilocucionarios muy diversos.

¿Se trata a caso de una iteración de una norma tácita, a la cual yo, intérprete, doy apoyo, valoro como consistente con mis intuiciones morales y por eso les pido

¹⁰ Los enunciados deónticos son aquéllos con los cuales se indica mediante una modalidad deóntica el estatus normativo de cierta acción o estado de cosas, expresan que determinada acción es "permitida", "prohibida" u "obligatoria".

acatar? ¿Qué información presupongo cuando profiero este enunciado? ¿Cuáles son las implicaturas conversacionales de expresar (1)¹¹?

¿Es (1) el producto de un acto de decisión o el resultado de una actividad cognitiva?

Por otro lado, concentrándonos en la semántica de (1):

¿Puede tener mi enunciado valor de verdad? En esta investigación se presupone que este enunciado puede tener valor de verdad. Y, a partir de este supuesto se abren otras preguntas cuya respuesta ciertamente no se presupone sino que serán el objeto de la investigación: ¿cuáles serían sus condiciones de verdad?, o ¿qué condiciones lo convertirían en una aserción justificada? ¿Es (1) un tipo de discurso directo, o de discurso indirecto? ¿A caso un tipo de citación? ¿Depende el significado del enunciado -sus condiciones de verdad o de justificación- del especial punto de vista del sujeto que lo emite?

Pensemos ahora en los siguientes enunciados:

(I) Es incorrecto cometer actos de eutanasia.

(II) Si cometes un acto de eutanasia probablemente seas castigado.

(III) Sería conveniente para ti que no cometas actos de eutanasia.

(IV) Odio que la gente cometa actos de eutanasia.

(V) ¡Ojalá pudiéramos cometer actos de eutanasia!

(VI) En Italia jurídicamente no debes cometer actos de eutanasia

¿Expresa alguno de los enunciados de (I)-(VI) lo mismo que el enunciado (1)? Algunos teóricos del derecho han afirmado que sí. De todas formas, el

¹¹ Esto refiere a lo que no es dicho literalmente pero se hace entender. Puede depender del significado de las palabras, del contexto del discurso o de la intención del hablante. Véase, PENCO C., 2004: 131.

problema es que no todos concuerdan respecto de cuál de éstos expresa un contenido similar al del enunciado (1). Así, puede verse todos los interrogantes que surgen si comenzamos a indagar más allá del aparente acuerdo inicial respecto de que (1) expresa un enunciado verdadero. Cada respuesta que se da a estas preguntas presupone una forma particular de comprender el derecho, el lenguaje y, por consiguiente, el discurso que versa sobre el derecho y los enunciados que lo componen.

El discurso cognoscitivo sobre lo que el derecho manda, permite o prohíbe hacer está compuesto por enunciados que llamaremos enunciados jurídicos descriptivos. Éstos también suelen ser llamados "enunciados jurídicos", "enunciados de derecho", "enunciados sobre el derecho"¹²; también es común la referencia a "enunciados normativos" y, como ya se expuso, "enunciados deónticos". Cabe aclarar que la referencia a enunciados normativos y enunciados deónticos parece no limitarse al ámbito jurídico; sin embargo, en este trabajo serán considerados "enunciados normativos *jurídicos*" y "enunciados deónticos *jurídicos*"¹³.

Los enunciados que se investigan en este trabajo son aquéllos que describen qué es permitido, obligatorio o prohibido por un sistema jurídico particular. Bayón distingue entre dos preguntas, "¿qué es derecho?" y "¿cuál es el derecho? (de una comunidad determinada en un momento dado)" (Bayón J.C., 2012: 34). En el mismo sentido, es importante aclarar, como lo hace por ejemplo Hart en su *Post*

¹² Los autores varían la terminología con que los denominan, por lo que hay que considerar que en la literatura estas expresiones no son siempre análogas o utilizadas en el mismo sentido. También debe considerarse que en la literatura anglófona se habla de *statements* en un sentido técnico, como aserciones verdaderas o falsas, término que generalmente se traduce al castellano como "enunciados". Esta traducción se enfrenta a la ambigüedad de que los enunciados pueden o no expresar aserciones con valor de verdad.

¹³ Un problema ulterior debe enfrentarse aquí, ya que algunos autores entienden que no es posible distinguir diversos tipos de "normatividad" (por ejemplo, Raz), por lo que podría entenderse que los enunciados normativos pertenecen todos al mismo contexto o al mismo grupo de pertenencia.

Scriptum, para evitar confusiones¹⁴, que debe distinguirse los enunciados acerca de lo que es "el derecho", de los enunciados acerca de qué es "derecho". En el primer caso, se trata –como en este trabajo– de enunciados sobre un sistema jurídico particular en cierto momento. Mientras que en el segundo caso, se trata de enunciados sobre el concepto de derecho¹⁵.

Finalmente, corresponde llamar la atención sobre un fenómeno sugerente. Parece existir una cierta tensión (o distancia) entre el discurso sobre el derecho que pretende rigurosidad científica y el discurso sobre el derecho que desarrollan los operadores jurídicos (jueces y abogados), profesores de derecho, legisladores, la prensa y todos los sujetos que, en distintas formas, se conectan con el derecho. Pensemos en el significado de los enunciados que afirman que una cierta acción es jurídicamente obligatoria, prohibida o permitida. La pregunta por el significado y las condiciones de verdad de enunciados del tipo: "Conforme al derecho italiano está prohibido matar animales por crueldad o sin necesidad", "En Italia es obligatorio pagar un impuesto a las ganancias", "Los ciudadanos italianos tienen derecho al voto", parece tener respuestas diferentes según quién y en qué contexto los profiera.

No solamente existe esta distancia entre el discurso de los teóricos del derecho y quienes en distintas formas se relacionan con el derecho, sino que también la misma puede apreciarse dentro de las diferentes propuestas teóricas. Diferentes posiciones teóricas explican cuál es el significado de los enunciados jurídicos de forma diversa. En parte, porque las teorías no distinguen suficientemente los contextos en que es posible preguntarse por el contenido del derecho y en los cuales los enunciados sobre el derecho son proferidos y, por lo

¹⁴ Como sería el caso de Dworkin, véase HART, *Post Scriptum*.

¹⁵ Sin embargo, se verá cómo la forma en que se responde a la primera cuestión está influenciada en parte por cómo respondemos a la primera, es decir qué entendemos que es el derecho.

tanto, cuál es la utilidad específica de estos enunciados (su *point*) y su significado en cada uno de estos contextos.

La presente investigación versa sobre distintas concepciones de los enunciados jurídicos descriptivos y de la ciencia del derecho dentro del positivismo jurídico. Uno de los aspectos a analizar es cómo diversas teorías positivistas entienden el significado de estos enunciados jurídicos y, en virtud de esto, qué características atribuyen al discurso descriptivo sobre el derecho –i.e. a la ciencia jurídica.

Tradicionalmente, las teorías del derecho pertenecientes a la corriente del positivismo jurídico, bajo la influencia de la filosofía analítica, han buscado dotar al discurso sobre el derecho de la mayor rigurosidad posible, trabajando con enunciados susceptibles de verificación empírica y buscando la neutralidad respecto de valores éticos. Esto ha llevado a una gran sofisticación de las teorías del derecho positivistas y al desarrollo de importantes instrumentos metodológicos para el análisis del discurso sobre el derecho como, por ejemplo, la distinción entre enunciados que expresan normas y enunciados que expresan proposiciones normativas.

Sin embargo, dentro del positivismo jurídico, pueden encontrarse distintas propuestas con distintas bases metodológicas que llegan (en algunos casos) a entrar abiertamente en tensión con algunos presupuestos metodológicos clásicos de la propia corriente. En particular se ha argumentado que la comprensión del sentido de prácticas sociales es diferente de la explicación y la verificación causal. Piénsese, por ejemplo, en Hart al introducir la perspectiva del participante en la teoría del derecho. En *El concepto de derecho*, él argumenta que el conocimiento del derecho requiere la necesaria atención del punto de vista interno, el cual parece no

ser accesible mediante datos empíricos. Esto lo lleva a distinguir entre enunciados externos e internos sobre el derecho¹⁶.

La investigación, si bien se apoya en un trasfondo filosófico anti-teórico, que concibe la labor filosófica principalmente como terapia lingüística, lo hace para derrumbar dos intuiciones que parecen íntimamente arraigadas en algunas concepciones del positivismo jurídico que, paradójicamente, también trataban de "desmitificar" el derecho: el platonismo y el regularismo. Siguiendo este camino, en este trabajo se toma algunos elementos filosóficos de la obra de Hart para "desmitificar" los modelos de ciencia del derecho positivista. Esto lleva, por un lado, a rechazar la idea de un modelo de ciencia jurídica que describe entidades platónicas o del tercer reino. Y, por el otro, a rechazar el postulado de que la ciencia del derecho describe entidades psicológicas que determinan causalmente cómo pensamos. Se evita de esta forma la idea de que una acción es correcta si encaja en una regularidad de comportamiento o si el agente tiene una disposición a hacerla. Esta última posición es conocida como *regularismo*, y representa la posición de algunas teorías del derecho como las teorías ius-realistas o los *critical legal studies*¹⁷. Se defiende aquí, como mejor alternativa dentro del positivismo jurídico, un enfoque contextualista y normativista, sensible a la doble faz del uso del lenguaje: por un lado, su dependencia de constricciones propias de las prácticas sociales y, por el otro, la posibilidad intrínseca de nuevos usos en contextos específicos.

Para esto, en el primer capítulo se explicitan las premisas de las que parte la investigación, en referencia al lenguaje y a algunos aspectos centrales de la ciencia

¹⁶ Cf. HART H.LA., 2011.

¹⁷ El regularismo es un tipo de naturalismo, presupone la existencia de hechos fundamentales naturales/empíricos que determinan ciertos usos o interpretaciones de las expresiones lingüísticas. El regularismo es incapaz de dar cuenta de la diferencia entre lo que es de hecho regularmente hecho o lo que un sujeto tiene disposición a hacer y lo que *debe* ser o hacerse. Además, como las regularidades y las disposiciones no se pueden auto-identificar no hay forma de diferenciar entre ellas y tomar en cuenta aquéllas relevantes sin usar algún criterio normativo (MUFFATO N., 2017: 156).

jurídica. En este punto se distingue entre dos familias o formas de pensar la labor teórica sobre el derecho. Un primer grupo que, a los fines de construir un marco epistemológico con la mayor objetividad y la mayor neutralidad axiológica, adapta el objeto de conocimiento al método considerado correcto. Y un segundo grupo que advierte que el método y la forma de conocimiento dependen del tipo de objeto estudiado y, sobre todo, de cuál es su función social. En el segundo capítulo, se analiza cuatro modelos del positivismo jurídico que llamaré "clásico" o prescriptivista. Estos modelos se reconstruyen a partir de las obras de Kelsen, von Wright, Guastini y Alchourrón y Bulygin, respectivamente, y son reconducibles (con distinto alcance) al primer grupo de teorías. Seguidamente, en el tercer capítulo, se presenta una interpretación del modelo hartiano, que representa al segundo tipo de teorías. En este capítulo se propone una interpretación posible de los enunciados internos de validez, entendidos como una forma de proposición normativa. Finalmente, en el cuarto y último capítulo, se analiza la crítica referida a la posibilidad de los enunciados internos de construir un discurso descriptivo sobre el derecho, y se ofrece una clasificación de los enunciados jurídicos que la metodología propuesta permite justificar.

Capítulo I. Elementos para un análisis de los enunciados jurídicos

1. Enunciados en función cognoscitiva y teoría del derecho

Distintas teorías o corrientes han ensayado respuestas diversas a cuál es el significado de los enunciados sobre el derecho. Mi interés se centra en las teorías positivistas del derecho, entendidas como aquéllas para las cuales el derecho es un producto humano y no existe una relación necesaria entre el derecho y la moral¹⁸. Para estas teorías una cosa es el conocimiento del derecho y otra diversa su valoración.

Algunas de las propuestas más emblemáticas del positivismo jurídico (i.e. Bentham, Austin, Hart, Ross) se encuentran fuertemente ligadas a la tradición analítica. Para esta tradición, el análisis del lenguaje pasa a ocupar un lugar central, se busca alcanzar rigurosidad en los discursos, para dar mayor claridad y evitar así (dentro de lo posible) ambigüedades y vaguedades. La rigurosidad propia del método analítico lleva a la consagración de algunos axiomas centrales del positivismo jurídico. Encontramos así la llamada "Gran división", que distingue entre el uso del lenguaje descriptivo o en función cognoscitiva y el lenguaje prescriptivo o directivo o en función práctica¹⁹. La gran división se ve reflejada en la llamada "Ley de Hume", según la cual no es lógicamente posible derivar

¹⁸ Excede los límites de este trabajo un análisis de qué se entiende por "positivismo jurídico". Éste ha sido (y aún es) un punto complejo dado que no es siempre claro que exista un movimiento o una corriente que puedan llamarse positivismo jurídico, cuyos autores compartan un núcleo de tesis básicas. En este sentido, con el mismo rótulo suelen caracterizarse diversos tipos de teorías bastante disímiles entre sí, que comparten algunas características consideradas relevantes. Cuáles son estas características es una cuestión que varía según la interpretación. Al respecto explica CHIASSONI que "positivismo jurídico" es una locución polisémica. Algunos autores hacen reconstrucciones unitarias, como por ejemplo Bobbio y Scarpelli, mientras que otros desarticulaciones o deconstrucciones del positivismo jurídico: Hart, Bulygin, Raz, Tarello (CHIASSONI P., 2016B: 53-55).

¹⁹ MUFFATO N., 2010; ROSS A., 1968. Ross explica que la distinción suele presentarse como una diferenciación entre la función teórica y práctica, o entre la función descriptiva y prescriptiva, pero él prefiere hablar de función indicativa y directiva respectivamente.

conclusiones prescriptivas de premisas descriptivas, y viceversa²⁰. También vemos cómo se manifiesta en la distinción cardinal entre normas y proposiciones normativas.

Puede verse también, como corolario de la gran división, la ya nombrada distinción entre el conocimiento del derecho y la valoración del derecho. Ésta es presentada, por ejemplo por Bentham, bajo la forma de la bien conocida distinción entre jurisprudencia expositiva y jurisprudencia crítica²¹; por Kelsen, y la separación entre ciencia y política del derecho²²; por Tarello, cuando distingue entre lo que es la epistemología jurídica y la política o ideología del derecho²³; o por Hart en el prólogo a *El concepto de derecho*, donde explica:

"El jurista verá en este libro un ensayo de teoría jurídica analítica (*analytical jurisprudence*), porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica" (HART H.L.A., 2011: XI).

En igual sentido, Chiassoni explica que como fenómeno histórico el positivismo jurídico se ha caracterizado por su lucha contra el derecho natural, pero que no todas las teorías positivistas compartían este objetivo único. Así, algunas corrientes, como el caso de la *analytical jurisprudence* y de las filosofías positivistas, se interesaban por la cuestión del *conocimiento científico* (genuino) del derecho, es decir por cuestiones de epistemología jurídica. La característica más importante de estas teorías es el respeto al postulado de la neutralidad valorativa, entendida como una abstención de realizar juicios de valor éticos sobre el objeto de estudio. No obstante, como explica Chiassoni, estas teorías presentan un fuerte compromiso con valores epistémicos como "...la verdad, la claridad conceptual, la

²⁰ Consecuencia de adoptar una posición según la cual las normas no pueden conocerse.

²¹ BENTHAM, 2010: 16.

²² KELSEN H., 2011: 54, 57, 152-156.

²³ TARELLO G., 1974.

coherencia lógica y terminológica, la capacidad explicativa, la honestidad intelectual." (CHIASSONI P., 2016 B: 88). En tanto, otras corrientes positivistas, como la escuela histórica y la escuela de la exégesis, se ocupaban de la justificación y la conservación de un determinado ordenamiento jurídico. Estas teorías se encuentran en el plano ético-normativo o de ideología jurídica (CHIASSONI P., 2016 B: 77).

Conforme a esta reconstrucción, Chiassoni distingue entre teorías que pertenecían al positivismo jurídico epistemológico y al positivismo jurídico ideológico respectivamente. Más allá del análisis histórico podemos usar estas dos categorías para analizar si determinadas propuestas contemporáneas de filosofía del derecho pueden entenderse como un esfuerzo en la construcción del conocimiento del derecho, o en cambio constituyen construcciones tendientes a justificar, mantener o hacer efectivas (es decir instar, aconsejar, promover la obediencia de) las reglas de un determinado sistema jurídico²⁴.

Puede establecerse una relación entre el objetivo o la finalidad de estas teorías y el tipo de discurso o la función del lenguaje que utilizan en uno y otro caso. En este sentido, es útil tomar en consideración la distinción presentada entre discurso en función cognoscitiva y discurso en función normativa o práctica. Conforme esta perspectiva, una filosofía del derecho orientada hacia el problema epistemológico pretende formular enunciados sobre el derecho susceptibles de ser

²⁴ La distinción entre positivismo epistemológico y positivismo ideológico hace recordar a la ya famosa distinción propuesta por Bobbio de tres aspectos del positivismo jurídico. Para este autor el positivismo jurídico puede entenderse como un método para abordar el estudio del derecho, como una teoría del derecho o como una ideología del derecho. Explica Bobbio, en relación al positivismo jurídico entendido como método, cómo éste se caracteriza por una actitud científica frente al derecho, y por un esfuerzo en convertir al derecho en una verdadera ciencia (debería entenderse: al estudio del derecho). Véase, BOBBIO N., 1993. Sin embargo, en este trabajo no se ha adoptado esta tripartición atento a que, tal como es presentada por el autor, parece haber cierta similitud o cercanía entre el positivismo entendido como teoría, que presupone una forma de estado moderno particular, y lo que aquí se entiende por positivismo ideológico.

verificables y controlables intersubjetivamente. Los enunciados en este contexto constituyen un esfuerzo para ayudar a la explicación y comprensión del derecho.

Por otro lado, como vimos, los enunciados que conforman el discurso de una propuesta ideológica buscan justificar determinada realidad, o instar a alcanzar determinado estado de cosas²⁵. Es aceptado en general por el positivismo jurídico que los enunciados que expresan actitudes prácticas carecen de valor de verdad²⁶.

La teoría del derecho preocupada por el conocimiento del derecho, por distinguir el conocimiento de la aplicación y la valoración del derecho se aferra fuertemente a la construcción de un lenguaje descriptivo, cognoscitivo. Ha existido un constante interés en dotar al discurso jurídico de cierta legitimidad epistemológica, y en poner de manifiesto las condiciones en que estos discursos pueden considerarse genuinamente científicos²⁷.

Puede verse cómo la teoría del derecho analítica del siglo XX ha sido influenciada por el empirismo y, en parte, por el positivismo lógico. Tomando como método científico dominante aquél propio de la física y de las ciencias naturales, la idea en el trasfondo es que sólo el conocimiento empírico, resultado del uso del método de las ciencias naturales, es aquél intersubjetivamente controlable. El conocimiento científico, bajo el modelo de las ciencias naturales empíricas, es generalmente aceptado como paradigma de conocimiento. Esta perspectiva la encontramos en las obras de Bentham –interés en clarificar el uso del

²⁵ Nino, por ejemplo, define el positivismo ideológico como la teoría que sostiene "que los jueces están moralmente obligados a aplicar toda norma positiva cualquiera sea su contenido" (NINO C.S., 1995: 19).

²⁶ "...es evidente que nuestras paciones, voliciones y acciones (...) son hechos y realidades originales, completos en sí mismos, y no implican referencia alguna a otras paciones, voliciones y acciones. Es imposible, por lo tanto, calificarlas de verdaderas ni falsas ni que sean contrarias o conformes con la razón" Hume.

²⁷ Se ha sugerido también que debe abandonarse la búsqueda de un discurso "científico", y que en el contexto jurídico debe buscarse la objetividad entendida como intersubjetividad, véase JORI M., 2010: 145.

lenguaje mediante la paráfrasis y despojarlo de elementos metafísicos-, Alf Ross - quien elabora una explicación del derecho aplicando los principios del empirismo- y el mismo Kelsen –aunque mucho se ha debatido sobre sus fundamentos filosóficos²⁸. Ésta es una forma de explicar cómo se ha generado cierta tensión entre el discurso de los teóricos del derecho y el discurso de la práctica jurídica y, a su vez, entre diversas construcciones teóricas entre sí.

De todas formas, existen diversos métodos científicos y se cuestiona que exista un único método adecuado para el conocimiento de cualquier objeto²⁹. Las ciencias sociales han reclamado el reconocimiento de que son necesarios métodos propios para el conocimiento de prácticas sociales y, aun en el campo de las ciencias naturales, durante el siglo XX y XXI han existido cambios de paradigmas tan radicales que no es de sorprender que a la hora de explicar y comprender la práctica jurídica algunos paradigmas de conocimiento seguidos por los grandes teóricos del derecho no sean suficientes³⁰. En este sentido, por ejemplo,

²⁸ Al respecto véase CHIASSONI P., 2016A.

²⁹ Por ejemplo en este sentido, Winch en *The Idea of a Social Science* intenta poner en discusión el monismo metodológico, si bien aclara que no quiere adoptar una posición anti científicista busca distinguir el conocimiento de las ciencias naturales del de las ciencias sociales (WINCH P., 2008). En la misma línea de argumentación Searle cuestiona que el único modelo de conocimiento generalmente aceptado es aquel que sólo tiene en cuenta el conocimiento de "hechos brutos" (SEARLE J., 2015: 59). Veremos en el próximo capítulo cómo la obra de Kelsen se encuentra marcada por la influencia del debate respecto al método de las ciencias sociales, sobre todo bajo la forma de los argumentos Kantianos y neokantianos. Además, respecto al método en las ciencias véase VON WRIGHT, 1987: capítulo I.

³⁰ Ver, por ejemplo, Weber respecto a que las ciencias sociales están necesariamente ligadas a valoraciones. En el mismo sentido Putnam sostiene que "I have argued that even when the judgments of reasonableness are left tacit, such judgments are presupposed by scientific inquiry. (Indeed, judgments of coherence are essential even at the observational level: we have to decide which observations to trust, which scientists to trust –sometimes even which of our memories to trust.) I have argued that judgments of reasonableness can be objective, and I have argued that they have all of the typical properties of value judgments. In short, I have argued that my pragmatist teachers were right: 'knowledge of facts presupposes knowledge of values.' But the history of the philosophy of science in the last half century has largely been a history of attempts (...) to evade this issue." (PUTNAM H., 2003: 145). De todas formas, es claro que esto es un tema en sí mismo y daría lugar a toda una tesis independiente. Sólo hago estas observaciones generales sobre el método a los fines de ilustrar la relevancia del problema metodológico aplicado al conocimiento jurídico.

Comanducci sostiene que "El cambio de las concepciones –y de las prácticas- de la ciencia ha afectado sin lugar a dudas a la configuración de la ciencia del Derecho, determinando, al menos parcialmente, su modificación" (COMANDUCCI P., 2010: 176).

A su vez, puede verse cómo estos cambios inciden sobre el método y sobre el objeto de la actividad filosófica. Así, por ejemplo, la filosofía analítica en un inicio se ve fuertemente influenciada por la visión cientificista del mundo. Ésta nace como una reacción al pensamiento de orientación "idealista". Mientras que, luego, dentro del mismo programa analítico se crean diferencias respecto del objeto y tipo de actividad que realizan los filósofos –i.e. búsqueda del conocimiento (proposiciones verdaderas) o comprensión y claridad internas a un dado sistema de pensamiento³¹.

Debe aclararse desde el comienzo que en esta investigación se parte del supuesto de adoptar una concepción anti-reductivista del conocimiento de fenómenos sociales. En este sentido, corresponde distinguir entre el conocimiento empírico causal y la comprensión del sentido de acciones y prácticas sociales. Bajo esta perspectiva, el conocimiento de prácticas sociales requiere conocimiento-comprensión del significado que estas prácticas tienen³². En otras palabras, es el significado (o sentido) lo que hace a un determinado hecho empírico, o conjunto de hechos empíricos, constituir un tipo de *acción* determinada o hecho con significado en el contexto de una práctica social.

³¹ Véase al respecto, VON WRIGHT, 1993.

³² Se ha señalado que determinar el significado de un comportamiento social es algo bien diferente a determinar el significado de un enunciado expresado en lenguaje (GUASTINI R., 2011: 11). Mientras que en relación a ciertos textos o símbolos suele hablarse de su "significado", i.e. entendido como su significado lingüístico, se entiende que los actos o hechos pueden tener "sentidos". Aquí usaremos "significado" también en relación a actos y hechos, éste significado consiste en la calificación de un acto o un hecho conforme a determinada norma (levantar la mano significa votar a favor) (GUASTINI R., 2011: 5). Así, decir que alguien cometió homicidio o ha defraudado al fisco consiste en una aserción, resultado de la aplicación de cierto esquema explicativo a ciertos hechos naturales o humanos.

Conforme a esta perspectiva, no sería posible describir una acción sin referencia a su significado. Por ejemplo, que una persona mueva la mano al encontrar a otra, y que esto sea comprendido como la acción de saludar, requiere que determinado hecho sea comprendido con un sentido específico. Este aspecto es problemático para el conocimiento de prácticas sociales en general, puesto que el significado de estos hechos es interno respecto a la propia práctica (depende de esta práctica)³³. Los significados tienen una relación interna con la práctica porque, en determinada práctica, los significados están constituidos por el uso que los participantes de esa práctica hacen del lenguaje. Es el contexto de la práctica social lo que determina que determinados hechos y actos tengan un significado.

Así, un mismo tipo de hecho empírico puede tener un significado al interno de una práctica social y otro muy distinto en relación a otra práctica social. Pensemos por ejemplo en los actos realizados para poner fin a la vida de una persona que se encuentra agonizando. En algunas culturas precolombinas estos hechos eran entendidos como parte de un ritual tendiente a dar una "buena muerte", una forma de transición entre la vida y la muerte. Por el contrario, conforme a la práctica jurídica italiana, estos hechos consisten en un homicidio.

Esta forma de comprender el conocimiento social está íntimamente ligada a una concepción particular del significado, entendido como "uso" en un contexto determinado³⁴, y al denominado giro lingüístico. Por un lado, por la importancia que el análisis del lenguaje adquiere para la comprensión de ciertas prácticas y, por

³³ Los problemas al respecto se han presentado específicamente en el ámbito de la antropología social. Al respecto explica por ejemplo Jori, cómo esto se relaciona con la idea de que corresponde descubrir la racionalidad interna de determinados comportamientos que a simple vista para el observador externo parecen irracionales para la descripción y la explicación antropológica de comportamientos en una sociedad distinta a la propia; en su texto él habla de una sociedad "primitiva". Esta idea, explica que encuentra su base con el positivismo lógico o neopositivismo que entiende que los sistemas lingüísticos y conceptuales tienen fundamento convencional y por eso admiten que tengan un grado de racionalidad interna. Cf. JORI M., 1974.

³⁴ WITTGENSTEIN L., 1999.

otro, porque se sugiere ciertas similitudes entre la práctica social del lenguaje y otras prácticas sociales más complejas, como puede ser la práctica del derecho.

1.1 Conocimiento social y giro lingüístico

Con la expresión "giro lingüístico" se hace referencia a la importancia que adquiere desde inicios del siglo XX la denominada filosofía analítica³⁵. Como se dijo, esta corriente filosófica nace como reacción a la forma de pensamiento idealista. Sus señas características son el rechazo a la metafísica -y a la filosofía continental en general- y el uso de la lógica y el análisis del lenguaje como herramientas principales³⁶. Tanto es así que el método central y característico de esta corriente es el análisis lógico del discurso. El uso de la lógica se convierte en el signo distintivo de los filósofos analíticos.

Sin embargo, dentro de la corriente analítica es posible percibir distintos tipos de acercamiento a los problemas filosóficos, marcando así distintos tipos de programas de trabajo. Generalmente se distingue entre una corriente con una visión científicista de la filosofía –por ejemplo, el grupo del círculo de Viena, Russell y el primer Wittgenstein- y otra interesada en la comprensión de significados, de la cual deriva la corriente conocida como "Filosofía del lenguaje ordinario" –donde encontramos los trabajos de "el segundo" Wittgenstein, J. Austin, G. Ryle. Bajo la influencia de este método filosófico, el análisis del lenguaje

³⁵ Suele situarse el nacimiento de esta corriente en Cambridge con los trabajos de Russell y Moore. En 1903 Moore publica *Principia Ethica* y Russell *The Principles of Mathematics*. Russell retoma la investigación en lógica por muchos años ignorada, con excepción de algunos autores como Frege, convirtiéndola en parte central del análisis filosófico.

³⁶ Hoy en día los tópicos y tipos de teorías que podemos encontrar dentro de la filosofía analítica son tan variados, que ésta se ha convertido en una categoría sumamente heterogénea. Dentro de la corriente analítica algunos autores retoman el estudio de cuestiones pertenecientes a la metafísica, por ejemplo, Strawson y Dummett. De todas formas, el elemento central que aún podría caracterizar a todas estas corrientes es el análisis lógico como herramienta para clarificar el uso de conceptos, aunque no necesariamente mediante la formalización. Von Wright sostiene que podríamos encontrarnos frente a una crisis de identidad de la filosofía analítica.

adquiere un rol fundamental para la comprensión y la reflexión filosófica³⁷. De esta forma, mediante el análisis lógico del lenguaje se pone a la luz la estructura lógica del pensamiento y los malos entendidos que derivan del uso engañoso de los conceptos³⁸.

Además, específicamente con relación al derecho, explica Endicott que el análisis del lenguaje es importante porque los legisladores usan lenguaje al crear derecho, los jueces al resolver disputas jurídicas y los ciudadanos al esgrimir pretensiones jurídicas y realizar muchas de sus acciones cotidianas –i.e. celebrar contratos, pagar impuestos, etc.. Pero, además, es crucial considerar que el análisis del lenguaje se vuelve central para resolver problemas conceptuales sobre el derecho³⁹.

En el mismo sentido, Bulygin explica que el lenguaje tiene una doble relación con el derecho. Una consiste en que la ciencia del derecho se expresa mediante lenguaje, y la otra es que el derecho –como objeto de la ciencia del derecho- es a su vez formulado en lenguaje bajo la forma de distintos tipos de normas. Por esto, el análisis de las estructuras lingüísticas tiene una importancia central en el estudio del derecho⁴⁰. Guastini también adhiere expresamente a esta posición que llama "metafilosófica", según la cual la filosofía jurídica analítica tiene como principal tarea realizar un análisis lógico del lenguaje. Así la filosofía del derecho consiste en un método, en una actividad que tiende a esclarecer nuestros pensamientos (GUASTINI R., 2016: 7)⁴¹.

³⁷ No porque el lenguaje sea el objeto de toda actividad filosófica, sino porque el análisis filosófico consiste especialmente en un método para la identificación de sinsentidos y la disolución de problemas filosóficos (HACKER P.M.S., 2005: 8).

³⁸ Cf. WAISMANN F., 1997.

³⁹ ENDICOTT T., 2016.

⁴⁰ BULYGIN E., 1996.

⁴¹ Guastini hereda esta posición de Tarello, quien la llama "metajurisprudencia empírica". Cfr. TARELLO G., 1995.

Esta perspectiva, respecto de la importancia del análisis del lenguaje para la comprensión del derecho, es compartida en este trabajo. Para esto se hará uso de algunas herramientas de la filosofía del lenguaje que, específicamente, pueden ayudarnos a la comprensión y la explicación de nuestros usos lingüísticos. El punto central es que analizando el significado de los enunciados jurídicos podemos lograr una mayor comprensión y, sobre todo, eliminar ciertos "mitos" presentes tanto en la práctica como en diversas formas de la teoría del derecho. El análisis del lenguaje resulta útil entonces para el abandono de ciertos mitos que algunas formas de expresión, por ejemplo en la teoría del derecho, tienden a mantener. En el caso de esta investigación se busca en particular superar, por un lado, el mito de que las normas existen como un tipo de entidad platónica sobrenatural y, por el otro, el postulado de que hablar de normas es hablar de un tipo de regularidades o disposiciones de ciertos agentes.

1.2 Significado como uso

Explicamos que en esta investigación partimos de la idea de que el conocimiento social implica advertir cuál es el significado (o sentido) de ciertos actos y hechos dentro del contexto de una práctica social determinada. Esta perspectiva aplica a la comprensión de actos y hechos sociales algunas consideraciones que han sido desarrolladas respecto al uso del lenguaje principalmente por Wittgenstein en sus *Investigaciones Filosóficas* y continuadas luego por otros pensadores del llamado "giro lingüístico".

Vemos, por ejemplo, este paso explícito en la obra Winch:

"Wittgenstein's account of what it is to follow a rule is, for obvious reasons, given principally with an eye to elucidating the nature of language. I have now to show how this treatment may shed light on other forms of human interactions besides speech. The forms

of activity in question are, naturally, those to which analogous categories are applicable: those, that is, of which we can sensibly say that they have meaning, a symbolic character" (WINCH P., 1958: 45).

Es por esto que corresponde llamar la atención sobre algunos puntos centrales de *Investigaciones Filosóficas* que considero esenciales para comprender la propuesta de esta investigación⁴². En primer lugar, el rol central del contexto. El significado se encuentra necesariamente unido al contexto de uso. El sentido de un enunciado es inescindible de su uso en un contexto determinado⁴³. Wittgenstein introduce la noción de "juego del lenguaje"⁴⁴ para referir al contexto de palabras y acciones en donde puede tener sentido un enunciado. Bajo esta perspectiva, no se puede hablar de la "escancia" del lenguaje, el significado es sólo su uso en un "juego del lenguaje", eliminando así la idea de que el significado sea reducible a entidades materiales -como sostenían en la tradición empirista-, mentales⁴⁵ o a algún tipo de objeto de entidad metafísica.

Otra característica interesante es que Wittgenstein presenta una concepción "normativa" del significado. Esto quiere decir que la teoría no está interesada en predecir cómo se usará el significado, sino en comprender las condiciones que

⁴² Existen en la literatura divergencias en relación a si hay o no una unidad en la obra de Wittgenstein, desde su *Tractatus Logico-Philosophicus* hasta las *Investigaciones Filosóficas*. Es interesante notar que los autores sostienen que hay algunos elementos que se mantienen constantes, pero que hay algunos cambios significativos. Pueden distinguirse 3 periodos importantes: la del tractatus, la Calculus View (libros *Azul* y *Marrón*) y la etapa basada en las prácticas (*Investigaciones Filosóficas*). Cf. MEDINA J., 2020; 2006.

⁴³ En Wittgenstein las palabras (así como los enunciados) tienen significado sólo por estar dentro de un juego del lenguaje determinado. En un juego del lenguaje el movimiento mínimo posible es una proposición. Esto puede extenderse hacia lo que se conoce como *contextualismo* donde los enunciados tienen significado dentro del contexto de todo un lenguaje (como, por ejemplo, las posiciones de Quine y Davidson que si bien adoptan una posición contextualista se desarrollan en una dirección opuesta a la metodología implementada en esta tesis). Cf. GLOCK H.J., 1996: 88/89.

⁴⁴ Como explica Glock, la referencia al método de los juegos del lenguaje viene utilizada ya asiduamente por Wittgenstein en su *Brown Book 1934-5* (GLOCK H.J., 1996).

⁴⁵ Wittgenstein estaba específicamente interesado en rechazar todo tipo de psicologismo, dado que criticaba la idea de estudiar fenómenos sociales en forma psicológica, sea en la forma de actos o imágenes mentales. BLOOR D., 1983.

justifican un modo particular de usar el lenguaje. La noción de justificación empleada aquí es esencialmente normativa y se refiere a determinar las circunstancias en que es *correcto* usar determinada expresión o aplicar un concepto en cierto contexto⁴⁶.

Central para comprender la idea del significado como uso, es comprender la noción de "seguimiento de reglas". Como explican Baker y Hacker,

"el significado de una palabra es aquello que se explica por medio de una explicación de su significado. Y, es también la forma en que la palabra es usada en el discurso. Entender el significado de una palabra es como una habilidad, es dominar la técnica de usar un símbolo según ciertas reglas"(BAKER G.P. Y HACKER P.M.S., 1984: 436)⁴⁷.

Puesto que el lenguaje es un fenómeno público dependiente del acuerdo de los hablantes sobre el uso de los signos, en Wittgenstein encontramos la idea de que "comprender" un enunciado es una capacidad objetiva y públicamente controlable de usar correctamente los signos. El significado de una expresión es su uso en un contexto determinado y la explicación de este uso es una regla.

Es importante notar que una regla no se auto-aplica. El sujeto debe "hacer un salto" (actuar) y aplicarla. La forma en que la regla se aplica, depende de un entrenamiento⁴⁸. Explicamos y justificamos la aplicación en referencia a la regla: "To follow a rule is a custom; it involves a regular use of the expression of rules in training, teaching, explaining, and in giving reasons" (BAKER G.P. Y HACKER P.M.S., 1984: 415).

⁴⁶ García Suárez explica la relación entre uso del lenguaje y normatividad en los siguientes términos: "los signos del lenguaje se usan con acuerdo a ciertas reglas. La regla de un signo es, pues, la regla con la que el hablante se compromete" (GARCÍA SUÁREZ A., 2011: 457).

⁴⁷ La traducción me pertenece.

⁴⁸ § 198 *Investigaciones Filosóficas*.

Comprender una regla no es realizar una interpretación de una regla, sino que es realizar un acto de seguimiento de reglas. La comprensión de una regla se muestra en la acción, en el acto de su aplicación. Esto es importante porque la comprensión de una regla no es un evento, un estado o un proceso mental, sino la habilidad o capacidad de actuar conforme a la regla. Entender una regla es dominar una práctica⁴⁹.

En este sentido, como hemos explicado, el lenguaje se entiende como una forma de comportamiento⁵⁰. Además, los juegos del lenguaje en que nos embarcamos con otros sólo pueden jugarse si acordamos en explicaciones (definiciones) y en aplicaciones (juicios)⁵¹. Los problemas o cuestiones de interpretación sólo pueden surgir en un contexto donde hay una técnica ya establecida de aplicación de reglas⁵².

Las reglas no prescriben una acción en virtud de una interpretación⁵³, cada formulación de la regla puede dar lugar a diversas interpretaciones, por lo que la única garantía de la corrección, de cuál es y cómo se aplica la regla, está en la práctica de la comunidad lingüística y no en la mente o en la disposición de un único hablante.

"What counts as correct is not the response we are inclined to give. The learner is not entitled to 'judge a new response to be 'correct' simply because it is the response he is inclined to give' (and others agree). It is correct if it accords with the rule. But we can only speak of accord with a rule in the context of a regular use of a rule as a measure of correctness" (BAKER G.P. Y HACKER P.M.S., 1984: 439).

⁴⁹ BAKER G.P. Y HACKER P.M.S., 1984: 419

⁵⁰ *Ibíd.*: 444

⁵¹ *Ibíd.*: 437

⁵² Seguir una regla es una actividad, una práctica, que generalmente en el caso de los seres humanos es una práctica social, por cuanto se da en relación con otros sujetos.

⁵³ § 201 *Investigaciones Filosóficas*

El acuerdo en las aplicaciones y en los juicios para Wittgenstein es una condición de marco para la existencia de juegos del lenguaje; pero no es constitutivo⁵⁴.

De estas consideraciones se deriva que en Wittgenstein el conocimiento, ya sea de una cultura o de un individuo, es un fenómeno social. La importancia de este elemento ha sido considerada sobre todo por quienes suscriben a una lectura comunitarista de Wittgenstein. Según ésta la corrección o incorrección está determinadas por la comunidad (no por la cantidad de personas, sino por la repetición). La visión comunitarista es criticada porque parece caer en el relativismo, atentando contra la idea de objetividad ya que implementaría una suerte de subjetivismo. Este problema ha sido abordado, por ejemplo, por Blackburn⁵⁵ en la filosofía del lenguaje y por Caracciolo en el ámbito de la teoría del derecho⁵⁶.

En esta línea también se encuentra la interesante (y muy criticada) lectura que Kripke propone del seguimiento de reglas en Wittgenstein. Kripke propone una lectura en donde específicamente el objetivo de Wittgenstein sería dar una respuesta al escéptico; para esto plantea una paradoja escéptica y da a ésta una solución también escéptica, de forma psicologista, *a la* Hume. Según ésta no habría hechos (de ningún tipo ni mentales) que fijen el significado y por ello habría que abandonar la idea de que el significado está basado en condiciones de verdad para sustituirla por la idea de condiciones de asertabilidad⁵⁷.

Sin embargo, con respecto a cómo una regla fija su aplicación, Wittgenstein busca eliminar confusiones filosóficas. Según Baker y Hacker, el objetivo,

⁵⁴ BAKER G.P. Y HACKER P.M.S., 1984: 439

⁵⁵ Blackburn argumenta que en las investigaciones no hay una respuesta satisfactoria al seguimiento de reglas. Insiste en el error de las interpretaciones comunitaristas que no pueden dar una respuesta al problema del error global. Según éstas simplemente, la idea de error global no tiene sentido, relativizándose lo correcto y restringiendo la posibilidad de crítica (BLACKBURN S., 1984).

⁵⁶ Veremos en el capítulo III la crítica de Caracciolo, según la cual esta concepción de las reglas no permite un conocimiento objetivo de las mismas.

⁵⁷ KRIPKE S.A., 1982.

"in this respect, consists in showing that the philosophical puzzle (of scepticism, idealism or solipsism) rest on systematically traversing the limits of sense. His purpose was the investigation of ordinary concepts which are used in the expression of common sense beliefs. But he was not concerned to defend those beliefs, rather to clarify those concepts. For the problems of philosophy arise through the distortion and misuse of ordinary concepts, and the way back to sanity consists in obtaining an Übersicht of the problematic expressions" (BAKER G.P. Y HACKER P.M.S., 1984: 412).

Wittgenstein buscaba el rechazo de una visión metafísica sobre la verdad de las proposiciones (BAKER G.P. Y HACKER P.M.S., 1984: 428).

"He does not deny that what makes the proposition that p true is the fact that p. He does not repudiate the claim that the proposition determines in advance what will make it true (what fact must obtain to make it true). Rather he rejects the metaphysical picture that goes with these claims. For these are grammatical statements, not metaphysical profundities. They concern intra-linguistic articulations, not the ultimate connections between language and reality. It is the convention of grammar that 'The proposition that p' = 'the proposition that the fact that p makes true'. And so too 'The fact that p' = 'The fact that makes the proposition that p true'. Like everything metaphysical the harmony between thought and reality is to be found in the grammar of the language" (BAKER G.P. Y HACKER P.M.S., 1984: 428, 429).

Un punto relevante es que Wittgenstein entendía que la función de la filosofía era terapéutica. En este sentido, no es claro que la filosofía de Wittgenstein

presente una visión propia que sirva para la explicación y la comprensión, más allá de eliminar confusiones y metáforas engañosas. El análisis del lenguaje ordinario es antiesencialista (el acuerdo de la comunidad es importante pero no *fundacional*); y a la vez, contextualista (donde la práctica constriñe pero no determina el significado). Si uno quiere ir detrás del seguimiento de reglas al marco que las hace posibles, se perderá en el proceso todo el concepto de normatividad que se pretendía alcanzar y, con ello, la distinción entre correcto e incorrecto.

Como puede verse, en esta concepción adquiere un rol central el concepto de "regla". Este concepto es generalmente usado en modo heterogéneo. Suele distinguirse distintos tipos de reglas cuyos límites son ciertamente vagos⁵⁸, y no hay acuerdo con respecto a qué es exactamente una regla. Generalmente se toman como aspectos característicos de las reglas el que determinen casos que se adecuan a ellas, es decir casos conforme a ellas, y casos que no. Otra característica saliente es la posibilidad de usarlas de forma proyectiva. Se nombran entre otras funciones del uso de "regla": la ayuda en aprender ciertas actividades o prácticas; la justificación de determinadas acciones; el definir qué cuenta o no como una práctica -es decir, que hacen posibles nuevas formas de conducta-; su uso como elemento constitutivo de lo que llamamos acto de aplicación; ser guías de la conducta, sea que se haga referencia expresa a ellas o no⁵⁹. En este sentido se ha sostenido que la palabra "regla" es como una carta que puede ser usada en muchos juegos diversos (BLACK M., 1962:106).

Wittgenstein busca negar o evitar una mistificación de las reglas. Como se ha expresado, las reglas en las *Investigaciones Filosóficas* no son "piezas de maquinaria":

⁵⁸ Distintos autores presentan distintas tipologías de reglas, véase por ejemplo VON WRIGHT, 1970; BLACK M., 1976: "The Analysis of Rules".

⁵⁹ También se afirma sobre las reglas que, a diferencia de las prescripciones, no cuentan necesariamente con un acto de promulgación, ni con una sanción prevista en caso de incumplimiento.

1. No son entidades platónicas o de un tercer reino.
2. No son entidades psicológicas que determinan causalmente cómo pensamos.

En el presente trabajo, partiré de una comprensión de la noción de “regla”, implícita aun si no puede establecerse todos los criterios necesarios y suficientes para su uso. Como explica Searle, aun la admisión de que estos criterios no son suficientes para dar cuenta de un concepto deja traslucir que ya contamos con una comprensión del mismo⁶⁰.

Es un punto importante, sobre el que tampoco hay acuerdo, cuál es la relación entre las reglas y el lenguaje. Para algunos autores las reglas sólo existen si han sido formuladas lingüísticamente. Creo que esto deriva del hecho de considerar que todas las reglas son prescripciones. Y, como se ha expresado, existen diversos tipos de reglas, y las prescripciones son sólo un tipo.

En esta investigación, siguiendo una posición wittgensteiniana, se entenderá que las reglas no son necesariamente formuladas en el lenguaje. La existencia de las reglas no depende de su formulación en lenguaje, esto no quiere decir que no puedan ser formuladas. Las reglas son *formulables* mediante el lenguaje⁶¹.

⁶⁰ Véase SEARLE J., 2015.

⁶¹ En este sentido, la formulación no determina ni la existencia ni el contenido de una regla. Respecto del contenido, una misma regla puede tener muchas formulaciones diversas. La existencia y el contenido de la regla dependen de su uso dentro de una práctica. Cf. Wittgenstein. En esta misma línea podemos ver como Max Black, por ejemplo, al comparar las reglas del lenguaje con las reglas de los juegos sugiere que ambos tipos de reglas generalmente no son expresadas pero, sin embargo, luego las expresamos para hacerlas explícitas en algunas situaciones. Estas situaciones son, por ejemplo, aprender o enseñar un juego, o situaciones donde los casos no están fijados con claridad, cuando se critican violaciones a las reglas o cuando nos preparamos a realizar un discurso analítico sobre el juego. Además, Black llama la atención sobre una circunstancia que encuentra paradójica, que es que estas reglas son más efectivas cuando no son explicitadas o no hay una atención consiente sobre ellas, y su influencia se comienza a ver solo en los hábitos que su aceptación crea y mantiene. Cf. BLACK M., 1976: "Necessary Statements and Rules".

Retomando nuestro problema, bajo esta concepción toda práctica o acción con sentido es considerada parte de una práctica reglada⁶². Así, el uso del lenguaje es una práctica reglada. Para comprender el lenguaje es necesario el uso de reglas que distinguen entre casos correctos e incorrectos de aplicación de términos. En el mismo sentido son prácticas regladas los juegos, los sistemas jurídicos, la ciencia, la crítica literaria o gastronómica, el budismo, etc. El conocimiento de estas prácticas, en cuanto sociales, requiere no sólo del conocimiento de ciertos actos, sino de la comprensión del significado que éstos tienen en cuanto parte de estas prácticas. Estos significados son dependientes de reglas.

Como se adelantó, estas consideraciones respecto del lenguaje y las reglas, son tomadas por Peter Winch, quien en su libro *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, las extiende con el fin de aplicarlas al conocimiento de prácticas sociales⁶³. Winch toma las ideas de Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas para comprender el uso del lenguaje -cómo todos los usos del lenguaje están gobernados por reglas-, e intenta aplicarlas en forma más general a todo comportamiento humano⁶⁴. Entiende que la idea de regla es esencial en cualquier práctica que se considere significativa. Por ejemplo, sostiene: "...the analysis of meaningful behavior must allot a central role to the notion of a rule; that all

⁶² WINCH P., 2008.

⁶³ Es curioso que, por ejemplo, von Wright no considere a Peter Winch como un autor perteneciente a la corriente analítica, sino al movimiento hermenéutico heredero de los neo-kantianos, preocupados por distinguir entre eventos naturales y el fenómeno del significado "intencional". Cf. VON WRIGHT, 1993. En efecto, sea cual sea el "rotulo" que pongamos a los autores y a sus tesis, veremos cómo en algunos puntos, específicamente respecto del conocimiento de prácticas sociales, una posición estrechamente conectada con el proyecto neo-kantiano parece acercarse a la propuesta orientada por el giro lingüístico (estoy claramente pensando en Kelsen y Hart).

⁶⁴ Existen algunas objeciones a que la postura de Winch sea una buena lectura de Wittgenstein; así, por ejemplo, David Bloor en *Wittgenstein. A Social Theory of Knowledge*, sostiene que Winch enfrenta una serie de problemas tras distinguir entre comportamiento humano y animal, lo que lo lleva sostener la necesidad de dos métodos necesarios de conocimiento, y no sigue lo que conforme a Bloor es la explicación de Wittgenstein de la base biológica de la vida social. Bloor llega a decir: "It would be difficult to imagine a more un-Wittgensteinean conception." (BLOOR D., 1983: 177).

behavior which is meaningful (therefore all specifically human behavior) is *ipso facto* rule-governed." (WINCH P., 2008: 52)⁶⁵.

Entonces, si bien la noción de regla en la obra de Wittgenstein está ligada a la noción de reglas para el uso lingüístico, las consideraciones respecto del seguimiento de reglas para el uso lingüístico son aplicables a las reglas que forman parte de otras prácticas más complejas que el lenguaje, como pueden ser el juego del ajedrez, o la crítica y justificación moral, jurídica o religiosa. El lenguaje, al igual que todas estas prácticas, es un fenómeno social. Hablar un lenguaje es participar en una práctica social donde se realizan actos de habla. Sostiene Winch:

"Wittgenstein's analysis of the concept of following a rule and his account of the peculiar kind of interpersonal agreement which this involves is a contribution to that epistemological elucidation." (...)

"This conclusion has important consequences for our conception of the social studies..." (WINCH P., 1958: 41).

Para Winch el comportamiento con sentido es siempre humano y gobernado por reglas. El punto central es que comprender fenómenos sociales es esencialmente diferente de comprender fenómenos naturales. En este sentido, y respecto del derecho, un estudio que redujera el fenómeno jurídico a la mera "facticidad" no vería la práctica jurídica como una práctica significativa para sus propios participantes. Las regularidades interesantes de describir serían, sin lugar

⁶⁵ El punto es que los argumentos sobre el seguimiento de reglas son aplicables a toda práctica que se entienda significativa, así: "Wittgenstein's account of what it is to follow a rule is, for obvious reasons, given principally with an eye to elucidating the nature of language. I have now to show how this treatment may shed light on other forms of human interaction besides speech. The forms of activity in question are, naturally, those to which analogous categories are applicable: those, that is, of which we can sensibly say that they have a meaning, a symbolic character." (WINCH P., 2008: 45).

a dudas, las regularidades interesantes para el observador y contingentemente coincidentes con aquéllas importantes para los participantes⁶⁶.

Una explicación causal de estas prácticas, guiada por el método tradicional de las ciencias naturales, puede ser útil para diversos fines, como por ejemplo la predicción de la forma en que tales prácticas se desarrollarán en el futuro. Sin embargo, la comprensión de estas prácticas requiere identificar el sentido que éstas tienen para los agentes que las conforman. Este sentido es interno a la práctica en cuanto es atribuido por las reglas pertenecientes a estas prácticas. Es por esto que el científico o quien tenga interés en conocer la práctica debe usar estas reglas para comprender el sentido que los actos tienen para los propios participantes de la práctica. De lo contrario, la actividad del científico se limita a realizar hipótesis sobre posibles interpretaciones de sentido.

De esta forma, las consideraciones del seguimiento de reglas resultan de utilidad para el análisis de derecho, en cuanto práctica social. Y, en forma análoga, la crítica a la concepción platonista y a la visión regularista de las reglas puede entonces dirigirse no sólo a las reglas para el uso lingüístico (lo que hace Wittgenstein), sino también a otras reglas sociales, pertenecientes a otras prácticas sociales (como lo hace Winch), entre ellas el derecho (como específicamente lo hace Hart).

En el capítulo III de esta investigación veremos cómo esta concepción del conocimiento social ha introducido un cambio radical en la metodología propia de la filosofía del derecho de corte analítico. Particularmente se analizará la influencia de esta perspectiva en la obra de Hart⁶⁷, quien afirma:

⁶⁶ Así, nuevamente es Winch quien nos explica: "...suppose that an observer, O, is offering the above explanation for N's having voted Labour: then it should be noted that the force of O's explanation rests on the fact that the concepts which appear in it must be grasped not merely by O and his hearers, but also by N himself" (WINCH P., 2008: 46).

⁶⁷ Se argumenta que es de esta forma que Hart entiende la práctica jurídica como una práctica dependiente de reglas. Debe aclararse que el propio Hart en *El Concepto de Derecho* no hace

"...ni el derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendido sin una apreciación de ciertas distinciones cruciales entre dos tipos diferentes de enunciados, que he denominado "internos" y "externos" y que pueden ser formulados dondequiera se observan reglas sociales" (HART H.L.A., 2011: Prólogo, XI)⁶⁸.

Por otra parte, en el capítulo II se presentará una exposición de positivismo "clásico", entendido como aquél que observa un compromiso más estrecho con las tesis metodológicas del empirismo y de las ciencias naturales.

2. Enunciados jurídicos e interpretación

Antes de continuar con el argumento de este trabajo es oportuno detenernos en un tópico central de la teoría del derecho: la interpretación⁶⁹. La oportunidad de detenernos en este punto reside en que, si fuese correcta la tesis según la cual el significado del lenguaje jurídico depende de la interpretación, el presupuesto de esta investigación carecería de sentido, i.e. no sería posible conocer directamente el derecho y su identificación sería siempre producto de una interpretación.

Es común entre los teóricos del derecho considerar que el lenguaje jurídico tiene ciertas peculiaridades que lo diferencian del lenguaje natural, por lo que la interpretación en el derecho es un fenómeno diverso que la interpretación del lenguaje en general⁷⁰. Gianformaggio entiende por interpretación del derecho, "la

referencia a "prácticas sociales", sino que explica cómo la noción de regla y la distinción entre diversos puntos de vista son esenciales para la comprensión de cualquier "estructura social". HART H.L.A., 2009: Prólogo. En el capítulo tres se analizará en detalle la influencia de Winch en la obra de Hart.

⁶⁸ Varios son los autores que sostienen que esta perspectiva implica un giro hermenéutico de la teoría del derecho, y en especial del positivismo jurídico. Véase por ejemplo, BIX B., 2006; MACCORMICK N., 2010.

⁶⁹ Para un mapa de las teorías contemporáneas de la interpretación jurídica, véase COMANDUCCI P., 2010.

⁷⁰ WRÓBLEWSKI J., 2001; GUASTINI R., 2011.

actividad de responder, o la respuesta a la pregunta: «¿qué dice, o prescribe, el Derecho?»" (GIANFORMAGGIO L., 1987: 89). En estos casos generalmente el interés de estos autores se centra en el estudio de las técnicas interpretativas de las fuentes del derecho⁷¹.

Sin embargo, a la locución "interpretación jurídica" se atribuyen diversos significados. Wróblewski distingue entre un sentido amplio y un sentido restringido de interpretación⁷², siempre con relación a la interpretación de las fuentes del derecho. En sentido amplio, la interpretación es cualquier adscripción de significado a una formulación normativa: "...cualquier uso del lenguaje implica interpretación, concebida ésta como una 'derivación' de algún significado a partir de una formulación lingüística" (WRÓBLEWSKI J., 2001: 135). En sentido restringido, la interpretación adviene sólo en caso de dudas respecto del significado de un texto. En estos casos el significado *prima facie* se "clarifica" mediante la interpretación⁷³. Wróblewski también reconoce que en otro sentido, podría decirse aun más amplio, "interpretación" es sinónimo de "comprensión". Éste es el sentido propio de "las ciencias humanas y sociales según la metodología de las 'ciencias de la cultura'. Para conocer es necesario 'interpretar' o 'comprender' el 'substrato' material del objeto, es decir es necesario descubrir su 'sentido' o 'significado'. Por lo tanto, 'conocer' el objeto cultural es 'interpretarlo'. Todo objeto cultural, desde la era paleolítica hasta la máquina electrónica, debe ser interpretado" (WRÓBLEWSKI J., 2001: 151, 152). Para él, razones teóricas y operacionales determinan la elección

⁷¹ Esto ha sido llamado interpretación como actividad "dianoética", es un tipo de razonamiento que se dirige a justificar o argumentar una adscripción de significado. La conclusión de estos argumentos es un enunciado o proposición que justificaría un enunciado interpretativo. Esta interpretación se diferencia de la interpretación como actividad "noética", un fenómeno mental de atribución de significado, que consiste en la aprehensión o comprensión del significado de determinado símbolo y de la interpretación como el acto lingüístico de adscribir un significado a una disposición mediante la enunciación de un enunciado interpretativo. Véase al respecto GIANFORMAGGIO L., 1987: 90-92.

⁷² WRÓBLEWSKI J., 2001: cap. VI "Lenguaje jurídico e interpretación jurídica", p. 135.

⁷³ WRÓBLEWSKI J., 2001: Cap.VII, "La interpretación en el derecho: teoría e ideología", 152. Wróblewski también distingue entre interpretación operativa e interpretación doctrinal.

entre uno y otro concepto. Este último, más amplio, sería aquél necesario para las metodologías "anti-naturalistas" de las humanidades. Mientras que los otros dos son aquellos útiles para la lógica y la semiótica, y para la teoría e ideología de la interpretación jurídica respectivamente (WRÓBLEWSKI J., 2001: 152). Bajo estas consideraciones podemos ver cómo el derecho puede ser objeto de interpretación en las tres acepciones consideradas.

El escepticismo interpretativo adopta el sentido amplio de interpretación. En términos generales se dice que interpretar es atribuir significado a un texto⁷⁴, los textos antes de la interpretación no tienen un significado y, en este sentido, son indeterminados. El derecho, bajo este supuesto, también sería indeterminado ya que antes de la interpretación de las fuentes del derecho, las disposiciones o formulaciones de normas no expresan un significado determinado, por lo que cuando se quiere identificar qué es lo que las fuentes del derecho establecen y describirlo, en realidad la actividad que se lleva a cabo es la de atribución de un significado a ciertos textos: se realiza un acto de decisión, de elección y no de cognición (el acto de elección puede estar precedido por una actividad cognitiva de recopilación de los usos estables, si es que los hubiere). Para los escépticos en materia de interpretación la identificación del derecho consiste en describir las interpretaciones que los operadores jurídicos hacen de las fuentes⁷⁵. Adviértase que esta tesis entra en franco contraste con la posición de Wittgenstein y Winch presentadas en el punto anterior, según la cual el significado no depende de una interpretación. En tal sentido, en esta investigación no se seguirá esta perspectiva. Se adopta el sentido más restringido de interpretación, según el cual corresponde

⁷⁴ Cf. GUASTINI R., 2011: 4-6.

⁷⁵ "Enfoque descriptivo de la interpretación", COMANDUCCI P., 2010: 98.

distinguir entre un enunciado que expresa una interpretación y un enunciado que expresa la comprensión de un significado⁷⁶.

El escéptico niega que exista una cosa tal como el significado correcto de un texto o enunciado. Como ya se mencionó, en la literatura puede encontrarse sea el escéptico externo sobre la comunicación en general, sea el escéptico interno. Este último sostiene que la práctica jurídica tiene particularidades propias que la hacen indeterminada de una forma que no lo es la comunicación en general⁷⁷.

Como explica Muffato, un anti-escéptico puede intentar aplicar a la práctica jurídica algunos argumentos generales contra el escepticismo en la comunicación derivados de la filosofía de Wittgenstein. En este sentido expresa:

"Wittgenstein's arguments have been applied to the analysis of legal language by several authors, such as Andrei Marmor, Dennis Patterson, Timothy Endicott and Brian Lengille. The main point of their analysis is that *understanding* legal rules is something different from and conceptually prior to *interpreting* the provisions or opinions which contribute to make them explicit. Understanding a rule is not a mental act or state, something that could be propositionally expressed: on the contrary, it is the *ability* to specify on request which actions are correct, i.e. in accord with the rule in normal circumstances, and it can only be *exhibited* in action (use, application).

⁷⁶ Es importante resaltar que en este contexto no interesa la comprensión en cuanto fenómeno mental o psicológico (interpretación "noética"). En este contexto, donde el interés es el análisis del discurso en función cognoscitiva, el aspecto relevante es reconocer que el significado de los enunciados depende los actos de habla que les dan origen. Así un acto de habla que comunica, informa sobre el significado que cierto texto tiene en el contexto de una práctica es diverso de un acto de habla que adscribe significado a dicho texto. Es en este sentido que aquellos actos de habla que adscriben significados pueden ser entendidos como parte de un contexto donde algunos usos son estables. Los enunciados que afirman, aseveran que determinados textos expresan ciertos significados buscan informar al respecto y pueden ser considerados verdaderos o falsos, ya que existen criterios para el uso que son precedentes a las posibles interpretaciones.

⁷⁷ Cf. MUFFATO N., 2017: 134. Véase también BARBERIS M., 2002.

Linguistic competence requires a sense of how to preserve the implicit agreement in judgments and actions (which is quite different from the explicit agreement in opinions and interpretations) and the normative expectations of normalcy of the other participants to the practice."(MUFFATO N., 2017: 156).

Hemos ya presentado los aspectos más salientes de la teoría del lenguaje de Wittgenstein y, en especial, la idea de que hay una comprensión de una regla que no es una interpretación. La comprensión de las reglas puede plasmarse en expresiones lingüísticas, que expresan *conocimiento* y que no son un acto de elección o decisión del sujeto cognoscente. El criterio para determinar la corrección depende de la práctica misma⁷⁸.

En la misma línea, el conocimiento del derecho, implica la comprensión de una práctica. Los enunciados que expresan cuáles son las reglas no son siempre interpretaciones (en sentido estricto) de textos, en virtud de que existe una comprensión de la regla que no es una *interpretación*. Aquí por interpretación se entiende la sustitución de una formulación de la regla por otra formulación⁷⁹.Cuál es el significado de una regla (o su contenido), sea ésta promulgada o consuetudinaria, sólo puede verse en su aplicación o seguimiento, no en su formulación.

⁷⁸ Que el criterio sea dependiente de la práctica no quiere decir que el enunciado sea una generalización de los usos vigentes en la práctica. Por ejemplo, el enunciado "Este color es 'rojo'" puede confundirse con el enunciado "Las personas generalmente llaman a este color 'rojo'". El último enunciado es una aserción sobre el modo en que el lenguaje es generalmente usado en determinado tiempo y lugar. Mientras que describir que existe una regla sobre el uso de la palabra "rojo" es algo distinto. Las reglas explican el uso de la palabra "rojo", pero también prescriben como debe usarse la palabra "rojo" en el sentido que justifican actos de aplicación y de crítica a quienes se desvían de tal uso. Ver WAISMANN F., 1997: 140.

⁷⁹ Cf. WITTGENSTEIN, §201 *Investigaciones Filosóficas*.

En este punto, resulta relevante atender a esta pregunta: ¿cómo se llena el espacio entre lo que establece una regla y los casos a los que ésta se aplica?⁸⁰ El argumento de la regresión es generalmente usado para negar que la determinación del significado dependa de la interpretación (o de una formulación específica). El argumento es el siguiente: conocer el significado de una expresión es la habilidad de usar esa expresión según las reglas del lenguaje. La relación entre el significado de una expresión y su uso es una instancia de la relación de una regla y su aplicación⁸¹. Si la regla no puede determinar por sí qué acciones están en conformidad con ella, tampoco una interpretación podría resolver el problema. La interpretación consistiría en una nueva formulación de la regla. La interpretación de un enunciado produce un nuevo enunciado; éste, a su vez, puede ser interpretado, produciéndose otro enunciado. Si sostenemos que a la correcta aplicación de una regla la fija otra regla, tendremos que ver cómo se fija a su vez la aplicación de esta regla.

Una regla es como un signo, y cuál es el significado de éste no puede determinarse por medio de otro signo, sino por las acciones -i.e. los usos de los signos y de las reglas. Entender una regla es poder decir qué casos son conformes a la regla y cuáles no. Como explica Marmor:

"If a formulation of a particular rule is inadequate for purposes of determining a particular result in certain circumstances, then there is nothing more to explain or understand about its meaning; what is required is a new formulation of the rule-one which would remove the doubt- and this is what the term 'interpretation' properly designates" (MARMOR A., 2005: 117).

⁸⁰ Problema que algunos llaman interpretación "en concreto", véase GUASTINI R., 2011.

⁸¹ La relación entre una regla y su aplicación es una relación gramatical, es interna al lenguaje (MARMOR A., 2005:117).

Nuevamente, la interpretación tiene lugar en un contexto donde hay determinación, no hay nada extraño respecto de los significados, éstos no se encuentran escondidos, ocultos o son determinados siempre por el intérprete. Es decir que las reglas se usan, de una forma común, hay coincidencia en la aplicación y en los juicios. No se niega que exista una ineliminable "textura abierta del lenguaje"⁸², es decir que cuando nos encontramos frente a expresiones lingüísticas siempre pueden presentarse casos de ambigüedad o vaguedad. Sin embargo, estos casos se dan en determinados contextos –i.e. en cierto tiempo y espacio–, donde puede identificarse casos claros o paradigmáticos del uso de ciertas expresiones.

En virtud de esto, los enunciados que expresan cuál es el significado de ciertos textos no necesariamente son enunciados interpretativos en sentido amplio. Los escépticos respecto de la interpretación, en cambio, insisten en que lo relevante es considerar que el intérprete siempre atribuye un significado. Sin embargo, por ejemplo Guastini sostiene que existen determinadas interpretaciones vigentes, que en un determinado momento y lugar se encuentran fuera de discusión. Así, el acto de interpretación particular se encontraría en cierta forma condicionado por tal interpretación vigente. La actividad interpretativa en estos casos no implica un acto de atribución de significado arbitrario. Los enunciados sobre el derecho en estos casos pueden considerarse como verdaderos o falsos, conforme se atengan a estas interpretaciones "vigentes". En estos casos, el escéptico sostiene que aún estamos delante de un caso de elección, solamente que una elección sería más razonable que otras.

No pretende negarse en este trabajo que en la práctica jurídica y jurisprudencial encontremos enunciados que son el producto de una elección entre diversas interpretaciones posibles (vigentes) de un texto normativo, ni que a veces los enunciados jurídicos son el producto de un acto de invención o creación del

⁸² HART H.L.A., 2011: capítulo VII.

intérprete. Sin embargo, no son éstos los enunciados que me interesa analizar en esta obra, y lo único que necesito presuponer es que al menos algunos enunciados del discurso jurídico son el producto de una actividad cognoscitiva. Veremos en qué consiste ésta exactamente y en cuánto puede esto asimilarse al conocimiento de hechos empíricamente verificables, y cuánto depende del adiestramiento o enculturación en un sistema de reglas específico.

El sentido de interpretación aquí seguido (donde los enunciados interpretativos tienen lugar en un trasfondo de comprensión de significados) cobra relevancia para el análisis de las reglas sociales en general. Conforme hemos visto, la existencia de algunas reglas sociales no depende necesariamente de su expresión en lenguaje. Estamos pensando en las reglas sociales⁸³, asimilables por ejemplo a las reglas consuetudinarias⁸⁴.

Nuevamente, no todo enunciado jurídico será considerado como un enunciado interpretativo en sentido amplio. Se considera que existen enunciados que describen (son usados para dar cuenta de) cuáles son los significados de ciertos textos o prácticas. En el mismo sentido, al aquí propuesto Marmor ha argumentado:

⁸³ Vale aclarar que entendemos a éstas centrales para la comprensión de la práctica jurídica, pero esto no implica negar que las reglas sociales son una categoría heterogénea, respecto de la cual diversos autores han ensayado diversas tipologías de subclases. Así, la práctica social del derecho se compone de un tipo de reglas sociales denominadas generalmente "prescripciones". La dependencia del lenguaje de las prescripciones no es discutida, en cuanto una de los rasgos distintivos de tales reglas es la necesidad de un acto de *promulgación*. Aquí no estamos haciendo referencia a este tipo de reglas jurídicas, sino a las reglas sociales en un sentido más general del término, ya definido supra, cuya comprensión es necesaria para la comprensión de sentido de los enunciados y prácticas sociales.

⁸⁴ Para la posición opuesta a la presentada, el conocimiento o interpretación de la costumbre es interpretación de hechos. Por ejemplo, el hecho de que ciertos sujetos se comportan de cierto modo (no por hábito, o por casualidad) en cumplimiento de una norma, que ellos consideran existente y vinculante (GUASTINI R., 2011: 11). Guastini explica que la interpretación de la costumbre es la interpretación de un comportamiento social. La interpretación de la costumbre no consiste en adscribir significado a formulaciones normativas, sino "reconstruir" normas adscribiendo sentido a una práctica social. Es decir, inferir de una práctica social la existencia de normas.

"Let me expound this point, since it is of crucial importance. It should be kept in mind that our discussion commenced with the positivist doctrine about the separation between law as it is and law as it ought to be. We have seen that for this thesis to be acceptable, it must be accompanied by the assumption that judges can identify the law and apply it, without reference to considerations about what the law ought to be in the circumstances. Clearly, whether this latter assumption is warranted or not, depends on considerations about what understanding and following a rule consist in. In particular, it turns upon the question of whether there is a sense in which following or applying a rule does not consist in, or is not mediated by, an interpretation of the rule." (MARMOR A., 2005: 104).

Considerar los enunciados sobre el derecho como producto de la actividad cognoscitiva tiene un rol importante en la comprensión de la práctica jurídica. Así, las aserciones cognoscitivas sobre el derecho tienen una prioridad sobre otro tipo de enunciados que forman parte del discurso jurídico; como las conjeturas respecto de casos en que no se identifica una clara "interpretación vigente"; casos en que el sujeto cognoscente tiene interés en influir sobre el desarrollo de la práctica e introduce nuevas reglas o intenta modificar –ya sea ampliar o restringir- el contenido de las reglas existentes; casos en que los enunciados son parte de un razonamiento o inferencia práctica.

No pretende negarse que en la práctica el rol del discurso descriptivo sea limitado, pero creo que es importante reconocerlo y explicitar algunas de sus características, para eliminar ciertos "mitos". Nuevamente, la interpretación (y los desacuerdos respecto de las formulaciones y las aplicaciones) tiene lugar en un trasfondo de acuerdo respecto de las formulaciones y las aplicaciones. En este sentido, hay casos claros y casos de penumbra donde la aplicación de una regla se

vuelve dudosa, pero esto sólo puede presentarse como un problema si previamente consideramos que existe la posibilidad de casos en que hay sí acuerdo en la práctica.

En Wittgenstein, tanto en el período de la teoría del cálculo, como posteriormente en las *Investigaciones* (período de la teoría basada en las prácticas), el argumento de la regresión es usado para mostrar que las formulaciones normativas no tienen poder normativo; las reglas explícitas sólo tienen poder normativo en relación a un trasfondo: en un inicio, el trasfondo es un sistema de convenciones y luego, en las *Investigaciones Filosóficas*, el trasfondo es una práctica efectiva de aplicación⁸⁵.

Las complejidades respecto de la noción de interpretación parecen profundizarse en virtud de una confusión entre dos cuestiones: la primera es si podemos afirmar que hay una comprensión *correcta* del significado, y la segunda, si existe una obligación de comprender y aplicar estos significados. Conforme a la concepción del significado presentada podemos afirmar que sí, en determinados contextos hay captación correcta de significados (i.e. que contamos con la comprensión adecuada o correcta en el contexto en cuestión), pero esto no implica responder afirmativamente a la segunda cuestión. Aunque parezca una obviedad, corresponde insistir en que las reglas no se aplican solas y los hablantes deben *hacer un salto*, es decir: aplicarlas. En este punto, puede aceptarse que no hay una obligación *todo considerado* de aplicar la regla de determinada forma. Lo máximo que podemos decir es que las reglas determinan el uso correcto en la práctica y que su seguimiento dependerá de la voluntad del sujeto de adecuarse o no a tal práctica. En este aspecto parece correr con razón el escéptico: es el intérprete siempre quien decide. Sin embargo, en cierto contexto el intérprete puede decidir atribuir un significado que no es el correcto en el contexto en cuestión.

⁸⁵ MEDINA J., 2006.

3. Enunciados usados para expresar normas y enunciados usados para expresar proposiciones normativas

Dando un paso atrás respecto de nuestra presuposición de que es posible que los enunciados jurídicos expresen conocimiento, para comenzar el análisis del significado de los enunciados jurídicos conforme al positivismo clásico es necesario atender en primer lugar a una ambigüedad –mejor dicho ambivalencia-, característica de todos los enunciados deónticos. Es un tema común y recurrente en la teoría del derecho la ambigüedad que presentan los enunciados deónticos⁸⁶. Así, los enunciados que contienen términos deónticos como "obligatorio", "permitido", "prohibido" pueden usarse tanto para prescribir una determinada conducta o un estado de cosas (uso del lenguaje en función práctica), como para aseverar el hecho de que determinada acción o cierto estado de cosas son prescriptos por una norma o conjunto de normas específico (uso del lenguaje en función cognoscitiva)⁸⁷. Se entiende que en el primer caso con el enunciado deóntico se expresa una norma y, en el segundo caso, con el enunciado se expresa una proposición sobre una norma o una proposición normativa.

La distinción tiene su fundamento en un debate esencial sobre las normas: la posibilidad de atribuirles valor de verdad. Así, quienes aceptan la distinción entre

⁸⁶Véase VON WRIGHT G.H., 1970; BULYGIN E., 1991: "Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos"; NAVARRO P. E., RODRÍGUEZ J. L., 2014.

⁸⁷ Es oportuno señalar que también han sido sugeridas interpretaciones de los enunciados sobre el derecho en donde estos no expresan un significado ni totalmente descriptivo, ni completamente prescriptivo. Este es el caso por ejemplo de la propuesta de Svein Eng analizada por NARVÁEZ MORA M., 2006. Para el autor, estos serían un tipo sui generis de enunciados y expresarían una "proposición fusión". Los enunciados que expresan la calificación jurídica de acciones genéricas e individuales y los enunciados interpretativos según el derecho, serían propios de una práctica argumentativa en donde se profieren con una cierta expectativa de consonancia con lo expresado por otros miembros de la práctica. En caso de entrar en disonancia se modifica parcialmente las expectativas o la forma en que el objeto se percibe hasta lograr la mayor consonancia posible, manteniendo así simultáneamente un aspecto normativo y un aspecto descriptivo.

normas y proposiciones normativas entienden que las normas pueden ser obedecidas o desobedecidas, pero no pueden ser verdaderas o falsas. Por el contrario, sí es posible atribuir valor de verdad a las proposiciones normativas⁸⁸.

La distinción entre estos dos usos de los enunciados deónticos se advierte al realizar un estudio lógico formal del lenguaje normativo. Uno de los grandes interrogantes de la filosofía del derecho es la posibilidad de aplicar la lógica al razonamiento jurídico. Tradicionalmente los argumentos válidos en lógica son definidos en virtud de la capacidad de preservar la verdad de las proposiciones en la conclusión, por lo que no podrían aplicarse a un argumento donde se encuentren normas, si se acepta que las normas no tienen valor de verdad⁸⁹. Así, uno de los grandes interrogantes para los teóricos del derecho analíticos es si puede o no aplicarse la lógica a las normas. Distintas posibilidades se han intentado para salvar el escollo de la falta de valor de verdad de las normas, por ejemplo los intentos por desarrollar una lógica de proposiciones normativas⁹⁰, o una lógica pragmática⁹¹.

De todas formas, es importante notar que es un debate no agotado si es posible o no atribuir valor de verdad a enunciados que expresan normas. Con

⁸⁸Von Wright explica que la importancia de la distinción entre proposiciones y normas muchas veces ha sido pasada por alto, y que es Ingemar Hedenius el primero en llamar la atención sobre la misma. Destaca sobre todo la relevancia de la distinción en los estudios tendientes a considerar la posibilidad de aplicar la lógica a las normas. Véase VON WRIGHT G.H., 2000. A su vez, Navarro y Rodríguez indican que muchos filósofos han llamado la atención sobre esta ambigüedad de los enunciados jurídicos (Bentham, Hedenius, Wedberg, Hansson), pero no realizaron un análisis lógico de estos enunciados, sino sólo en referencia al uso ordinario del lenguaje (NAVARRO P. E., RODRÍGUEZ J. L., 2014: 78). Es llamativo que algunos teóricos del derecho no han reparado en esta distinción, véase por ejemplo DWORKIN R., 1985: 119-145 (si bien, corresponde aclarar que Dworkin no es especialmente analizado en esta investigación ya que no es considerado un teórico del derecho positivista).

⁸⁹ Éste es conocido como el dilema de Jorgensen. (GUASTINI R., 2011)

⁹⁰ A&B, vW.

⁹¹ Dalla Pozza

diversos argumentos, autores contemporáneos aseguran que esto es posible⁹², y en virtud de ello sus análisis no distinguen entre normas y proposiciones normativas, lo que provoca algunas perplejidades en sus argumentos.

Así, la distinción entre normas y proposiciones normativas es de vital importancia para el análisis de la estructura lógica de los enunciados. Nos permite resaltar algunas de las características de éstos y llamar la atención sobre algunas ambigüedades que pueden darse en el uso de los enunciados jurídicos. Así, es en el uso ordinario del lenguaje que podemos incurrir en algunas confusiones si no distinguimos, o no tenemos presente, si con un determinado enunciado expresamos una norma o una proposición normativa.

Por ejemplo, tomamos una norma como: "Prohibida la eutanasia" o sus equivalentes, "No permitido realizar actos de eutanasia" u "Obligatorio no realizar actos de eutanasia". La negación de esta norma sería otra norma, del tipo "Permitido realizar actos de eutanasia". Puede verse cómo una norma y su negación son mutuamente excluyentes. Y conjuntamente exhaustivas.

Mientras que no sucede lo mismo si consideramos la negación de una proposición normativa. La negación de una proposición normativa puede dar lugar a nuevas ambigüedades. Por ejemplo, tomemos la proposición que expresa "En el ordenamiento jurídico italiano el acto de eutanasia está prohibido". Consideremos su negación: "No es el caso que Italia el acto de eutanasia esté prohibido". Esta última puede leerse en dos formas distintas:

- i. En el ordenamiento jurídico italiano no hay una norma que prohíba la eutanasia (lo que se conoce como negación externa).
- ii. En el ordenamiento jurídico italiano hay una norma que permite la eutanasia (lo que se conoce como negación interna).

⁹² Andrei Marmor, por ejemplo, propone un argumento basado en la concepción expresivista para mostrar que las directivas legales tienen valor de verdad. Véase, MARMOR A., 2014.

Esto nos deja ver cómo el término "permitido" al interior de una proposición normativa es ambiguo. Puede significar que no hay una norma que prohíba determinada acción o que hay una norma que la permite.

Este análisis de la ambigüedad de la negación de una proposición normativa sirve para ilustrar la importancia del análisis de la estructura profunda de los enunciados jurídicos. Y la relevancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas.

De todas formas, aun quienes sostienen la imposibilidad de atribuir valor de verdad a normas, discrepan con respecto a qué entienden por normas y, por consiguiente, a cuál es el significado de las proposiciones normativas. No existe acuerdo entre los teóricos del derecho en torno a aquello en lo que consisten las proposiciones normativas⁹³.

4. Enunciados internos y enunciados externos

En el presente apartado se presentará la distinción entre enunciados internos y enunciados externos. Ésta puede entenderse también como una distinción derivada del ámbito de pertenencia de los enunciados a un discurso interno o externo respectivamente. De todas formas, aquí se presentará la distinción enfocada específicamente a nivel de los enunciados, pero con la aclaración de que la comprensión del sentido de un enunciado no puede escindirse del contexto. Los enunciados o expresiones lingüísticas no se dan aislados, sino en relación con otras –numerosas– expresiones lingüísticas, es decir como parte de un discurso.

La distinción entre enunciados internos y externos tiene mucha importancia, puesto que consiste en un instrumento metodológico central para la comprensión

⁹³ Se presentará distintas concepciones de las proposiciones normativas en el capítulo II.

de expresiones lingüísticas y de prácticas sociales⁹⁴. Como ya se ha expuesto, toda actividad o práctica humana que se entienda con sentido es siempre una actividad gobernada por reglas. Es específicamente esta particularidad lo que nos pone frente a la necesidad de realizar la distinción entre discursos/enunciados internos o externos para comprender cabalmente, para teorizar y referirnos a estas prácticas.

La dicotomía interno/externo ha sido muy utilizada en la filosofía, aunque no siempre con el mismo sentido⁹⁵. Parece que los términos "interno" y "externo" nos sugieren ciertas imágenes útiles para dar cuenta de algunos sentidos, sin embargo en muchas oportunidades, más que contribuir a la comprensión, estas imágenes han provocado mayores confusiones y disputas sobre su uso correcto. Así, en la filosofía del derecho la distinción entre enunciados internos y externos parece evocar claramente la famosa y controvertida distinción entre enunciados internos y externos propuesta por Hart⁹⁶. Sin embargo, vemos cómo Ross, por ejemplo, también hace uso de la misma terminología en un sentido diverso⁹⁷.

En el presente apartado quiero presentar la distinción entre enunciados internos y externos como producto de las consideraciones expuestas sobre la distinción entre el conocimiento de hechos empíricos y el conocimiento de significados. Es decir, como una derivación de la distinción entre un método para

⁹⁴ En igual sentido, HART H.L.A., 2011.

⁹⁵ Por ejemplo, al respecto dice Carnap: "En la medida en que las condiciones de verdad de los enunciados sean establecidas en una teoría, un enunciado existencial sólo compromete con entidades teóricas internas a dicha teoría". (CARNAP R., 1950, "Empiricism, Semantics and Ontology").

⁹⁶ Hart H.L.A., 2011; Hart H.L.A., 1983: Scandinavian Realism.

⁹⁷ Para Ross el punto de vista interno tiene una naturaleza "psicológica", es una especie de "sentimiento". Cf. ROSS A., 2006: 16, 18. En el mismo sentido, en su recensión al *Concepto de Derecho* de Hart, Ross sostiene: "I myself have stressed this point in saying that a social rule presupposes not only an observable regularity but also that the rule be **felt** as 'socially binding' by the human being following it." (ROSS A., 1962: 1188); "Hart objects that it is a misrepresentation to depict the internal aspect as a matter of feelings." (...) "I believe that the attitude and reactions described by Hart are the **overt manifestations of feelings** engendered in the individual during his growth in the group." (ROSS A., 1962: 1188-1189). También véase, por ejemplo, WEDBERG A., 1951.

conocer hechos empíricos y el método para la comprensión de actos y prácticas humanas con sentido⁹⁸.

El primer punto relevante es que la diferencia entre ambos tipos de enunciados no puede vislumbrarse solamente atendiendo a la forma sintáctica del enunciado. Así, por ejemplo, el enunciado "En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia" puede ser expresión de un enunciado interno o de un enunciado externo sobre el derecho. Veremos cómo el significado en uno y otro caso no es el mismo.

Un segundo punto es que nuestro objeto de análisis son los enunciados realizados en función cognoscitiva. Son aserciones que pueden ser reputadas de justificadas o injustificadas. La distinción entre enunciados internos y externos aquí propuesta se proyecta sobre este tipo de actos lingüísticos, e incide sobre el significado y las condiciones de verdad de los enunciados en función cognoscitiva, o cuándo éstos son considerados enunciados correctos. Así, si consideramos el enunciado como interno o externo, lo que cambia son, precisamente, estas condiciones que lo convierten en un enunciado correcto o verdadero. Estas condiciones son las circunstancias de hecho y las reglas sociales que constituyen una práctica determinada, es decir el *contexto*.

Por esto, la distinción entre enunciados internos y externos es importante para comprender el significado de una aserción en virtud de que, al explicitar si se trata de una aserción interna o externa, estamos en realidad explicitando cuál es el conjunto de reglas que se sigue (cuál es la práctica a la que se pertenece) y que hacen de la aserción una aserción correcta. Así, al realizar una aserción se sigue (se *usa* explícitamente o se *presupone*) siempre algún conjunto de reglas.

⁹⁸ No quiero discutir en ésta sección si esta es o no la posición de Hart. Si bien es claro que es una posible interpretación de su propuesta, dejaremos el análisis de la teoría hartiana para el capítulo III.

De esta forma, los enunciados son internos o externos pero con relación a un determinado grupo de reglas sociales. Si estas reglas son usadas o presupuestas al realizar una aserción, entonces el enunciado es interno. En caso contrario, se trata de un enunciado externo. Es este conjunto de reglas (de alguna práctica específica) lo que hace que un enunciado o un tipo de discurso sea *interno* respecto de este conjunto.

La distinción entre enunciados internos y externos depende de cuáles son las reglas que se sigue cuando se formula un enunciado. Esta distinción metodológica está dirigida a explicitar cuál el conjunto presupuesto o usado, y así poder comprender el sentido de un enunciado. Es por esto que la comprensión de la práctica implica el seguimiento de las reglas que constituyen esta práctica.

Entonces, el sentido de la práctica está dado, *constituido* por un conjunto de reglas. Estas reglas son aquéllas que el emisor sigue al formular un enunciado dentro del contexto de la práctica. Estas reglas no son parte del enunciado sino que son presupuestas. Y, dado que éstas constituyen la práctica, son necesariamente presupuestas. Nuevamente recapitulando, la idea de que las reglas constituyen el significado no significa que ésta sea una relación fundacional: las reglas son la explicación y la justificación de los usos que tienen lugar en una cierta práctica.

Así, la distinción interno/externo se refiere a si se siguen las reglas propias de la práctica o si por el contrario estas reglas no se usan. De todas formas, esto no implica que los enunciados externos respecto a una determinada práctica no usen o presupongan otras reglas, es decir que estos enunciados son internos respecto a otra práctica. Es por esto que no puede pensarse en un enunciado totalmente externo, que no presuponga ningún grupo de reglas⁹⁹. En otras palabras, todo enunciado con sentido tiene lugar en un contexto y forma parte de una práctica.

⁹⁹ Al respecto se ha sostenido: "Credo sia opportuno segnalare subito, a scanso di equivoci, che anche l'osservatore 'esterno' accetta delle regole: non le regole sociali oggetto di accettazione (**Anerkennung**) da parte dell'osservatore 'interno', ma le regole metodologiche (o epistemologiche o

Existe, en el ámbito de la filosofía del derecho, una tendencia a considerar la distinción entre enunciados internos y externos, análoga a la distinción entre enunciados en función práctica y enunciados en función cognoscitiva¹⁰⁰. Éste es un punto que interesa aclarar. La distinción aquí propuesta entre enunciados internos y externos puede aplicarse a todo tipo de enunciados (en función cognoscitiva y práctica). Sin embargo, en esta investigación el interés principal recae sobre los enunciados en función cognoscitiva¹⁰¹. Es decir, aserciones sobre lo que es obligatorio, prohibido, permitido en un sistema jurídico particular, y sobre el significado jurídico de ciertos actos.

Lo importante es que en el caso de los enunciados internos y externos la diferencia no reside en el uso prescriptivo o descriptivo del lenguaje, sino específicamente en el sentido de éstos en relación a su contexto de emisión. Este contexto está determinado por la situación de hecho y el conjunto de reglas que se sigue o presupone –con las que uno se compromete a nivel conceptual y lógico– cuando se profiere un enunciado.

Cuando se sigue reglas conceptuales se comparte con los otros participantes de un grupo un determinado concepto o un cierto esquema de interpretación de determinados fenómenos. Por esto, por ejemplo, podemos pensar en una situación en que observamos una partida de ajedrez y vemos que uno de los jugadores mueve una de sus torres en forma diagonal. Frente a esta situación formulamos el enunciado "el jugador se ha equivocado y ha realizado un movimiento no

gnoseologiche) che rendono possibile la conoscenza (**Erkenntnis**), il riconoscimento e la comprensione di comportamenti, di regolarità di comportamento, come regole sociali", y en la nota 11: "Tali regole epistemologiche potrebbero essere viste come regole di riconoscimento, e queste ultime come regole costitutive. In breve: non solo occorre una regola, o meglio una 'legge scientifica o sociologica', per 'vedere' regolarità di comportamenti e gli atteggiamenti hanno il valore di **social rule** perché ciò è reso possibile, pensabile e percepibile da una regola costitutiva" (MUFFATO N., 2010: 102).

¹⁰⁰ Veremos este punto en detalle en el capítulo III, al analizar el punto de vista interno en Hart.

¹⁰¹ En el capítulo IV, punto 3, veremos cómo puede aplicarse la distinción interno/externo a los enunciados descriptivos y a los enunciados en función práctica respectivamente.

permitido en el ajedrez". Al proferir tal enunciado (si bien no me encuentro jugando al ajedrez en ese momento y sólo observo un partido) estoy siguiendo las reglas que constituyen *el jugar al ajedrez*, y por esto comprendo el juego. Esta comprensión implica que atribuyo a los actos desarrollados en el juego el mismo sentido que los dos jugadores y, probablemente también, que muchos de los otros sujetos que se encuentran observando el partido.

Sin embargo, podría haber sujetos observando el partido que desconocen cómo se juega al ajedrez. Para éstos, el movimiento de la torre en diagonal probablemente no resulte incorrecto en un primer momento, aun más, según el grado de familiaridad que tengan con el ajedrez es probable que no sepan que la pieza usada en español se llama "torre". Estos observadores podrían formular ciertas hipótesis respecto de los significados y la corrección de los movimientos en el juego. Si la partida durase horas, un observador atento podría percatarse de que los jugadores siempre mueven sus torres en forma recta, sea horizontal o vertical, por lo que podría ser el caso que dadas las previsiones estadísticas, el movimiento diagonal de la torre les resultase extraño. De todas formas, este tipo de hipótesis es claramente peligroso.

Pensemos en otro ejemplo: durante el mismo partido, el otro jugador realiza otro movimiento con la torre, la mueve en línea recta pero "salta" a su rey y se coloca en la casilla contigua. Quienes sabemos jugar al ajedrez sabemos que este movimiento es un "enroque" permitido por las reglas del juego. Sin embargo, el observador que desconoce tales reglas, luego de observar ambas jugadas, podría llegar a conclusiones diversas, como que la torre, luego de cierto número de jugadas, o luego de cierto tiempo de juego, puede moverse libremente, o que cada cierto número de jugadas tenemos un movimiento libre donde las piezas no deben seguir un patrón de desplazamiento. Claro que esas hipótesis podrían parecer absurdas, pero sólo para aquellos lectores que ya saben cómo jugar al ajedrez. Es

decir que, al pensar en este ejemplo, seguimos las reglas del ajedrez para identificar qué casos son movimientos permitidos y cuáles no dentro de un juego de ajedrez.

Otro punto importante, respecto del seguimiento de reglas, es que resultan indiferentes aquí los motivos por los que de hecho seguimos estas reglas, o si tenemos razones que justifican tal seguimiento. No pretendo negar que pueden darse discusiones respecto de si una práctica reglada es buena, justa, bella, útil, etc. Y, en este sentido, si merece ser sostenida en el tiempo o, por el contrario, modificarse o eliminarse. De todas formas, estos tipos de análisis exceden los objetivos de este trabajo. Por el contrario, como ya se explicó, el acento se coloca en la comprensión de la práctica social del derecho y en su descripción, no en su valoración.

Como se expuso, el discurso sobre el derecho generalmente está compuesto de enunciados deónticos. Y sobre éstos la distinción interno/externo tiene una importancia esencial, en virtud de que la comprensión del sentido de estos enunciados requiere de dos condiciones: a) habilidad de aplicar las reglas que constituyen la práctica, es decir que dan su significado a los enunciados; b) comprensión al menos intuitiva de algunos aspectos sobre el seguimiento de reglas, como la idea de justificación y corrección conforme a una regla. En la práctica deben esgrimirse pretensiones de corrección o incorrección sobre algún tipo de criterios. Es decir, comprender que se usan criterios, los cuales al aplicarse dividen en mundo en dos: en casos o situaciones conformes al criterio y casos o situaciones no conformes al criterio. Esto, a su vez, implica que puede reconocerse casos de aplicación correcta y casos de aplicación incorrecta del criterio. En este

sentido general, o débil, estos criterios dan sentido a nuestra conducta (lingüística o extralingüística)¹⁰².

5. Enunciados jurídicos y ciencia del derecho

5.1 Modelos de ciencia jurídica

Es común distinguir entre dos modelos de ciencia jurídica¹⁰³. Uno es el modelo del "normativismo" o "normativista", y el otro es el modelo "realista" (GUASTINI R., 1998). Los partidarios del modelo "normativista" conciben el derecho como un conjunto de normas generales producidas por el legislador. Describir el derecho es, por lo tanto, describir normas (no realizar enunciados interpretativos o describir las atribuciones de significado). Conforme a este modelo, los enunciados de la ciencia jurídica expresan proposiciones sobre normas.

Tarello explica que existe una serie de presuposiciones que buscan fundar la legitimidad de una ciencia jurídica que describe "normas" (lo cual para él es una contradicción en los términos)¹⁰⁴. Las presuposiciones son:

- a) que las normas tienen un status de entidades reales;
- b) que de las normas se derivan unívocamente significados normativos no contradictorios en el ámbito de cada sociedad-ordenamiento jurídico;

¹⁰² No quiero usar la palabra "aceptación" a propósito, ver el debate sobre la "aceptación" en el capítulo III.

¹⁰³ Se ha señalado que la expresión "ciencia jurídica" puede resultar ambigua, y que por lo tanto no es claro cuáles son las actividades que podríamos señalar como propias de la ciencia jurídica. Al respecto, Nino S., 1995:11; Núñez Vaquero A., 2013:53. En el contexto de esta investigación la ciencia jurídica está dirigida a la actividad orientada al conocimiento y descripción de lo que los ordenamientos jurídicos permiten, obligan o prohíben hacer.

¹⁰⁴ Tarello en este texto analiza algunos sentidos de la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo, explica que la distinción misma es parte de una ideología, y se pronuncia en contra de una distinción metodológica respecto de los distintos tipos de estudios jurídicos. Sostiene que es incorrecto distinguir los estudios "jurídicos" de los "metajurídicos" (historia del derecho, sociología jurídica, teoría general del derecho), y que es necesario usar el mismo método. Ver TARELLO G., 1974A.

c) que la doctrina o ciencia jurídica describe el significado normativo de las acciones (TARELLO G., 1974A: 44).

El segundo modelo es el modelo "realista". Explica Guastini que, en este modelo, el derecho es el producto de las decisiones de los jueces y los órganos aplicadores en los casos concretos. Describir el derecho, entonces, es describir las decisiones de estos órganos aplicadores. Por esto, para el modelo realista, describir el derecho no es describir normas, sino hechos. Estos hechos son el comportamiento de los jueces –i.e. sus decisiones. Aquí los enunciados de la ciencia jurídica no expresan proposiciones sobre normas, sino proposiciones de hecho (sobre hechos de un cierto tipo) iguales a las de cualquier discurso científico.

La distinción entre ambos modelos de ciencia jurídica es útil para comparar algunas teorías que analizaremos en los capítulos siguientes. Al respecto:

"Según la manera en que se configure el Derecho (como conjunto de hechos o, en cambio, como conjunto de normas) variará la epistemología apropiada para conocerlo. La tesis me parece trivial, pero no siempre se extrae de ella una de sus consecuencias necesarias: no puede haber un único enfoque epistemológico para acercarse al fenómeno jurídico. Hay varios enfoques y todos son, en algún sentido, adecuados" (COMANDUCCI P., 2010: 176).

Sin embargo, creo conveniente realizar algunas precisiones en relación a la forma en que ambos modelos son presentados. Respecto del modelo normativista, las presuposiciones que parecen atribuirse al mismo son llamativas, no es claro que todas las posiciones normativistas adhieran a ellas. Veamos una por una:

I. que las normas tienen un status de entidades reales

Aquí efectivamente esto depende de qué se entienda por "reales" en el contexto de cada teoría. Conforme la metodología sugerida en los apartados

precedentes, las normas se relacionan con el sentido que se atribuye a ciertos actos o hechos, con el significado de ciertos textos. Pero como se adelantó, esto no implica considerarlas entidades platónicas o de un tercer reino, o entidades psicológicas, empíricas. No se acepta que los significados existan como entidades reales en sentido metafísico. Bajo esta perspectiva, las preguntas por la ontología son remplazadas por la pregunta conceptual. Por esto, para una teoría normativista, no necesariamente a las normas se les da este estatus de "reales en sentido metafísico", porque no es una cuestión relevante para la pregunta que se quiere resolver¹⁰⁵.

Alchourrón y Bulygin, en su texto *Von Wright y la filosofía del derecho* introducen una distinción entre tres sentidos de normas que considero pueden resultar útiles para comprender esta cuestión¹⁰⁶. Ellos distinguen entre tres significados diferentes con los que se usa la palabra "norma":

- i. norma-comunicación;
- ii. norma-promulgación;
- iii. norma-lekton.

Al analizar cuándo existe una norma, Alchourrón y Bulygin explican que debe precisarse con cuál de estos significados se usa la palabra "norma". Así, las condiciones de existencia de una norma-comunicación serían diferentes a las de una norma-promulgación y a las de una norma-lekton.

Explican esto realizando una analogía con el lenguaje descriptivo. Para que exista comunicación es necesario la emisión de un mensaje y la recepción de un mensaje por parte del destinatario. Pero, si no contamos con la recepción del mensaje, nos encontramos sólo con el acto de aseverar y con su contenido, la aseveración. Pero si dejamos de lado al emisor, sólo nos encontramos con el contenido posible de una aseveración, lo que suele llamarse "proposición". Así, en

¹⁰⁵ Respecto de la existencia de normas véase la primera parte del capítulo II.

¹⁰⁶ ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1991: 69-102.

lenguaje descriptivo podemos encontrar por un lado la comunicación, por otro el acto de aseverar y, por último, la proposición. Alchourrón y Bulygin explican que el mismo nivel de abstracción puede aplicarse al uso del lenguaje prescriptivo.

De esta forma podemos encontrar frente a una norma-comunicación, donde es condición necesaria la comunicación de la norma al sujeto destinatario. El ejemplo típico es para ellos el caso del mandato. Pero, cuando dejamos de lado la comunicación con el sujeto destinatario, nos encontramos con el acto de prescribir y con la prescripción como el contenido de este acto. En el primer caso nos referimos a norma como norma-promulgación. Finalmente, podemos referirnos al contenido posible de un acto de prescripción. Éste es el caso de norma como norma-lekton.

Vemos cómo este último concepto de norma, al igual que el de proposición, no hace referencia a un signo u objeto natural o a un evento histórico. El sentido de existencia de las normas-lekton o las proposiciones no es total, como la existencia de la silla sobre la que estoy sentada mientras escribo o el acto de prescribir. Para Alchourrón y Bulygin la norma-lekton es el contenido de un acto de prescripción. En este sentido, la existencia comienza con la promulgación, pero no se identifica con este acto¹⁰⁷. La promulgación es entendida como el único requisito de existencia.

Con estos tres significados diferentes de "norma", ahora podemos volver sobre la distinción entre modelo de ciencia normativo y realista para hacer algunas precisiones. Si entendemos que una teoría entiende "norma" como norma-promulgación, podríamos decir que su existencia sería análoga a la de hechos perceptibles en el mundo sensible. Mientras que, al considerarlas como norma-lekta, éstas son significados, y su existencia dependerá de cómo se entienda la existencia de significados. Puesto que, como se verá en los capítulos siguientes, las

¹⁰⁷ En el mismo sentido Guastini distingue entre distintos sentidos de "norma" como acto, como enunciado y como significado (GUASTINI R., 2016 A).

teorías difieren al respecto, parece más fructífero no asignar a cada modelo de ciencia jurídica una específica concepción sobre la existencia de normas¹⁰⁸. En este sentido, como veremos, la propuesta de Kelsen parece referirse a las normas en el tercer sentido (i.e. norma-lekton), pero esto es así también en las propuestas de Guastini y de Alchourrón y Bulygin.

Asimismo, y, nuevamente, como las teorías pertenecientes al grupo normativista son varias y diversas, sería útil incluir no sólo las normas generales que son producto de la actividad del legislador como objeto de descripción. Estas teorías también consideran otros tipos de normas, según los criterios de pertenencia propios de cada ordenamiento jurídico. Por ejemplo, podría ser el caso que las decisiones jurisprudenciales sean también creadoras de derecho¹⁰⁹, o la costumbre misma, sin embargo, siempre con la salvedad que no se trata del hecho o acto de dictar una sentencia o del hecho de la costumbre. Una de las características salientes del "normativismo" es que no busca identificar el acto de promulgación o la intención del sujeto que emite un acto prescriptivo, por el contrario, el énfasis está en la descripción de normas entendidas como normas-lekta. En este sentido, si tomamos como objeto de conocimiento las normas-lekta, podemos distinguir entre el conocimiento de este significado o lekton, del acto (o conjuntos de actos) y del enunciado que producen tales normas. En este sentido, estas normas podrán ser promulgadas por un legislador, creadas consuetudinariamente por un grupo social, utilizadas por un juez. El problema vuelve a conectarse con el método necesario de conocimiento, y con la cuestión de si es el mismo el método necesario para conocer actos (hechos) que para conocer (o comprender significados).

¹⁰⁸ En el capítulo II se desarrolla cómo entienden la existencia de normas cuatro teorías diversas.

¹⁰⁹ Si bien considerar la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las decisiones jurisprudenciales, como fuente del derecho es una cuestión que depende de los criterios de pertenencia de cada ordenamiento en particular; es generalmente aceptado por los teóricos que las decisiones jurisprudenciales constituyen normas individuales aplicables a casos concretos.

II. *que de las normas se derivan unívocamente significados normativos no contradictorios en el ámbito de cada sociedad-ordenamiento jurídico.*

Dos cuestiones parecen surgir aquí. Por un lado, que las teorías normativistas adoptan la tesis de la univocidad. Hemos ya aclarado algunos elementos respecto de la idea de interpretación, por lo cual siguiendo estos lineamientos no es claro por qué una teoría normativista tenga que seguir necesariamente tal tesis sobre el significado de textos.

Por el otro lado, no es claro por qué no podría existir una práctica reglada con normas contradictorias, es verdad que las prácticas tienen *un point*, una utilidad en nuestra forma de vida, y sería raro pensar la utilidad práctica de sistemas de reglas contradictorios. Sin embargo, creo que debería argumentarse a mayor profundidad. Las prácticas son creadas por las acciones humanas, y no veo la imposibilidad de que una práctica presente contradicciones, podríamos decir que sería una práctica ineficiente (para su objetivo explícito, pudiendo en realidad bajo, la forma de ser contradictoria, ser funcional a otros objetivos).

III. *que la doctrina o ciencia jurídica describe el significado normativo de las acciones.*

Esta presunción se conecta nuevamente con el tema de la interpretación. Para Guastini, por descripción de normas se puede entender dos cosas diferentes: (a) describir el contenido de significado de los textos normativos (de las fuentes). Pero, si uno no admite que cada texto exprese un significado unívoco, entonces sólo podría describirse todos los significados posibles. Esta alternativa sería insuficiente para conocer cómo de hecho un texto sería interpretado en el futuro; o, (b) describir la "interpretación vigente", es decir el modo en que los textos son efectivamente interpretados. Guastini aclara que no siempre los textos normativos son indeterminados (hay momentos en que una interpretación es consolidada y dominante), y que tampoco son siempre enteramente indeterminados.

Dos aclaraciones respecto de la descripción de normas. Ambas lecturas respecto de la descripción de normas de Guastini ponen el énfasis en que describir normas supone en definitiva siempre un acto de interpretación de ciertos textos. Así, las dos opciones del modelo normativista son: (a) interpretamos un texto, y esto para Guastini siempre un acto de decisión; o (b) vemos cómo otros interpretan un texto. Creo que no es éste el sentido de descripción de normas propio del modelo normativista.

En primer lugar, bajo la perspectiva que se sostiene en esta investigación, los significados pueden conocerse, por lo que los enunciados que expresan tal conocimiento intentan ajustarse al modo de la práctica en cuestión. Esta actividad cognoscitiva tiene lugar en los casos dónde, en cierto contexto, los significados no son siempre controvertidos. Sea que se entienda que se trata de casos claros, o que se entienda que en estos casos existen interpretaciones vigentes no cuestionadas. Este tipo de casos es donde un enunciado puede evaluarse como correcto o incorrecto o, según la posición de los realistas, donde la "interpretación" es susceptible de ser evaluada como verdadera o falsa. Esto nos lleva a la conclusión de que parecen existir casos donde el interprete realiza una actividad cognoscitiva y no de atribución de significado.

Además, el segundo sentido de descripción de normas entendida como "interpretación vigente", parece apartarse del modelo normativista, en cuanto se describe cómo determinadas personas interpretan ciertos textos. Lo que se describe en este caso no son las normas, sino el hecho de que determinado grupo generalmente atribuye cierto significado a determinados textos. Aun más, como ya se adelantó, es al menos discutido que todas las normas sean el producto de un

acto del lenguaje¹¹⁰, lo que pondría en jaque la idea de que la descripción de normas sea siempre interpretación de ciertos textos.

Vemos que las cosas se complejizan aun más, ya que no todas las teorías normativistas entienden la descripción de normas de la misma forma. Al mismo tiempo, no todas las teorías realistas consideran los mismos hechos como fundamento de la verdad de los enunciados sobre el derecho. Explica Guastini que hay por lo menos dos formas posibles que puede adoptar el modelo realista. Según la primera, solamente se describe la jurisprudencia, o sea el conjunto de las decisiones jurisdiccionales. La idea subyacente es que los jueces resuelven sus ideas no en base a reglas generales, sino caso por caso según sus imprevisibles impulsos. Mientras que según la otra forma que podría adoptar un modelo realista lo que se describe son las normas efectivamente aplicadas por los jueces. No sólo las decisiones sobre las controversias, sino las normas que son aplicadas para llegar a la decisión. Esto serviría para prever futuras decisiones. Esta segunda variante de la versión realista es para Guastini muy similar a la variante normativista de descripción de la interpretación vigente (GUASTINI R., 2016).

5.2 Problemas respecto de la ciencia del derecho y el rol de la dogmática

En relación directa con el discurso descriptivo sobre el derecho, puede verse cómo ha sido y es aún hoy debatido entre los filósofos del derecho si puede atribuirse o no carácter científico al discurso que tiene como objeto de conocimiento el derecho y, en su caso, cuál es el método que debería seguirse¹¹¹. En

¹¹⁰ Como otros han expresado: "ni aún las que tienen relevancia en la práctica jurídica -como la regla de reconocimiento, o las reglas consuetudinarias" Véase, NAVARRO P. E., RODRÍGUEZ J. L., 2014: 66 en nota 103. Estos casos serían para Guastini ejemplos de interpretación de hechos *normativos*. La costumbre por ejemplo, es entendida como un comportamiento social, compartido y repetido uniformemente por largo tiempo sumado a la creencia que este comportamiento es conforme a una norma vinculante. La costumbre se identifica cuando los interesados expresan enunciados valorativos y/o prescriptivos (GUASTINI R., 2016).

¹¹¹ Intento sugerir que las discusiones sobre el método científico y los requisitos para considerar científico un discurso también repercuten sobre los teóricos del derecho. Por ejemplo, Bobbio

los capítulos siguientes se analizará en detalle algunas propuestas sobre el significado de los enunciados jurídicos, sin embargo, en el presente apartado solamente se busca ilustrar como las distintas propuestas de los teóricos del derecho se relacionan con distintos modelos de conocimiento científico.

Al respecto, se ha sostenido:

"Es la dogmática jurídica o quizás, más general, la cultura jurídica interna (es decir, el conjunto de los operadores jurídicos), la que cumple principalmente el papel social de conocer y hacer conocer un Derecho, es decir, sus normas; o, lo que es lo mismo, qué se debe o no se debe hacer según lo que éste dispone. Hay por supuesto miles de problemas epistemológicos conectados con la metodología de la dogmática jurídica, relativos a las condiciones de verdad o –como hoy se prefiere decir- de corrección de sus proposiciones, así como a la objetividad, contextual o no, débil o fuerte, de los conocimientos adquiridos por ella" (COMANDUCCI P., 2010: 183).

Por largo tiempo los filósofos, al tratar respecto de las características del discurso de la ciencia del derecho, han estado debatiendo un tema particular: cuál es la función de la actividad desarrollada por la dogmática¹¹². Es decir, si se trata de una actividad científico-cognoscitiva o una actividad de tipo política.

Así encontramos por ejemplo la obra de Kelsen, quien específicamente en su *Teoría pura del derecho*¹¹³ busca establecer una metodología eficaz para el

sostiene que no es la verdad o verificabilidad de los enunciados lo que hace a un discurso científico. Por el contrario, él sostiene que podría ser considerado científico un discurso en virtud de la rigurosidad con que este es construido (BOBBIO N., 2011).

¹¹² Véase al respecto BOBBIO N., 2011.

¹¹³ Primera edición de 1934, segunda de 1960. En el presente trabajo, salvo aclaración en contrario se seguirán los argumentos de la segunda edición.

conocimiento de normas jurídicas y para determinar la verdad o falsedad de los enunciados que expresan lo que jurídicamente se debe hacer. En esta obra, Kelsen busca establecer las condiciones necesarias para que la actividad de conocimiento y descripción del derecho sea considerada una actividad científica. Específicamente, para Kelsen, el conocimiento del derecho es conocimiento de normas jurídicas, y no puede ser reducible al conocimiento causal de datos empíricos. Sin embargo, este conocimiento es independiente de toda valoración moral, política, o de cualquier tipo que no sea jurídica. En Kelsen el conocimiento jurídico se expresa en proposiciones jurídicas que se refieren al deber ser. La ciencia jurídica en Kelsen es una ciencia normativa, describe normas y expresa lo que debe ser según un cierto orden jurídico.

Podemos ver en clara oposición con el modelo kelseniano el modelo de ciencia jurídica propuesto por Alf Ross. Éste, en *Sobre el Derecho y la Justicia* (publicado en el 1958), considera que el conocimiento del derecho es una actividad distinta. Toma como fundamento de la ciencia jurídica un método empirista, y esto lo lleva a concebir, por ejemplo, la actividad de la doctrina de un modo radicalmente diferente. Específicamente, Ross afirma que su propósito es llevar los principios del empirismo –i.e. observación y verificación– hasta sus últimas consecuencias. De esta forma, al igual que el modelo de Kelsen, establece las condiciones necesarias para un adecuado conocimiento del derecho, es decir las condiciones para considerar el conocimiento del derecho como científico. Ross rechaza expresamente la idea de que el conocimiento del derecho sea un conocimiento normativo y que éste se exprese en proposiciones de deber. La doctrina debe dar cuenta de cómo los jueces efectivamente se comportan, cómo efectivamente llevan adelante la ideología de las fuentes del derecho¹¹⁴.

¹¹⁴ ROSS A., 2016: capítulo 3.

Bobbio, en su ensayo *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, analiza las tesis de Kelsen y Ross respecto de estos dos modos de concebir el conocimiento del derecho y, como consecuencia de esto, el rol de la dogmática. Trata de explicar en qué sentido la ciencia jurídica en la obra de Kelsen es una ciencia normativa. Su conclusión es que para Kelsen la dogmática debe tener una función descriptiva, debe dar cuenta de cuáles son las conductas requeridas o prohibidas por ordenamiento jurídico. Pero la metodología que debe adoptarse para alcanzar un conocimiento del derecho positivo sería "normativa", ya que el objeto de conocimiento son las normas pertenecientes a un sistema jurídico. A su vez, estas directivas que Kelsen prevé para guiar la actividad cognoscitiva conforman lo que Bobbio llama metajurisprudencia¹¹⁵. La metajurisprudencia de Kelsen tendría un carácter normativo en cuanto prescribe cómo debe comportarse quien quiere conocer el derecho.

Se diferencia esto de la teoría de Ross, para quien las cosas serían justamente al revés: la actividad llevada a cabo por la dogmática tiene una función normativa, es decir que "pone normas" (mejor dicho: elabora posibles formas de resolver situaciones jurídicas). En clara oposición con la teoría kelseniana, Bobbio sostiene que para Ross no es tarea de la metajurisprudencia prescribir cómo la doctrina debe obrar. Así, la metajurisprudencia en la teoría de Ross no prescribe cómo debe proceder la actividad que desarrolla la dogmática, sino que constata cómo de hecho ésta es realizada. La metajurisprudencia debe tener una metodología de trabajo empírica y no normativa. Para Bobbio, podría entenderse que Ross incluye un elemento normativo en la actividad que lleva adelante la dogmática. En este sentido la dogmática, más cercana a la actividad política que a la cognoscitiva, pone o propone normas o posibles soluciones a situaciones jurídicas. Por el

¹¹⁵ Este término en castellano puede inducir a algunas confusiones, dado que "jurisprudencia" suele ser usado para denominar el conjunto de las decisiones jurisprudenciales. De todos modos de aquí en adelante "metajurisprudencia" será usado para designar la meta-dogmática.

contrario, en el modelo de Kelsen, la faz normativa parece situarse en el nivel de metajurisprudencia, en cuanto establece las condiciones necesarias o las reglas necesarias para lograr conocer el derecho como contenido "normativo", como un deber ser.

Podemos reconstruir la situación de la siguiente forma. De la presentación de Bobbio parecería evidenciarse que en las teorías de Kelsen y Ross la dogmática no se encuentra en el mismo nivel de análisis respecto de su objeto de estudio. Por un lado, Kelsen busca establecer las condiciones para que el conocimiento del derecho (entendido como conjunto de normas) pueda ser considerado científico. En este sentido establece prescripciones metodológicas para quien se embarque en la actividad de la ciencia del derecho. De esta forma, parece que en Kelsen la dogmática se coloca en el mismo nivel que la ciencia del derecho. Sin embargo, entiendo que Kelsen no pretende negar el rol activamente transformador que la dogmática tiene en la práctica jurídica, sino brindar las prescripciones metodológicas para que en caso de que el dogmático pretenda conocer el derecho pueda justificar su pretensión. Por el contrario, Ross no establece ninguna prescripción metodológica para la dogmática, la cual sólo se describe como parte del objeto de conocimiento. La posición de Ross puede asimilarse a la de Guastini: para ellos la "metajurisprudencia" consiste justamente en el análisis del discurso de la dogmática y de los jueces (GUASTINI R., 2016).

Por otro lado, es interesante considerar la posición de Alchourrón y Bulygin. Ellos explican que algunas de las actividades de la dogmática pueden caracterizarse como científicas. Específicamente en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* sostienen que la ciencia jurídica no puede identificarse ni con una ciencia empírica ni con una ciencia formal, y sería mejor comprenderla dentro de la categoría autónoma de ciencia normativa. Dentro de esta ciencia se concibe la labor del jurista como aquélla de sistematización de las bases normativas

de un sistema jurídico. Esta base se compone de enunciados jurídicos que relacionan casos con determinadas soluciones normativas. Así, entienden las normas como entidades lingüísticas (porque dicen que es más fácil metodológicamente para aplicar la lógica a expresiones lingüísticas y no a sentidos ideales, pero no quieren comprometerse con una tesis ontológica). Ellos aclaran que no pretenden reconstruir lo que los juristas de hecho hacen, sino que buscan hacer una reconstrucción de algunos ideales de la ciencia jurídica. El método que utilizan es el llamado explicación o reconstrucción racional.

Así, puede aplicarse el mismo tipo de análisis que Bobbio ofrece de las posiciones de Kelsen y Ross, a la propuesta de Alchourrón y Bulygin. En este sentido, parece que su metajurisprudencia consiste en la actividad de explicación o reconstrucción racional de la actividad que desarrollan los operadores jurídicos. Es por esto que esta propuesta resulta interesante, en cuanto difiere tanto de la metajurisprudencia normativa kelseniana como de la metajurisprudencia descriptiva de Ross.

Alchourrón y Bulygin explican que al realizar una *reconstrucción racional* se lleva a cabo dos actividades distintas. Éstas son, en primer lugar, la "elucidación informal del explicandum" y, en segundo lugar, la "construcción del explicatum", que debe ser distinto y más simple que la realidad a explicar. Podríamos decir que este tipo de actividad no es meramente descriptivo, pero tampoco pretende ser un modelo destinado a guiar la actividad de "conocimiento del derecho". Parece que se trata de un tipo de actividad "intermedia", donde la selección de los datos empíricos es guiada por una idea de racionalidad previa, y juega un papel central en la construcción del *explicatum*.

A su vez, bajo su modelo la actividad dogmática tampoco es asimilable ni a la cognición, ni a la actividad política. Alchourrón y Bulygin aclaran que la interpretación de los textos normativos es una actividad que precede a la tarea de

sistematización y que diversas interpretaciones del material normativo producen que la sistematización se realice sobre sistemas normativos diversos¹¹⁶. Sin embargo, creo que también respecto de este punto ellos se encuentran en una posición intermedia entre Kelsen y Ross. Podríamos atribuir a Alchourrón y Bulygin una posición intermedia o *ecléctica* respecto de la interpretación y, en este sentido la operación de identificar las normas que forman la base del sistema no puede asimilarse totalmente a una actividad cognoscitiva (debido a los problemas derivados de la textura abierta), ni a la actividad política o de propuestas de resolución de casos (dada la existencia de casos claros que hacen la comunicación posible)¹¹⁷.

Kelsen, Ross, Bobbio, Guastini y Alchourrón y Bulygin presentan sus teorías como formas de describir o guiar la actividad del conocimiento del derecho. En este sentido todos parecen preocupados por el rol de la actividad de la dogmática jurídica. Comanducci ha presentado esta situación distinguiendo dos preguntas, respecto de las cuales no hay una respuesta correcta, sino que lo interesante es ver los distintos matices que pueden observarse:

"a) «Un Derecho (positivo), ¿es o no un objeto preconstituido con respecto a la actividad cognoscitiva de la dogmática?». b) « Un Derecho (positivo), ¿es o no un objeto preconstituido con respecto a la actividad decisional de la dogmática?»" (Comanducci P., 2010: 184).

¹¹⁶ Explica Guastini que es importante resaltar en Alchourrón y Bulygin esta tarea de sistematización que realizan los juristas. Esto implica que la ciencia jurídica no encuentra como objeto el sistema de normas listo para ser aplicado; por el contrario, el objeto de la ciencia jurídica son conjuntos de normas. Los sistemas jurídicos son el producto de la actividad de sistematización que realiza la ciencia jurídica. Véase, GUASTINI R., 1997. "Aspetti notevoli di Normative Systems" en *Analisi e diritto*, Giappichelli editore, Torino.

¹¹⁷ Véase BULYGIN E., 1998.

Para Bobbio las respuestas a las cuestiones sobre qué tipo de actividad es la llevada a cabo por la dogmática jurídica, cuál debería ser su función y cómo debería realizarse, se encuentran condicionadas por circunstancias socio-históricas particulares.

Guastini explica cómo la expresión "ciencia jurídica" es usada con referencia a distintos tipos de discursos. En el sentido propio, "ciencia jurídica" hace referencia sólo a un discurso descriptivo, cognoscitivo, sobre el derecho. Este discurso se entiende como valorativamente neutro. En el segundo sentido, "ciencia jurídica" refiere específicamente a la doctrina –i.e. que incluye la producción escrita y las tesis conceptuales e interpretativas. En este caso, el aspecto central resaltado por Guastini es que la doctrina no se limita a describir el derecho, sino que juega un rol central en la creación de derecho. Así, sus enunciados no expresan proposiciones verdaderas sobre el derecho, sino que consistirían en una serie de prescripciones¹¹⁸ (GUASTINI R., 2016).

La presente investigación quiere abstraerse del debate sobre si la actividad de la doctrina tiene o no carácter científico. El énfasis se coloca en un punto diferente. No pretendo investigar si de hecho la doctrina describe o prescribe; o si la doctrina debe describir y cómo debe hacerlo. Con referencia a la distinción propuesta por Guastini, en esta oportunidad sólo analizaremos el discurso descriptivo en sí mismo. Me concentraré sólo en este punto, para investigar el significado de los enunciados que describen el derecho.

¹¹⁸ Pretensiones o propuestas de solución jurídicas (judiciales o legislativas)

Capítulo II. El significado de los enunciados jurídicos en el positivismo jurídico clásico. Distintos modelos

En este capítulo se presenta un análisis de cuatro modelos teóricos dentro del positivismo jurídico y cómo dentro de cada uno se concibe el significado de los enunciados jurídicos. Para esto, se desarrollan cuatro modelos inspirados en: Kelsen, von Wright, Guastini y, por último, Alchourrón y Bulygin. Luego, se intenta presentar a modo de esquema una comparación entre los diversos modelos. La exposición aquí presentada no pretende ser una reconstrucción acabada de la obra de los autores seleccionados, sino una reconstrucción parcial a los fines de construir cuatro modelos diferentes y comparar el significado de los enunciados jurídicos según cada perspectiva. Es por esto que corresponde aclarar que no se realizará un análisis histórico o exegético de cada uno de los autores seleccionados, sólo me concentro en los aspectos que considero centrales para construir cuatro modelos teóricos diferentes.

El interés es considerar qué aspectos tienen en común y cuáles son las diferencias entre estas propuestas. Los cuatro modelos han sido elegidos ya que, en virtud de sus diferencias (que intentaré resaltar en el análisis), representan diversos enfoques respecto del conocimiento jurídico y la descripción del derecho dentro de la corriente positivista. Podríamos decir que este positivismo, que aquí denomino "clásico", presenta una lectura prescriptivista de las normas jurídicas y del derecho en general. El análisis del derecho y del significado de los enunciados jurídicos gira en torno a la noción de prescripción.

Criterios de comparación

A cada modelo se le realizan cinco preguntas centrales: 1. ¿en qué consisten las normas?; 2. ¿qué presupuestos se asumen en cada modelo sobre qué tipo de entidades son y cuáles las condiciones para su existencia?; 3. ¿en qué consiste la

descripción de normas?; 4. ¿cómo entiende cada uno la distinción ente normas y proposiciones sobre normas?; y, por último, 5. ¿qué significado adquieren los enunciados jurídicos dentro de cada perspectiva?

Estas preguntas se traducen en los cinco criterios de comparación¹¹⁹.

(i) El primer criterio de comparación es el concepto de norma que propone o implícitamente presupone cada modelo. Este criterio es esencial, dado que de él dependen las posiciones adoptadas respecto de los otros criterios considerados.

(ii) El segundo criterio es el ontológico, es decir cómo en cada modelo se concibe la *existencia* de normas.

Afirma Redondo que respecto de la normas existen dos discusiones que es importante no confundir, una ontológica y la otra conceptual. La discusión ontológica versa respecto de qué tipo de entidades son las normas, mientras que la conceptual aborda qué se entiende por norma. Redondo sostiene que la cuestión conceptual es prioritaria frente a la ontológica y que muchas de las discrepancias que parecen encontrarse a nivel ontológico están en realidad mal planteadas, siendo divergencias conceptuales. Así lo explica:

"...toda afirmación ontológica presupone una decisión conceptual. Para que tenga sentido la confrontación acerca de la existencia de normas, es necesario estar de acuerdo respecto al concepto de norma. El tipo de existencia de estas entidades depende del significado que se adopte" (REDONDO M.C., 1996: 147).

¹¹⁹ Es oportuno señalar que no en todo modelo se han encontrado respuestas directas a cada una de estas preguntas. Cada modelo es más adepto a responder algunas de estas preguntas, cuyas respuestas se encuentran claramente en los textos analizados, entiendo que esto se debe a que las preguntas en cuestión eran aquellas que los autores consideraban en la construcción de sus propuestas. Sin embargo, para responder a algunos de los puntos ha sido necesario presentar una interpretación propia del modelo e hipotetizar una posible respuesta. Es por esto relevante el contexto y la finalidad de cada una de estas propuestas, aspecto que será brevemente señalado oportunamente.

En relación con la existencia de normas, Alchourrón y Bulygin distinguen dos concepciones: hilética y expresiva¹²⁰. La concepción hilética entiende que las normas son tipos de entidades semánticas, significados, entidades "abstractas". Por su parte, la concepción expresiva o pragmática entiende a las normas como resultado o producto del acto lingüístico de prescripción. Alchourrón y Bulygin sostienen que las dos concepciones son diferentes e incompatibles, pero que las mismas distinciones aparecen en ambas concepciones expresadas en lenguajes diferentes, y que la elección entre una concepción u otra corresponde al final de cuentas a una cuestión de estilo filosófico y a preferencias personales¹²¹.

Sin embargo, Guastini señala que las dos concepciones, hilética y expresiva, en realidad no serían concepciones en contradicción. Sostiene que cuando se discute el llamado "problema ontológico" de las normas, en realidad se piensa en dos problemas diferentes: a) ¿en qué condiciones podemos decir que una norma existe?, y b) ¿qué tipo de entidad es una norma?¹²² Para Guastini la concepción hilética se refiere a qué tipo de entidad es una norma, mientras que la concepción expresiva explica en qué condiciones podemos decir que una norma existe, es decir que el interés de esta teoría es explicar la génesis de las normas¹²³.

Considero que este problema está íntimamente relacionado con qué concepción de la semántica se adopta y, en virtud de esta, cuál es su relación con la pragmática. Al respecto, una concepción mínima de la semántica, donde el aspecto normativo está en la pragmática, se orienta hacia una concepción expresiva o pragmática. Mientras que, si la semántica se entiende como una abstracción de la

¹²⁰ ALCHOURRÓN C.E. Y BULYGIN E., 1991: *La concepción expresiva de las normas*, 121. Ellos muestran como el problema ontológico de las normas es importante ya que repercute en la forma en que entendemos las propiedades lógicas de normas, la posibilidad de una lógica de normas, la relación entre normas y verdad, y la posibilidad de normas permisivas.

¹²¹ ALCHOURRÓN C.E. Y BULYGIN E., 1991: 124.

¹²² Véase GUASTINI R., 2018 B.

¹²³ GUASTINI R., 2018 B. La idea de Guastini de que la concepción expresiva se ocupa del origen o genética se debe a que quienes sostienen esta tesis no aceptarían que haya un "significado normativo", y en este sentido sí parece haber una genuina disputa.

pragmática o la absorbe en una semántica de juegos del lenguaje, podríamos adoptar la concepción hilética.

En relación a qué tipo de entidades son las normas, explica Redondo que en filosofía se afirma que las entidades sólo son de dos tipos: empíricas (localizables en el tiempo y en el espacio) o no empíricas, o abstractas (ideales-universales, que no pueden localizarse en el tiempo y en el espacio). Si esto es verdad, entonces, con referencia a las normas, desde el punto de vista ontológico éstas también pueden ser sólo entidades empíricas o entidades abstractas (REDONDO M.C., 1996)¹²⁴.

Sin embargo, en otro interesante trabajo Redondo propone una tercera concepción sobre la existencia de normas, la concepción constructivista de la existencia de normas (REDONDO M.C., 2013). Conforme a esta concepción la existencia de normas es una propiedad de segundo orden que tienen las normas pertenecientes a un sistema jurídico¹²⁵. Las normas son entidades abstractas, contenidos deónticos no reducibles a datos empíricos¹²⁶. Pero, a la vez, las normas cobran existencia por acciones, creencias o actitudes humanas¹²⁷. La existencia no se entiende como una propiedad empírica pero sí relativa a un tiempo y un lugar determinados (una norma cobra existencia jurídica sólo si se verifican las circunstancias previstas en una regla o patrón constitutivo aceptado en un lugar y tiempo determinados); a su vez, se trata de una propiedad normativa pero no absoluta. En esta concepción la existencia de normas es parte de la realidad social¹²⁸.

¹²⁴ A su vez, si se las considera entidades abstractas, puede tomarse una posición realista o una anti-realista; esta última considera que estas entidades no existen de la misma forma que las plantas o los animales, es decir "en la naturaleza".

¹²⁵ Redondo M.C., 2013: 173.

¹²⁶ Puede verse como asumir que las normas sean entidades abstractas no implica adoptar una concepción hilética. Aun cuando adoptar la concepción hilética sí implica asumir que las normas son entidades abstractas.

¹²⁷ Redondo M.C., 2013: 174.

¹²⁸ Redondo resalta que esta concepción no es compatible ni con la concepción hilética ni con la concepción expresiva de las normas. Ya que "en sentido hilético, las normas existen con

Es importante considerar que si bien el concepto de norma condiciona lo que entendemos por existencia de normas, como hemos visto en el capítulo anterior, no usamos los conceptos de forma separada o aislada; por el contrario, su uso se da en un contexto que les da un sentido particular. En este sentido, qué categorías ontológicas concibamos en nuestro discurso depende de este contexto o esquema de interpretación propio de una concepción. Y de esto también depende claramente la respuesta a la pregunta de cuándo podemos afirmar que una norma existe.

Es por esto que el esquema adoptado restringe los conceptos admitidos en un juego del lenguaje particular. Por ejemplo, dentro de una concepción empirista no podría pensarse en un concepto de norma como entidad ideal. Bajo este punto de vista, expresar que una norma existe es referirse a un hecho empírico relativo a un espacio y a un tiempo. Por ejemplo, la promulgación, o la conformidad entre la acción regulada por la norma y los comportamientos y la sanción, o la adopción de las normas como estándar de comportamiento por un grupo social, o la predicción de que será usada en las decisiones judiciales futuras.

El aspecto ontológico cobra importancia en el positivismo jurídico clásico, ya que él sigue un paradigma epistemológico según el cual la forma de conocer, "el método" depende de la ontología del objeto, y de una forma u otra, presupone un realismo metafísico. Mientras que la versión del positivismo planteada por Hart (conforme la lectura aquí propuesta) se basa en una visión que suele llamarse "constructivista", la ontología depende en esta concepción del método que se haya

independencia de todo acto humano. Esta concepción podría ser útil para dar cuenta del sentido en el que existen las normas morales, por ejemplo, pero entre en directa colisión con la idea positivista respecto de la existencia de normas jurídicas. A la vez, tampoco es posible asumir la concepción expresivista. Desde este punto de vista, la existencia de una norma es reducible a ciertos actos realizados con una determinada fuerza ilocucionaria. Esta concepción puede ser útil para explicar el sentido en el que un escéptico, o un realista jurídico, admiten hablar de la existencia de normas, pero ciertamente no es apta para captar aquella posición que se caracteriza por defender abiertamente, en primer lugar, que existen normas jurídicas y, en segundo lugar, que ellas son entidades abstractas no reducibles a actos o actitudes humanas" (REDONDO M.C., 2013: 175, 176).

empleado para conocer¹²⁹. Lo relevante pasa a ser la comprensión del sentido que nuestros enunciados tienen.

(iii) El tercer criterio es la descripción de normas. Se analizará si el modelo reconoce o no la posibilidad de describir normas. En caso afirmativo, en qué consiste la actividad de descripción de normas y cuáles son los distintos tipos de descripciones de normas que es posible encontrar (lo que dependerá de cuáles sean las características que se describan).

Tuzet propone tres sentidos en que puede entenderse la descripción de normas. El primero asimila la descripción de normas a la descripción de objetos físicos, por lo que describir normas es indicar sus propiedades. Entre las propiedades de una norma se describe por lo general la propiedad deóntica que la norma adscribe a una determinada acción, aunque podría considerarse que ésta sería en realidad la propiedad de la acción en cuestión. El segundo sentido consiste en describir las propiedades de la norma: que ha sido promulgada, que ha sido recabada por el intérprete a partir de cierta disposición, que es válida, vigente, aplicada o efectiva en un sistema jurídico; todos difieren respecto de cuáles son las propiedades que mejor describen normas. Según el tercer y último sentido de, describir normas es afirmar su existencia (esto nos reenvía al criterio anterior): si las normas no existen como los objetos físicos (como por ejemplo, una batidora) entonces, describir que existen es dar sus coordenadas espaciotemporales (TUZET G., 2015: 108, 109).

(iv) El cuarto criterio es la distinción entre normas y proposiciones normativas, respecto a lo cual ya se ha avanzado en el capítulo anterior (cap. I, apartado 5). En el presente capítulo se explicitan las diversas formas en que los cuatro modelos dentro del positivismo jurídico entienden las proposiciones normativas.

¹²⁹ Para una explicación más detallada respecto de la distinción entre una metodología de base empirista y una constructivista, véase COMANDUCCI P., 2010: 176-179.

(v) Finalmente, el quinto y último criterio es el modo en que cada una de las propuestas metodológicas seleccionadas entiende el significado de los enunciados jurídicos. Es decir, los enunciados en función descriptiva sobre lo que un cierto ordenamiento jurídico permite, obliga o prohíbe hacer. Éste es el punto central, el objeto de la investigación, y se pretende presentar las distintas formas en que el positivismo jurídico "clásico" concibe el significado de estos enunciados para ver tanto las diferencias entre las distintas perspectivas como sus rasgos comunes.

Es importante resaltar que según algunos de los modelos las proposiciones normativas constituyen el significado de enunciados de cualquier discurso descriptivo sobre normas. En estos casos, veremos los dos últimos criterios (qué se entiende por proposiciones normativas y por enunciados jurídicos) colapsan. Sin embargo, esto no es así siempre, por lo que analizaremos particularmente en cada uno que se expresa en uno y otro caso.

Este análisis sienta las bases para comparar (en el capítulo III) los enunciados jurídicos dentro de la lectura del positivismo clásico con los enunciados jurídicos dentro de una posible interpretación del positivismo hartiano.

1. Propositiones de deber. El modelo kelseniano

"Normative jurisprudence approaches the law 'from without,' too, and it tries to gain a 'wholly objective' view of law. But juristic theory endeavors to grasp the specific meaning of the legal rules, which are created and applied by the organs of the legal community, the sense with which these rules are directed to the individuals whose behaviour they regulate. This sense is expressed by means of the 'ought'. Bingham and other representatives of sociological jurisprudence believe that law can be described 'from an external point of view' only by rules which have the same character as laws of nature. This is a mistake. Normative jurisprudence describes law from an external point of view although its statements are ought-statements." (KELSEN H., 2006: 164)

No es fácil realizar un análisis sobre el significado de los enunciados jurídicos y exponer cómo entiende Kelsen la distinción entre normas y proposiciones sobre normas, sin previamente presentar algunos aspectos centrales de su teoría del derecho y su concepción de la epistemología jurídica. Esto será realizado brevemente y con el acento sólo en los aspectos relevantes para la comprensión del tratamiento que hace Kelsen de los enunciados jurídicos.

Kelsen es probablemente uno de los filósofos del derecho más conocidos y uno de los más grandes exponentes de la filosofía del derecho analítica de todos los tiempos¹³⁰. Su obra es vasta y, dado que escribió durante toda su vida, sobre muchos aspectos su pensamiento fue sufriendo modificaciones. Vasto es también el trabajo que comentaristas y estudiosos nos brindan sobre su obra. En esta

¹³⁰ Se ha sostenido que el mismo Kelsen reconocía su afinidad con la jurisprudencia analítica y que la orientación de la teoría pura del derecho era justamente ésta, en estas líneas: "he believed (...) the fact that the pure theory of law tries to carry on the methods of analytical jurisprudence more consistently than Austin and followers had done" (FRIEDRICH C.J., 1969: 99).

oportunidad, para presentar el modelo kelseniano me basaré principalmente en su propia producción y, sobre todo, en la teoría delineada en la segunda *Teoría Pura del Derecho* (1960).

Por varias razones Kelsen es un autor interesante para esta investigación, ya que como veremos, algunos elementos de su teoría se relacionan directamente con las premisas aceptadas en este trabajo. En primer lugar, cabe remarcar el interés, a nivel conceptual o de teoría general del derecho, en comprender qué y cómo es el derecho, no cómo debe ser. En segundo lugar, respecto del método propio de la ciencia jurídica, su rechazo al monismo metodológico imperante bajo la concepción de las ciencias naturales como modelo paradigmático de conocimiento.

Asimismo, respecto del método de la ciencia jurídica Kelsen sostiene que es necesario eliminar todo lo que no corresponda exactamente a su objeto de estudio. Busca deslindar el conocimiento del derecho del conocimiento de otras cuestiones. No porque estas cuestiones no sean importantes o no estén en algún sentido relacionadas, sino porque busca evitar el sincretismo metodológico que para él oscurece la esencia de la ciencia jurídica.

Mucho también se ha dicho sobre la influencia kantiana y neokantiana en la obra de Kelsen¹³¹. Principalmente, respecto de su rechazo a lo que según muchos es

¹³¹ Por ejemplo, Chiassoni distingue cuatro etapas de la producción de Kelsen, donde puede verse cómo cambian las influencias en su trabajo. Así, mientras en un primer momento puede verse la influencia de la escuela neokantiana de Baden, luego, en la segunda etapa, puede hallarse una mayor incidencia de la escuela de Marburgo, influencias que se ven atemperadas, o conjugadas con elementos no siempre compatibles, en las etapas subsiguientes. Véase CHIASSONI P., 2016: 305-337. Asimismo, Paulson en una reseña a la obra de Carsten Heidemann "Die Norm als Tasache. Zur Normentheorie Hans Kelsen" de 1997, también distingue cuatro fases en la obra kelseniana y sugiere cómo Kelsen pasa de una posición trascendental a una concepción filosófica realista, dónde el científico se limita a conocer su objeto de estudio y la objetividad del conocimiento descansa en su verificación empírica. Véase PAULSON S.L., 1998. Paulson también argumenta que el aspecto "normativo" de la teoría pura está basado en un argumento neo-kantiano o una versión "regresiva" del argumento trascendental de Kant aplicado a su teoría del conocimiento del derecho, véase PAULSON S.L., 1992.

Sin embargo, también encontramos a quienes niegan que la *Teoría Pura* sea una auténtica construcción derivada de la filosofía kantiana. Marra critica severamente la obra de Kelsen y

un "empirismo ingenuo". Sin embargo, me interesa llamar la atención respecto a que uno de los intereses de los teóricos neokantianos era la distinción entre la naturaleza y la cultura¹³², y el tipo de método necesario para su conocimiento. Así el propio Kelsen distingue entre ciencias naturales y sociales. Para Kelsen, la naturaleza está conformada por un conjunto de elementos conectados por relaciones de causa-efecto, es por esto que el principio de causalidad es aquél que se aplica para formular "leyes naturales" (que explican la naturaleza). Por el contrario, para conocer la sociedad no puede aplicarse el principio de causalidad, ya que aquélla es concebida como un orden normativo de la conducta humana, y la relación entre los elementos de este orden está guiada por el principio de imputación.

Respecto del conocimiento del derecho, dado que éste puede ser entendido tanto como fenómeno social como natural, puede conocerse también desde ambos puntos de vista. Así, Kelsen explica que si pensamos en cualquier hecho considerado jurídico, que tenga alguna relación con lo jurídico, podemos distinguir dos cosas: por un lado un acto desarrollado en el tiempo y en el espacio y, por el otro, el significado jurídico de este acto. Por ejemplo, el acto de matar a otra persona, está causalmente determinado y, en este sentido, es parte de la naturaleza. Mientras que comprender que este acto es la ejecución de una sentencia, un homicidio o un caso de eutanasia es una cuestión que refiere a qué significado tiene este acto en virtud del derecho, de las normas de determinado sistema jurídico¹³³.

De esta forma, el conocimiento del derecho, en cuanto fenómeno social y no natural, está dirigido al conocimiento de esas normas que otorgan un significado

sostiene que éste parece hacer una lectura parcial y selectiva de Kant. Afirma Marra que Kelsen en su "kantismo imaginario" une la razón práctica y la razón teórica, uniendo en uno distintos objetos de conocimiento (el conocimiento del ser y el conocimiento del deber ser). Véase MARRA R., 2012.

¹³² Por ejemplo, RICKERT H., 1962.

¹³³ KELSEN H., 2011: 58.

jurídico a ciertos hechos. El punto más interesante que se analizará es cómo el conocimiento de normas, a diferencia del conocimiento de hechos de la naturaleza depende siempre, como se explicará, de otras normas.

Para Kelsen el derecho es un orden normativo que regula la conducta humana mediante la imposición de sanciones. El derecho es un orden, dado que es un sistema de normas cuya unidad está constituida por el hecho de que todas tienen el mismo fundamento de validez –la norma fundamental-, del cual se deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Para Kelsen, que una norma es válida significa que existe y tiene fuerza vinculante¹³⁴, es decir, la persona debe conducirse conforme lo establece la norma. Pero la validez para Kelsen no puede estar determinada por un hecho del ser. Solamente una norma puede ser el fundamento de la validez de otra norma.

Así, la validez de una norma, que él denomina inferior, proviene de otra norma superior. Pero la búsqueda del fundamento de validez de las normas no puede continuar hasta el infinito, como la búsqueda de las relaciones de causa-efecto. El fundamento termina en una norma última, suprema, que no puede ser establecida por la autoridad, sino que es presupuesta. Ésta es la norma fundamental que da validez a todas las normas del sistema¹³⁵. Veremos seguidamente uno de los conceptos principales en la teoría de Kelsen: ¿qué es una norma?

1.1 El concepto de norma

Para Kelsen una norma es el sentido específico de un cierto tipo de acto. Así, para entender qué es una norma en la propuesta kelseniana es necesario explicar

¹³⁴ Los tres sentidos de validez, serán desarrollados al explicar el concepto de norma: como existencia, como pertenencia y como vinculatoriedad o fuerza obligatoria.

¹³⁵ En Kelsen sólo si se presupone la norma fundamental puede interpretarse que determinados hechos constituyen un sistema jurídico.

qué tipo de de actos son aquéllos que dan lugar a normas y cuál es este sentido específico.

El acto:

Kelsen define “norma” como el sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia la conducta de otros. Esto quiere decir para Kelsen que con un acto intencionalmente se indica a otra persona o conjunto de personas que deben conducirse de determinada manera¹³⁶.

Brevemente, para Kelsen el acto se da en un tiempo y un espacio, es desarrollado por personas y constituye un acontecer, un hecho externo. Esto es, puede percibirse mediante los sentidos. Es por esto que el acto es parte de la naturaleza en cuanto determinado por leyes causales. El acto se diferencia del significado de este acto, el significado no puede percibirse como una acontecer externo. Por el contrario, el significado de un acto es atribuido en Kelsen siempre por una norma.

Sentido, deber subjetivo – deber objetivo:

La norma es el sentido específico de un acto de voluntad. El sentido es un "deber". Deber es la intención de que otros se comporten de determinada manera. Ahora bien, Kelsen explica que este "deber" puede ser subjetivo u objetivo. El sentido específico de un acto de voluntad que constituye una norma es el sentido objetivo.

El sentido subjetivo es el sentido que quien realiza el acto de voluntad otorga al acto. Este sentido subjetivo es distintito del sentido objetivo. Es el sentido objetivo lo que convierte el deber expresado como sentido subjetivo en una norma vinculante frente a terceros. Este sentido objetivo no depende ya de la voluntad de quien realizó el acto intencionalmente dirigido hacia la conducta de otros, sino de

¹³⁶ Aquí el término “deben” es usado en sentido amplio, expresa tanto exigir como permitir.

una norma. Solamente una norma puede dar sentido objetivo a un acto de voluntad, es decir, sólo el sentido objetivo de otro acto de voluntad.

Entonces, para Kelsen "norma" es el sentido objetivo de un acto de voluntad, pero no se confunde con este acto. El acto y su sentido conforman dos planos distintos. El sentido es un "deber", mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido ella es, es un ser.

Así, siempre es una norma la que da su sentido objetivo a un determinado acto y, en virtud de esto, las normas son para Kelsen "esquemas de interpretación". Esto quiere decir que en virtud de las normas podemos entender ciertos actos o hechos con un significado propio. En el caso de las normas jurídicas, éstas hacen posible que el acto de matar a un hombre sea un homicidio, la ejecución de una pena o un acto de eutanasia. O, conforme otro ejemplo utilizado por Kelsen, las normas como esquema de interpretación permiten que un grupo de personas reunidas sea considerado una asamblea legislativa y sus decisiones leyes vinculantes.

Forma, normas positivas – normas presupuestas:

Explica Kelsen que el acto de voluntad puede tener distintas formas.

El acto de voluntad puede realizarse mediante la emisión de enunciados, sea de forma declarativa o imperativa. Si bien parece el caso más común, no sólo mediante enunciados imperativos los actos de voluntad pueden dirigirse hacia la conducta de otros. Kelsen explica que, por ejemplo, un enunciado del tipo "el que produjese la muerte de otro con o sin su consentimiento será penado con x años de prisión", si bien reviste la forma declarativa su sentido es un deber. Es decir, es un orden o un facultamiento para castigar la conducta descripta.

El acto de voluntad también puede tomar la forma de gestos, como señas con las manos o el rostro; señales, como las luces o sonidos de los semáforos; o imágenes, ya sean dibujos o fotos. Podemos pensar en los ejemplos de las

conocidas señales de prohibido fumar, prohibido hacer ruido en hospitales, prohibido atravesar los andenes del tren, prohibido estacionar, etc. Por último, Kelsen reconoce que también la costumbre puede establecer normas que determinen una conducta como debida.

Todas estas formas puede tener el acto de voluntad cuyo sentido objetivo es una norma. En todos estos casos se trata de actos que dan lugar a normas positivas, dado que son actos humanos. En Kelsen esto es diferente del caso de las normas que no son producto de un acto humano, sino sólo producto de un acto de pensamiento. En este caso, no se trata de normas positivas, sino de normas presupuestas en el pensamiento.

1.2 Existencia de normas

Como explicamos, las normas positivas para Kelsen son siempre el producto de un acto de voluntad. Pero, explica que la existencia de una norma es distinta de la existencia del acto de voluntad cuyo sentido objetivo ella es. Kelsen define la validez como la existencia específica de una norma. Al respecto remarca:

“Si designamos la existencia específica de la norma como su ‘validez’, es para expresar el modo específico –diferente del ser de los hechos de la naturaleza- en que ella está dada. La ‘existencia’ de una norma positiva, su validez, es diferente de la existencia del acto de voluntad cuyo sentido objetivo ella es. La norma puede tener validez cuando el acto de voluntad cuyo sentido ella es ya no existe. Más aún, la norma cobra validez solo una vez que el acto de voluntad cuyo sentido ella es ha cesado de existir.”(KELSEN H., 2011: 65)

Éste es un punto importante, dado que Kelsen no asimila la existencia de normas a la existencia de hechos del ser. Solamente el acto de voluntad, cuyo

sentido es la norma, es un hecho del ser. La norma es el sentido objetivo de este acto y su existencia depende entonces de que otra norma le dé sentido objetivo a ese acto. Kelsen niega que una norma pueda tener existencia en el mismo sentido que los hechos del ser, así se opone específicamente a la posición según la cual las normas consistirían en hechos psicológicos¹³⁷.

La teoría de Kelsen es controversial, puesto que como el sentido objetivo de un acto de voluntad sólo puede ser dado por el sentido objetivo de otro acto de voluntad, cuando nos preguntamos por el sentido objetivo del primer acto de voluntad dado en el tiempo nos encontramos con un problema. Parece que es necesario un acto de voluntad que no sólo tenga sentido subjetivo, dado que de un sentido subjetivo no puede derivarse una norma. Sin embargo, como esto produce un regreso al infinito en la teoría de Kelsen, es la norma fundamental la que, como norma pensada, da sentido objetivo al primer acto de voluntad. Pero el punto interesante es: ¿pensada por quién? Parece que en la teoría pura, quien tenga interés en conocer el derecho debe presuponer la norma fundamental¹³⁸.

Al respecto, Kelsen en debate con Ross, sostiene:

"La tesis de que la validez de deber objetiva es un elemento esencial del concepto de derecho no significa que esa validez esté dada en la realidad y que pueda ser verificada del mismo modo que las propiedades perceptibles de un objeto" (KELSEN H., 2011: 248 nota 122)¹³⁹.

¹³⁷ En nota 7 de la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, aclara cómo la validez no es un hecho psicológico. Tesis que expone en *Teoría General de la Ley y del Estado*, pero que para él se explica mejor con la idea de sentido de un acto de voluntad.

¹³⁸ En *Teoría General de las Normas* Kelsen afirmará que la norma fundamental es una ficción.

¹³⁹ También en su *Teoría General de las Normas* Kelsen sostiene que las normas, o el sentido objetivo de un acto de voluntad tienen existencia real, aunque ésta es una existencia distinta a la existencia de los hechos del ser. Dice que la existencia de una norma es la existencia de un significado, y ésta

Explica Kelsen que, en este sentido, la validez no es algo “objetivamente dado”:

“[La Teoría Pura del Derecho] subraya enfáticamente que el enunciado de que ‘el derecho tiene validez objetiva’, es decir, de que el sentido subjetivo de los actos que establecen derecho es también su sentido objetivo, es solo una interpretación posible, a saber, posible bajo un determinado **presupuesto**, y no una interpretación necesaria; y que es perfectamente posible no otorgar tal sentido a los actos que establecen derecho.” (KELSEN H., 2011: 249 nota 122).

Aclara que una interpretación puede ser infundada, pero no errónea. Y, que la interpretación de determinados actos conforme su sentido objetivo, es decir la validez objetiva, se fundamenta en la presuposición de una norma fundamental.

Para Kelsen el contenido de un ordenamiento jurídico es totalmente independiente de la norma fundamental. Ésta sólo cumple una función orientada al conocimiento del ordenamiento, sea cual sea su contenido. La *Teoría Pura del Derecho* y la norma fundamental no dan una justificación ético-política de si un ordenamiento jurídico es justo.

“Que sea posible, pero no forzoso, presuponer la norma fundamental de un orden jurídico positivo significa que es posible, pero no forzoso, interpretar las correspondientes relaciones entre hombres normativamente, es decir, como obligaciones, facultamientos, derechos, competencias, etc., constituidos por normas jurídicas objetivamente válidas; que también es posible

es un "ideell". Aunque esto es extraño ya que en una nota al respecto habla siguiendo a Husserl de una realidad mental. Véase KELSEN H., 1991: capítulo 44, p. 170/174.

interpretarlas sin presupuestos, es decir, sin presuponer la norma fundamental, como relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan y obedecen o no obedecen, es decir, sociológicamente, no jurídicamente. Dado que -como hemos expuesto- la norma fundamental, siendo una norma pensada en la fundamentación de la validez del derecho positivo, es solo la condición lógico-trascendental de esa interpretación normativa, no cumple una función ético-política, sino una función gnoseológica” (KELSEN H., 2011: 255)¹⁴⁰

1.3 Descripción de normas

En virtud de todo lo que hemos analizado hasta el momento, uno de los posibles sentidos en que se habla de descripción de normas es cuando se afirma que una norma existe. Así, en la teoría de Kelsen cuando afirmamos que existe una norma jurídica presuponemos una norma fundamental. De esta forma podemos decir que la descripción de normas siempre presupone otras normas, éstas son aquéllas que le dan el sentido objetivo a determinados actos de voluntad.

Sin embargo, en la propuesta de Kelsen toma especial relevancia la idea según la cual describir normas es describir que una acción se encuentra prohibida, permitida o es obligatoria en un determinado ordenamiento jurídico. En este sentido, la descripción de normas, es decir la descripción del sentido objetivo de ciertos actos de voluntad, es diferente de la descripción de estos actos. No es lo mismo en la teoría de Kelsen describir hechos del ser que describir normas.

Afirmar la existencia de las normas siempre requiere apelar a otra norma, así hasta que no encontramos más normas positivas de las cuales derivar el sentido objetivo y es necesario recurrir a una norma no positiva, sino presupuesta. La

¹⁴⁰ Respecto a la diferencia entre ciencia jurídica normativa y sociológica en Kelsen véase Kelsen H., 2006: 162-178.

descripción de normas depende en definitiva de la presuposición de la norma fundamental. Y esto, por ejemplo, se advierte en la teoría de Kelsen cuando distingue entre la descripción de las órdenes de una banda de bandidos y la descripción de normas válidas. Si tenemos en cuenta solo el sentido subjetivo, no hay diferencia entre la orden del asaltante y la descripción de una orden de un órgano jurídico. La diferencia puede verse cuando se describe el sentido objetivo de estas órdenes. Así, a la orden del órgano jurídico se atribuye un sentido vinculante, se la interpreta como una norma objetivamente válida. Las normas producto de la actividad legislativa son válidas –existentes y vinculantes- bajo la presuposición de una norma fundamental.

Kelsen se pregunta por qué en un caso interpretamos un sentido objetivo – i.e. normas válidas- y en el otro no –i.e. órdenes de una banda de bandidos. Al respecto, explica que sin "presupuestos" los actos que establecen derecho no tienen más que sentido subjetivo¹⁴¹. En otras palabras, si no presuponemos la norma fundamental no hay ninguna diferencia entre las órdenes dadas por la banda de bandidos y las normas jurídicas.

Podemos ir un paso adelante: según el propio Kelsen sostiene en algunos pasajes, la descripción de hechos jurídicos depende de interpretar ciertos actos conforme al esquema de interpretación otorgado por normas jurídicas. La descripción de estos hechos será también en definitiva dependiente de la presuposición de la norma fundamental. Como ya vimos, que sea posible la descripción del acto de finalizar con la vida de alguien, como la aplicación de la

¹⁴¹ Para Kelsen decir que el derecho exige determinadas conductas bajo "amenaza". "...esta formulación ignora el sentido normativo en el que el orden jurídico estatuye los actos coactivos en general y las sanciones en particular. El sentido de una amenaza es que un mal **será** infligido bajo determinadas condiciones; el sentido del orden jurídico es que ciertos males **deben** ser infligidos bajo ciertas condiciones, dicho de manera más general que determinados actos coactivos **deben** ser ejecutados bajo determinadas condiciones. Este no es solo el sentido subjetivo de los actos por los que se establece el derecho, sino también su sentido objetivo" (KELSEN H., 2011: 96).

pena capital o como un acto antijurídico, dependerá de usar una norma jurídica como esquema de interpretación, la cual a su vez depende de la presuposición de la norma fundamental.

Es interesante notar cómo Kelsen entiende que, por un lado, son las normas las que nos permiten interpretar un sentido subjetivo como un sentido objetivo, un deber como vinculante, un acto como productor de una norma existente, pero, por otro lado, las normas funcionan como "esquemas de interpretación", es decir que permiten interpretar determinadas acciones y hechos con significado jurídico. En virtud de esto, cuando describimos ciertos actos. como matar a otro, como un acto jurídico (o antijurídico), o describimos que un sujeto ha alcanzado la mayoría de edad, no sólo estamos describiendo hechos naturales, como matar o cumplir 18 años, sino que estamos dando a estos hechos una interpretación jurídica.

La presuposición de la norma fundamental tiene lugar cuando quieren conocerse las normas de un sistema jurídico y, también, cuando se considera parte de la naturaleza con un significado jurídico. En el primer caso la norma fundamental da existencia y vinculatoriedad a una norma, al sentido de actos que expresan un "deber", y en el segundo, otorga una interpretación jurídica a ciertos hechos naturales. El conocimiento jurídico está dirigido al conocimiento de las normas jurídicas, y allí puede verse el rol primordial de la norma fundamental. Pero, a la vez, el reconocimiento de actos y hechos jurídicos que pueden ser relevantes también requiere de la presuposición de la norma fundamental. El interés de este trabajo está centrado en la comprensión del significado de los enunciados jurídicos. En este sentido, la propuesta kelseniana parece sugerirnos que es necesario presuponer la norma fundamental para comprender su significado.

Explica Kelsen que la conducta humana puede ser objeto de estudio por las ciencias sociales mediante el principio de causalidad. Es el caso, por ejemplo, de la

psicología, la sociología, la historia. Pero en cuanto buscan explicar causalmente la conducta humana no se distinguen especialmente de las ciencias naturales. La diferencia puede verse con las ciencias que buscan describir, conforme el principio de imputación, cómo debe desarrollarse la conducta humana según normas positivas, normas establecidas por actos humanos.

“Si el ámbito aquí considerado, en cuanto ámbito de valores, se opone al de la realidad natural, es menester tener en cuenta que se trata de valores que están constituidos por normas positivas, es decir, establecidas en el tiempo y el espacio por actos humanos; que, por lo tanto el objeto de estas ciencias sociales no es irreal, sino que también a él le corresponde un cierto tipo de realidad, solo que se trata de una realidad distinta a la natural, a saber, de una realidad social” (KELSEN H., 2011: 137).

Estas ciencias son la ética -que tiene como objeto la moral- y la jurisprudencia -cuyo objeto es el derecho.

Son normativas, no porque establezcan normas, sino por que describen normas creadas por actos humanos, las relaciones que estas normas crean entre las personas. Así, la sociedad, como objeto de conocimiento de una ciencia social normativa, es un orden normativo de la conducta recíproca de los hombres. Orden y sociedad son la misma cosa, la sociedad consiste en ese orden.

1.4 Propositiones normativas

Llegamos a la distinción entre normas y proposiciones normativas. Éste es uno de los aspectos donde puede verse con mayor claridad cómo la teoría de Kelsen ha sufrido diversos cambios a lo largo de su obra.

En la *Teoría Pura* Kelsen distingue entre las normas jurídicas producidas por la autoridad jurídica y las proposiciones jurídicas formuladas por la ciencia

jurídica¹⁴². Estas proposiciones describen el orden jurídico, expresan que, según lo determinado por este orden jurídico, bajo determinadas condiciones deben establecerse determinados actos coactivos¹⁴³. Kelsen lo explica expresamente:

"...Es menester distinguir las proposiciones con que la ciencia jurídica describe esas relaciones, como proposiciones jurídicas, de las normas jurídicas, las cuales son producidas por los órganos de derecho y han de ser aplicadas por ellos y acotadas por los sujetos de derecho. Las proposiciones jurídicas son juicios hipotéticos que enuncian que, en el sentido de un orden jurídico -nacional o internacional- dado el conocimiento jurídico deben producirse ciertas consecuencias determinadas por dicho orden. Las normas jurídicas no son juicios, es decir, enunciados sobre un objeto dado al conocimiento. Son, según su sentido, exigencias y, como tales, órdenes, imperativos; y no sólo exigencias, sino también permisiones y facultamientos; pero no, en todo caso, doctrinas, como suele afirmarse, identificando al derecho como ciencia jurídica. El derecho exige, permite, faculta, pero no 'enseña'. Sin embargo, en cuanto las normas jurídicas se expresan lingüísticamente, es decir, en palabras y oraciones, pueden manifestarse bajo la forma de enunciados con los que se constatan hechos." (KELSEN H., 2011: 122)

Kelsen señala que no puede distinguirse entre normas y proposiciones normativas en virtud de la forma lingüística de un enunciado. Parece sugerir que la distinción está dada por el sentido que tiene un enunciado como el producto de

¹⁴² Explica cómo una ley natural es descriptiva, y en el mismo sentido a la proposición jurídica puede llamársela ley jurídica. Esta ley jurídica no se confunde con el derecho o con una norma jurídica.

¹⁴³ Véase KELSEN H., 2011: 108.

un acto que establece una norma, y el sentido que tiene como producto de la descripción del derecho.

Un aspecto es llamativo: Kelsen reconoce en la *Teoría Pura* que la ciencia jurídica, orientada al conocimiento del derecho, tiene un carácter "constitutivo" y, en este sentido, constituye a su objeto¹⁴⁴. El derecho bajo esta perspectiva se ve como "un todo significativo", que debe ser descrito mediante proposiciones que no se contradigan. Así, el conocimiento jurídico asume un rol "activo" al convertir las normas jurídicas generales e individuales en un orden jurídico¹⁴⁵.

En Kelsen puede verse cómo las normas jurídicas tienen carácter de vinculatoriedad, obligan y dan derechos a los sujetos de derecho, pero no son ni verdaderas ni falsas. Mientras que las proposiciones de deber sí pueden ser verdaderas o falsas, describen el derecho pero no obligan ni atribuyen derechos.

A propósito del valor de verdad de las proposiciones jurídicas, Kelsen propone el ejemplo de una proposición jurídica que describe cómo, conforme a un determinado sistema jurídico, aquél que no cumple una promesa de matrimonio debe reparar el daño causado, y si no lo hace, debe aplicarse una ejecución coactiva sobre su patrimonio. Esta proposición es falsa si en tal ordenamiento jurídico no se prescribe ninguna obligación de este tipo¹⁴⁶. Sostiene Kelsen que la respuesta a si una norma tiene o no validez en un ordenamiento jurídico es indirectamente verificable, dado que esa norma debe haber sido producida por un acto empíricamente comprobable, mientras que la norma que prescribe la reparación del daño no puede ser ni verdadera ni falsa.

¹⁴⁴ KELSEN H., 2011: 123

¹⁴⁵ Dice que tal "producción" tiene un carácter puramente gnoseológico (como teoría del conocimiento general). Por esto es diferente a la producción de un objeto por el trabajo humano o a la producción del derecho por la autoridad jurídica.

¹⁴⁶ Por ejemplo, sería falsa si fuera una proposición jurídica sobre el ordenamiento jurídico italiano o el argentino.

Señala Kelsen que la norma y el enunciado formulado por la ciencia jurídica que la describe tienen un carácter lógicamente diverso. Por esto es recomendable, para él, realizar una distinción terminológica entre ellas. “Las proposiciones jurídicas no son, por consiguientemente, una simple repetición de las normas establecidas por la autoridad jurídica” (Kelsen, 2011: 125). Las proposiciones normativas en Kelsen son verdaderas o falsas, y son proposiciones de deber, en cuanto describen normas de deber. Explica esto con un ejemplo:

“El enunciado que describe la validez de una norma jurídica penal que prescribe la pena de prisión para el hurto, sería falso si afirmara que, conforme a esa norma, el hurto es penado con la cárcel; en efecto hay casos en los que, a pesar de la validez de esa norma, el hurto de hecho no es castigado...” (...) “La proposición jurídica que describe una norma jurídica penal solo puede rezar: 'si alguien comete un hurto, deber ser penado'. Pero el deber de la proposición jurídica no tiene, como el deber de la norma jurídica, un sentido prescriptivo, sino descriptivo. Esa ambigüedad de la palabra 'deber' suele pasarse por alto cuando se identifican las proposiciones de deber con imperativos” (KELSEN H., 2011: 125).

Para comprender las proposiciones jurídicas o "de deber" en Kelsen es necesario considerar el ya visto principio de imputación. Así, la proposición jurídica expresa una cierta relación entre elementos (i.e. entre determinadas condiciones y una consecuencia jurídica); esta relación está determinada por el principio de imputación. De esta forma, si tomamos la proposición jurídica: "Si un hombre realiza un acto de eutanasia, debe ser penado con prisión", vemos como se relaciona a determinadas condiciones (como que un sujeto haya cometido un acto de eutanasia, que el sujeto sea penalmente imputable, que el hecho haya sido

probado por un órgano competente, etc.) con una consecuencia jurídica (la pena de reclusión)¹⁴⁷. Entre estos dos elementos no media una relación de tipo "causal", es decir la proposición jurídica no expresa que si un hombre comete un acto de eutanasia será penado, o que si comete un acto de eutanasia probablemente sea penado, o que generalmente cuando se comete un acto de eutanasia los ejecutores son penados. Por el contrario, la relación entre los dos elementos presentes en la proposición jurídica está gobernada por el principio de imputación. Así, la proposición jurídica expresa que en caso de darse determinadas circunstancias debe ejecutarse determinadas sanciones¹⁴⁸. La proposición jurídica no enuncia un ser, sino un deber¹⁴⁹. El enlace en la proposición jurídica es producido por una norma establecida por una autoridad jurídica, es decir, por un acto de voluntad.

¹⁴⁷ "Consideremos el estado de cosas que se presenta cuando en un determinado orden jurídico estatal se prohíbe por ley el hurto, bajo pena de prisión. La condición de la pena normada de ninguna manera es solo el hecho de que alguien haya cometido un hurto. El hurto debe ser comprobado, en un procedimiento determinado por normas de un orden jurídico, por un tribunal facultado para ello por esas normas, y este tribunal debe disponer una pena determinada por la ley o la costumbre, que debe ser ejecutada por otro órgano. El tribunal está facultado para infligir, mediante un procedimiento determinado, una pena al autor del hurto solo si, por un procedimiento constitucional, fue producida una norma general que enlaza una pena determinada con el hurto. La norma de la Constitución que faculta para la producción de esa norma general determina una de las condiciones a las que está enlazada la sanción." (Kelsen, 2011: 106) "La proposición jurídica que describe el estado de cosas expuesto dice: si los individuos facultados para legislar han establecido una norma general según la cual él que ha cometido un hurto debe ser penalizado de una manera determinada, y si el tribunal facultado para ello por la legislación procesal penal ha comprobado en un procedimiento determinado por la legislación procesal penal que un hombre determinado ha cometido un hurto, y si ese tribunal ha ordenado la pena que la ley establece, entonces un órgano determinado debe ejecutar esa pena." (KELSEN H., 2011: 107).

¹⁴⁸ El "deber" abarca tres funciones (exigida, facultada o permitida)

¹⁴⁹ "Si se ha sostenido que la ciencia jurídica se limita a enunciar que una norma jurídica, en determinado tiempo, es 'vigente' o 'tiene validez' en un determinado orden jurídico; y que, por consiguiente, la ciencia jurídica –a diferencia de la norma jurídica- no enuncia un 'deber', sino un 'ser', tal afirmación es errada. Dado que el enunciado de que está 'en vigencia' o 'tiene validez' una norma que exige, faculta o (positivamente) permite una determinada conducta no puede significar que esa conducta tiene lugar de hecho, solo puede significar que esa conducta debe tener lugar." (KELSEN H., 2011: 129)

El principio de imputación enlaza dos actos de la conducta humana. Pero las normas de un orden social pueden también referirse a otro tipo de hechos.

Aquí se llega a un punto importante. Kelsen señala: "La proposición jurídica no implica tampoco, de ninguna manera, la aprobación de la norma jurídica que describe" (KELSEN H., 2011: 131). La proposición jurídica es una descripción objetiva, no una prescripción. Enuncia, como lo hace una ley natural, una relación funcional entre dos elementos.

Expresamente afirma:

"Aunque la ciencia jurídica tenga por objeto normas jurídicas y, por ende, los valores jurídicos constituidos por ellas, sus proposiciones jurídicas –como las leyes naturales de la ciencia natural- son una descripción libre de valoración de su objeto. Es decir: esa descripción se efectúa sin relación con un valor metajurídico y sin aprobación o desaprobación emotiva. Quien, desde la perspectiva de la ciencia jurídica, enuncia en su descripción de un orden jurídico positivo que bajo una condición determinada en ese orden jurídico debe establecerse un acto coactivo determinado en ese orden jurídico, lo enuncia así aun en caso de que considere injusta la imputación del acto coactivo a su condición y, por eso, la desapruebe. Las normas que constituyen el valor jurídico deben ser distinguidas de las normas con respecto a las cuales se evalúa la configuración del derecho" (KELSEN H., 2011: 131).

Luego de lo analizado podemos decir que las proposiciones normativas en el modelo kelseniano son adecuadas para la descripción del ordenamiento jurídico. Ellas expresan que en un ordenamiento bajo ciertas condiciones debe

aplicarse un acto coactivo. Considerando el ejemplo propuesto al inicio de esta investigación:

(1) En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia.

Conforme la propuesta de Kelsen podríamos entender que este enunciado expresa una proposición normativa o, en términos de Kelsen, una proposición o ley jurídica, cuyo significado sería:

"En el ordenamiento jurídico italiano si una persona autorizada a crear una norma, ha establecido una norma general, según la cual quien haya cometido eutanasia debe ser sancionado, y si un tribunal competente de acuerdo con la legislación procesal ha probado, en un procedimiento conforme las leyes procesales, que esta persona ha cometido un acto de eutanasia, y si este tribunal ha dictado sentencia conforme a lo establecido por la ley, entonces un órgano específico debe ejecutar esa sanción."

1.4.1 Críticas que Kelsen realiza a otras concepciones

En su obra Kelsen pone énfasis en este punto específicamente: las proposiciones jurídicas no son enunciados del ser, son enunciados del deber ser.

Podemos ver cómo debate con la propuesta de Anders Wedberg¹⁵⁰. Wedberg sostiene que la ciencia del derecho formula enunciados del tipo "la regla *P* es vigente [*in force*] en el derecho sueco" y que su interés es simplemente comprender qué connotación adscribimos a la expresión y ver, según el acuerdo vigente, qué reglas consideramos vigentes¹⁵¹. La ciencia del derecho, en este sentido, busca una explicación sistemática y un análisis lógico del derecho de un país determinado en

¹⁵⁰ KELSEN H., 2011: nota 62. Al respecto véase, WEDBERG A., 1951: 246-275.

¹⁵¹ Ciencia del derecho entendida en sentido estricto, es decir como *Rechtsdogmatik*, WEDBERG A., 1951: 246.

cierto momento. Es por esto que desde este punto de vista, la noción de qué es una norma vigente parece ser subsidiaria. Sin embargo, Wedberg resalta que pueden proponerse diversas definiciones respecto de qué significa que una regla es vigente. Para él decir que una regla es vigente equivale a sostener que podemos obtener determinada regla aplicando un método de razonamiento (distintos métodos de derivación que pueden variar de sistema a sistema) a determinada base fáctica (hechos observables, como expresiones lingüísticas, hábitos). Se diferencia así de Kelsen, para el cual que una norma sea vigente quiere decir que es implicada por una norma básica (*Grundnorm*) (WEDBERG A., 1951: 255,256). Es por esto que para Wedberg términos como "vigencia" y los enunciados que los utilizan son siempre vagos y, en definitiva, dependen de qué definición elijamos para explicarlos.

Sin embargo, respecto de la noción de validez, para que los enunciados tengan carácter científico la primera definición permite, mediante una combinación de métodos lógicos y empíricos, determinar si una regla es vigente en un sistema jurídico. De esta forma esta actividad no se diferencia de otras actividades científicas; se trata de un tipo de actividad sociológica en sentido amplio (WEDBERG A., 1951: 260). La definición de vigencia propuesta por Kelsen no permite formular enunciados científicos ya que esta intenta "afirmar normas".

Explica Kelsen que este autor distingue:

- *Enunciados internos*: enunciados que formulan las reglas jurídicas mismas, es decir la presentación de una norma.
- *Enunciado externo*: el enunciado que expresa que una regla determinada está, o no, en vigencia en una sociedad determinada y en un tiempo determinado¹⁵².

¹⁵² Explica Wedberg que "we have to distinguish between two types of juristic sentences, viz. (i) sentences stating the rules themselves, and (ii) sentences stating that a given rule is (or is not) in force in a given society at a given time. Let us say that to state a rule, pertaining to a given system of

- *Enunciados fácticos*: proposiciones de ser.
- *Enunciados normativos*: prescripción, permisión y prohibición. Son normas de deber o proposiciones de deber. Wedberg no distingue entre una norma de deber y una proposición que la describe o representa¹⁵³.

Conforme la propuesta de Wedberg, las proposiciones internas son proposiciones normativas y las externas, fácticas. El enunciado que afirma que una norma es vigente, es una proposición del ser, sobre un hecho del ser –el hecho de que una norma jurídica fue establecida mediante un acto del legislador o mediante la costumbre, o de que es efectiva. Ésta es la base fáctica de la ciencia jurídica, y los enunciados de la ciencia jurídica sólo pueden tener el carácter de tales proposiciones del ser. Es necesario que puedan verificarse¹⁵⁴.

Kelsen critica esta posición y repite que los enunciados con los que la ciencia jurídica describe el derecho no pueden ser enunciados del ser, sino que tienen que ser proposiciones de deber. Por esto explica expresamente:

"el enunciado de que una norma jurídica fue efectivamente establecida no es una descripción o exposición de la norma jurídica, sino de un hecho cuyo sentido es la norma jurídica; el enunciado se

law, is to make a statement that is *internal* relative to that system. Let us say that to state that a rule belongs (or does not belong) to a given system of law, is to make a statement that is *external* relative to that system. From the point of view of legal science, the statement of a rule *P* is always, somehow, incomplete unless it is accompanied by an external statement to the effect that *P* is (or is not) in force in a society *S* at a time *t*." (WEDBERG A., 1951: 252, 253). Explica además que hay varios tipos diferentes de enunciados externos: el enunciado de que *P* está vigente en *S* en un determinado momento, que *P* es una regla jurídica, que el conjunto de reglas *C* conforman un sistema jurídico, etc.. Sostiene que el rol primario del análisis lógico de la ciencia del derecho es clarificar el rol y significado de estos enunciados externos.

¹⁵³ En este sentido afirma Wedberg: "Of specific importance for the analysis of legal science is the distinction between factual and normative sentences. By a normative sentence I mean a sentence which –explicitly or implicitly- involves a normative idea. Normative ideas are the ideas of prescription, prohibition and permission" (WEDBERG A., 1951: 251). Estos dos tipos de oraciones son aquéllos que se encuentran dentro de la tarea de reconstrucción racional que lleva a cabo la ciencia del derecho, la cual debe procurar según el autor que la distinción entre ambos tipos de oraciones sea claramente visible.

¹⁵⁴

refiere así a otro objeto distinto del derecho" (KELSEN H., 2011: 130 en la nota 62).

Kelsen sostiene que Wedberg pasa por alto que las proposiciones de deber pueden ser verdaderas o falsas, atento a que el "deber" de la norma y el "deber" del enunciado que la describe tienen un carácter lógico distinto. Lo único que necesita la ciencia jurídica para permanecer en los límites de la experiencia es tener como objeto normas establecidas por actos humanos (no instancias sobrehumanas y trascendentales, o sea, metafísicas).

Kelsen también analiza el modelo de ciencia jurídica "realista". Explica que generalmente un orden normativo se considera válido si es eficaz. Que en un orden eficaz cuando se produce un acto ilícito, con toda probabilidad se producirá la consecuencia prevista por dicho orden. Dado que, las relaciones de causa-efecto no son absolutas, si no de probabilidad y la esencia de la causalidad es predecir acontecimientos futuros, podría entenderse que las leyes jurídicas no se diferencian de las leyes naturales (debe entenderse aquí, leyes en el sentido de enunciados descriptivos). Así las leyes jurídicas deberían formularse como proposiciones de ser, y no de deber. Unas predicen acontecimientos de la naturaleza y las otras de la sociedad.

Afirma Kelsen,

"Partiendo de este supuesto, destacadas figuras de la denominada jurisprudencia 'realista' norteamericana sostienen que el derecho -*the law*- no consiste sino en profecías acerca de cómo fallarán los tribunales, que el derecho es una ciencia de predicción." (KELSEN H., 2011: 138)

Al respecto Kelsen explica que resulta extraño que "el derecho" como profecía haga referencia a las normas generales o particulares. De todos modos, y aun si con

"derecho" se hace referencia a las proposiciones jurídicas, es correcto sostener que son enunciados, pero no sobre lo que ocurrirá, sino sobre lo que debe ocurrir. De lo contrario se pasaría por alto la diferencia entre validez y eficacia, y solo se describirían como pertenecientes a un ordenamiento las normas eficaces¹⁵⁵.

El punto central es el siguiente:

“Las profecías de la jurisprudencia realista solo se distinguen de las proposiciones jurídicas de la ciencia jurídica normativa por ser enunciados de ser, y no de deber; pero en cuanto enunciados de ser son incapaces de reflejar el sentido específico del derecho.” (KELSEN H., 2011: 139)

Aquí extrañamente Kelsen da un argumento sumamente realista, “En la medida en que los tribunales crean mediante sus sentencias derecho nuevo, la predicción es tan imposible como en el caso de las normas generales producidas por el órgano legislativo...”. Luego agrega que en cuanto sí sea posible no es tarea de la ciencia jurídica predecir sentencias: “...el conocimiento jurídico no ha de confundirse con el asesoramiento jurídico.” (KELSEN H., 2011: 139) Lo que la ciencia jurídica busca es mostrar el nexo de imputación entre los elementos, no el de causalidad.

Tanto el principio de causalidad, como el de imputación se manifiestan mediante la forma lingüística de un juicio hipotético. Pero existen diferencias entre ellos, debido a que la relación entre los elementos en el juicio elaborado bajo el

¹⁵⁵ "la norma, que constituye el sentido específico de un acto dirigido intencionalmente a la conducta de otros, es otra cosa que el acto de voluntad cuyo sentido ella es, dado que la norma es un deber, y el acto de voluntad, cuyo sentido ella es, un ser. Por este motivo, para describir el estado de cosas que tal acto nos presenta, hemos de servirnos del siguiente enunciado: alguien quiere que otro deba conducirse de una determinada manera. La primera parte se refiere a un ser, al ser del acto de voluntad en cuanto hecho; la segunda parte, a un deber, a una norma como el sentido del acto. Por eso, es falso que -según se afirma a menudo- el enunciado 'un individuo debe algo' no signifique más que 'otro individuo quiere algo'; es decir, que un enunciado de deber pueda reducirse a un enunciado de ser" (KELSEN H., 2011: 60).

principio de imputación está dada por una norma establecida por un acto humano de voluntad. Otra diferencia es que el principio de causalidad es infinito en ambas direcciones: el efecto es a su vez causa de otro efecto, y así sucesivamente. Esto no sucede con el principio de imputación, donde siempre hay un último término de la imputación¹⁵⁶.

En *La teoría general del derecho y del estado* Kelsen analiza la ciencia del derecho normativista y la sociológica. Aquí puede verse la distinción entre los enunciados que pertenecen a la ciencia del derecho sociológica y los que pertenecen a la normativa. Ambos tienen la misma estructura lógica, son enunciados generales hipotéticos, pero es diferente el modo en que la consecuencia se conecta con la condición, es diferente el sentido específico de la descripción (KELSEN H., 2006: 164). Los enunciados de la ciencia jurídica normativa afirman la validez de normas (su existencia) cuando una norma pertenece al ordenamiento jurídico que es globalmente eficaz. El enunciado de la ciencia del derecho normativa de que una norma es válida implica la misma condición que la ciencia del derecho sociológica: de hecho, las normas se obedecen o aplican. Sin embargo, una vez más, los enunciados jurídicos de la ciencia sociológica tienen un sentido diferente de aquéllos de la ciencia normativa: expresan cómo se comportan de

¹⁵⁶ Esto lo lleva a explicar el problema de la libertad de la voluntad en el hombre. La conducta del hombre se considera así el término último de imputación, ya que conforme el principio de causalidad tal conducta es solo un eslabón en una cadena infinita. "Este es el verdadero significado de la concepción de que el hombre, como sujeto de un orden moral y jurídico -y esto equivale a decir: como miembro de una comunidad-, es 'libre' como personalidad moral o jurídica. Que el hombre sometido a un orden moral o jurídico es 'libre' significa que es el término último de una imputación posible solo sobre el fundamento de ese orden normativo." (p. 143) Aclara Kelsen que la instauración de un orden normativo que regula la conducta humana presupone que la voluntad de los hombres es determinable por vía causal, es decir, es que no es libre. Esto porque la función de estos ordenes es influir en su conducta, que la representación de la norma se convierta en una causa para actuar conforme a esa norma. Luego Kant rechaza dos argumentos respecto de la relación entre libertad y determinación causal, para él la imputación no presupone, ni como hecho ni como ficción, la libertad en cuanto a no determinación causal (Kant), ni tampoco el error subjetivo del hombre de creerse libre. Realiza toda una argumentación para demostrar por qué es erróneo el dogma según el cual la causalidad excluye la imputación. Argumento que la imputación, presupone la causalidad.

hecho los sujetos de la sociedad, no cómo deben comportarse (KELSEN H., 2006: 170)¹⁵⁷.

Por esto Kelsen sostiene que las normas que la ciencia jurídica normativa considera válidas son aquellas generalmente obedecidas y aplicadas. Sin embargo podríamos agregar, y parece importante hacerlo, que no es lo mismo sostener que una norma es válida porque es generalmente obedecida y aplicada, que sostener que una norma es válida porque pertenece a un ordenamiento que en su conjunto es generalmente obedecido y aplicado (aunque esa norma en particular no lo sea).

Kelsen también pone en cuestión algunos argumentos de Ross, con respecto al modo en que éste resuelve el conflicto entre validez y eficacia, o en términos del propio Ross, "validez" y "realidad". Explica que para Ross la ciencia jurídica se dirige al estudio de la conducta humana fáctica. Por lo tanto, evita el dualismo, ya que el derecho no es deber, sino sólo conducta fáctica. Para Ross no existe la "validez" como existencia específica de normas; esta es una palabra sin significado. La propuesta de Ross busca reinterpretar este concepto para verlo como realmente es, un hecho del ser, no un "deber". Para Ross la validez es el hecho psicológico que consiste en que los hombres que viven en un orden jurídico consideran "autoridad" a la instancia que aplica el derecho, porque la consideran competente para aplicar normas. La idea de la validez de las normas es un intento de racionalizar ciertos hechos psicológicos¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Afirma Kelsen: "...normative jurisprudence asserts the validity of a norm, and that means its 'existence', only when that norm belongs to a legal order which as a whole is efficacious, i.e., when the norms of this order are, by and large, obeyed by the subjects of the order and, if not obeyed, are by and large applied by its organs. The norms which normative jurisprudence regards as valid are norms that are ordinarily obeyed or applied." (...) "However, normative jurisprudence assumes that an organ ought to execute a sanction only if the norm prescribing the sanction belongs to an efficacious legal order. The norm's belonging to an efficacious legal order in turn implies the probability of the organ's actually applying the sanction" (KELSEN H., 2006: 170). En estos pasajes Kelsen discute principalmente con los realistas americanos: Lewelling, Cardozo, Huxley, Holmes.

¹⁵⁸ Cita a Ross en un pasaje donde niega que esto lleve a sostener que esto implique que la proposición jurídica exprese una suerte de predicción: "Con ello, sin embargo, no quiero decir que la proposición jurídica pueda ser reinterpretada -como algunos han creído- como un enunciado

1.4.2 Lógica de proposiciones normativas

Como vimos, un punto de importancia para trazar la distinción entre normas y proposiciones sobre normas es la relación entre la lógica y el razonamiento jurídico. El problema central es respecto de la posibilidad de aplicar la lógica a un razonamiento donde intervienen normas. En la teoría pura la respuesta es que la lógica puede aplicarse a las normas en forma indirecta. Dado que las proposiciones que describen normas jurídicas sí pueden ser verdaderas o falsas, la lógica puede aplicarse a éstas, y a través de éstas a las normas¹⁵⁹. Esta posición es abandonada luego en *Teoría General de las Normas*, donde se niega que puedan existir relaciones lógicas entre normas.

Un aspecto llamativo de la propuesta de Kelsen es que para él, en la *Teoría Pura* (luego esta concepción es abandonada) que el orden jurídico forme una unidad es algo que puede verse en el hecho que tal orden puede ser descrito en proposiciones jurídicas que no se contradigan¹⁶⁰. Él no quiere negar que dos órganos jurídicos puedan de hecho establecer normas que entren en conflicto entre

indicativo de lo que (probablemente) sucederá en el futuro. Ello sería, de hecho, pasar por alto que la proposición jurídica apunta a 'lo que es válido'." (Towards a Realistic Jurisprudence, Copenhagen, 1946, p. 106) (nota p. 248) Kelsen responde en la misma nota: "Pero si el derecho no es deber, no es norma, sino ser (reality) y, por ende, conducta fáctica, los enunciados sobre el derecho, siempre que se refieran a la conducta que está determinada en las normas, solo pueden ser enunciados sobre una conducta que probablemente vaya a tener lugar en el futuro. Aquello a lo que 'la proposición jurídica apunta' es el sentido del enunciado sobre el derecho. Si el sentido de este enunciado se dirige 'a lo que es válido', no puede tratarse de un enunciado sobre un hecho, dado que un hecho de ser no es válido. Solo puede tratarse de un enunciado sobre una norma de deber; no del enunciado de que los hombres creen equivocadamente que deben conducirse conforme a derecho, sino el enunciado de que deben conducirse conforme a derecho. La tesis de que la validez de deber objetiva es un elemento esencial del concepto de derecho no significa que esa validez esté dada en la realidad y que pueda ser verificada del mismo modo que las propiedades perceptibles de un objeto" (sigue en nota 122, p. 248/248).

¹⁵⁹ Explica que "Dos normas jurídicas se contradicen y, por tanto, no pueden ser afirmadas a un tiempo como válidas, si las dos proposiciones jurídicas que las describen se contradicen; y una norma jurídica puede ser inferida de otra si las proposiciones jurídicas que las describen pueden articularse en un silogismo lógico" (KELSEN H., 2011: 125).

¹⁶⁰ "Así, la norma fundamental permite interpretar el material con el que se enfrenta el conocimiento jurídico como una totalidad con sentido, y esto significa interpretarlo en proposiciones que no se contradicen lógicamente entre sí." (KELSEN H., 2011: 244).

sí, por ejemplo estableciendo como debidas dos conductas incompatibles entre sí.
Al respecto aclara:

"...una norma no es ni verdadera ni falsa, sino válida o inválida. Sin embargo, un enunciado que describe un orden normativo, diciendo que conforme a ese orden una determinada norma es válida, y especialmente una proposición jurídica que describe un orden jurídico, diciendo que conforme a ese orden jurídico, bajo determinadas condiciones, debe establecerse, o no debe establecerse, un determinado acto coactivo, puede –como hemos expuesto– ser un enunciado verdadero o falso. Por ello, los principios lógicos en general, y el principio de contradicción en particular, pueden ser aplicados a los enunciados que describen normas jurídicas, y así indirectamente, a las normas jurídicas. (...) Pero puesto que el conocimiento del derecho –como todo conocimiento– busca comprender su objeto como una totalidad con sentido y describirlo en proposiciones no contradictorias, parte del supuesto que los conflictos entre normas pueden y tienen que ser solucionados, por vía de la interpretación, dentro del material normativo que le es dado, o mejor dicho, que lo enfrenta" (KELSEN H., 2011: 241/242).

Kelsen analiza distintos argumentos interpretativos para ver cuál sería la norma válida en caso de un conflicto entre normas (analiza el caso de *lex posterior*). Da dos ejemplos: en uno una norma prevé una sanción para una conducta y otra norma dice que esa conducta no debe ser penada; para este caso dice Kelsen que la proposición jurídica que describe el derecho debe decir algo así como "si alguien comete la conducta X debe o no debe ser penado", lo que implica discrecionalidad

para el órgano aplicador. Mientras que si una norma contradice sólo en parte a otra norma, esto puede leerse como una excepción, y la proposición jurídica que describe tal situación sería una del tipo "todo aquél que cometa la conducta X, con excepción de los que tienen la característica A, debe ser penado"¹⁶¹.

1.5 Enunciados jurídicos

Kelsen distingue entre dos tipos de juicios, juicios de valor y juicios de realidad. Juicio de valor es aquél que expresa que una conducta se conforma a lo que establece una norma o no lo hace; será así un juicio positivo o negativo. Estos juicios se realizan siempre en relación con una norma, es decir con una norma objetivamente válida, y en última instancia con una norma fundamental presupuesta.

Para Kelsen estos juicios se diferencian de los juicios de realidad, que no presuponen la existencia de una norma válida ni de la norma fundamental. Estos juicios sólo enuncian que algo es y cómo es. Explica Kelsen que las normas son válidas o inválidas, pero no verdaderas o falsas, y que un juicio de valor, es decir, el enunciado de que una conducta se corresponde o no a la norma válida, sí puede ser verdadero o falso.

Respecto de este punto, Kelsen entabla una interesante discusión con Mortiz Schlick. Mientras que para Schlick el juicio de que una conducta corresponde a una norma es un juicio fáctico, Kelsen sostiene que se trata de un juicio de valor. Kelsen tiene en mente normas del tipo que establecen que una conducta X es buena; esta norma para Kelsen no describe la conducta X, sino que expresa que X *debe ser*. Así lo explica:

¹⁶¹ Específicamente: "La proposición jurídica que describe el derecho no dice que si alguien comete adulterio debe y no debe ser penado, sino que si alguien comete adulterio debe ser o no ser penado; y no dice que todo aquel que ha cometido un delito determinado en la ley debe ser penado y las personas menores de catorce años no deben ser penadas, sino que todo aquel que ha cometido un delito determinado en la ley, con excepción de las personas menores de catorce años, debe ser penado" (KELSEN H., 2011: 242/243).

"La norma no es un concepto o, como dice también Schlick, una definición. El concepto de algo enuncia que, cuando algo tiene las cualidades determinadas en la definición del concepto, pertenece a ese concepto; es decir, que **es** lo que designa el concepto; y que cuando no tiene esas cualidades no pertenece a ese concepto; es decir, no es lo que designa el concepto. El concepto no enuncia que algo **debe** tener las cualidades determinadas en la definición" (KELSEN H., 2011: 71).

Kelsen quiere distinguir las definiciones de las normas que establecen cómo debemos actuar. Para Kelsen estas normas no definen la conducta, sino que mandan a realizarla u omitirla. Constatar si tal conducta tuvo o no lugar, para Kelsen, implica hacer uso de la norma, por lo que se trata de un enunciado de valor.

Pensemos por un momento en el ejemplo que toma Kelsen , " ésta es una buena conducta". Este ejemplo usado para ilustrar su argumento es problemático, justamente porque la norma propuesta puede ser entendida no sólo como una norma de conducta, sino como una regla conceptual (o definición). Parece más forzada la interpretación según la cual este enunciado tiene la función de decirnos que nuestra conducta debe ser buena, o que debemos comportarnos de cierta forma. Por el contrario, parece que establece qué cuenta y qué no cuenta como buena conducta, o lo que es lo mismo, cómo *debe* ser la conducta para que podamos considerarla una buena conducta conforme a dicho concepto¹⁶².

A esto podemos agregar que, como ya hemos visto, en la teoría de Kelsen las normas cumplen la función de ser esquemas de interpretación. Es decir que

¹⁶² Una duda que surge a esta altura del análisis de Kelsen es si la "valoración", la "subsunción" y la "aplicación de normas" son el mismo tipo de actividad o no. No es claro para mí cuál es su posición al respecto. Por ejemplo, si la interpretación normativa de un acto implica o no la aplicación de una norma. Es un tipo de subsunción. ¿Es una valoración? Parece al menos que la descripción de normas siempre en la terminología de Kelsen "presupone" normas.

ciertos hechos considerados bajo ciertas normas adquieren un significado diverso (vimos el ejemplo de un homicidio o la pena de muerte). Por esto, resulta extraña la posición que adopta respecto de las definiciones, o de lo que con mayor precisión podríamos llamar reglas conceptuales¹⁶³. Podríamos acordar con Kelsen que no toda norma es del tipo de las reglas conceptuales. Sin embargo, debemos aclarar que los conceptos sí son un tipo de normas.

Interesante es resaltar que, para Kelsen, los enunciados de valor en función cognoscitiva son siempre enunciados objetivos. Esto quiere decir que los deseos o la voluntad del sujeto cognoscente no influyen en el significado del enunciado. En este sentido sostiene:

"La respuesta a la pregunta de si es bueno, según la moral cristiana, amar a los enemigos, y, por ende, el correspondiente juicio de valor, puede y tiene que efectuarse sin tener en cuenta si quien ha de responder a la pregunta, y, por ende, emitir el juicio de valor, aprueba o desaprueba el amor al enemigo. La respuesta a la pregunta de si, según el derecho válido, un homicida debe ser condenado a muerte, y por ende, de si en el sentido de este derecho la pena de muerte por homicidio es valiosa, puede y tiene que efectuarse sin tener en cuenta si aquel que ha de responder a la pregunta aprueba o desaprueba la pena de muerte. Entonces, y únicamente entonces, el juicio de valor es objetivo" (KELSEN H., 2011: 75).

Hasta aquí se ha presentado los aspectos más relevantes del primer modelo de teoría.

¹⁶³ Véase al respecto el capítulo III, punto 2.

2. von Wright. Normas, enunciados normativos y proposiciones normativas

Es claro que la obra filosófica de von Wright se extiende mucho más allá de la filosofía del derecho. Es también posible que la filosofía del derecho no sea siquiera el área de mayor interés para él. Su trabajo abarca problemas relacionados con la acción humana, el determinismo, la metodología filosófica, los valores, entre otros¹⁶⁴. Estas consideraciones están encaminadas a explicar por qué el presente modelo no se presenta como parte de una teoría general del derecho, como en el caso del modelo analizado precedentemente. Sin embargo, los aportes de von Wright a la teoría de las normas y a la lógica deóntica han sido de tal importancia que dentro de la filosofía del derecho constituye uno de los más importantes referentes.

En la obra de von Wright puede verse una especial atención a la ambigüedad propia del lenguaje normativo y a la posibilidad de aplicar instrumentos de la lógica a los conceptos normativos (VON WRIGHT G.H., 2000). Al igual que Kelsen, von Wright ha escrito durante muchos años, y es posible observar cambios sustanciales en su teorización. Este autor ha sido elegido no sólo por ser un precursor en el desarrollo de la lógica deóntica, sino porque además su forma de comprender el significado de los enunciados normativos presenta algunas particularidades y diferencias respecto de los otros tres modelos, que merecen ser analizadas.

Entrando de lleno en el argumento del discurso normativo, puede verse que von Wright distingue entre: i) formulaciones normativas; ii) normas; iii) enunciados normativos (*normative statements*); iv) proposiciones normativas; y v) enunciados de necesidad práctica.

¹⁶⁴ Véase, VON WRIGHT G.H., 2003, donde el autor recorre el camino de muchos de sus principales argumentos, los cuales giran principalmente en torno a los tópicos: valores, normas y acción. Asimismo, véase VON WRIGHT G.H., 1989, donde presenta una autobiografía intelectual detallada.

Las formulaciones normativas son entidades lingüísticas, es decir, oraciones. Estas oraciones son usadas para expresar normas. Es este sentido, la oración es usada prescriptivamente, por lo que su significado no puede considerarse verdadero o falso. Es lo que von Wright denomina un uso ejecutorio del idioma. Estas normas, resultado de un acto de prescripción, son siempre dependientes del lenguaje¹⁶⁵.

Al analizar el lenguaje normativo en general, son de importancia dos tipos de oraciones. Unas son las formuladas en modo imperativo, y las otras aquéllas formuladas con verbos auxiliares deónticos: "obligatorio", "permitido", "prohibido". Las primeras son llamadas imperativas, mientras que las segundas se denominan deónticas. Von Wright explica sobre las oraciones imperativas que no todos los usos del modo imperativo son para prescribir. Ejemplifica esto con algunos enunciados que se formulan al rezar: "dios, danos hoy nuestro pan de cada día", al realizar un pedido, súplica o una advertencia. Por esto, la gramática sola no es suficiente para determinar si un determinado verbo es usado en forma indicativa o imperativa. A su vez, aun cuando el uso del modo imperativo tenga como objetivo constituir una "norma", veremos que esto no es, por sí solo, suficiente para alcanzar tal fin.

Por otro lado, encontramos lo que llama enunciados normativos (*normative statements*)¹⁶⁶: en este caso, con una oración se expresa un enunciado descriptivo al que puede atribuirse valor de verdad (estos enunciados serán analizados en el punto 2.5). Además, para von Wright, cuando se expresa que una norma existe se

¹⁶⁵ Véase, VON WRIGHT G.H. (1963) *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, New York. De aquí en adelante todas las referencias a esta obra se toman de su traducción al castellano. Cf. VON WRIGHT G.H., 1970: 110.

¹⁶⁶ La traducción al castellano de *statement* ha sido "enunciado". Esta traducción puede llevar a confusiones, ya que von Wright utiliza aquí el término inglés *statement* en sentido estricto. Al respecto véase por ejemplo: "I use the term 'statement' here in that which I propose to call its 'strict' sense. A statement in the strict sense is true or false" (VON WRIGHT G.H., 1983: 67). En castellano una traducción más estricta sería "aserción" o "afirmación", y no "enunciado". En adelante seguiré utilizando el término "enunciado" con esta salvedad.

formula una proposición normativa que también admite valor de verdad (estas proposiciones se analizan en el punto 2.4). Por lo que tanto los enunciados normativos como las proposiciones normativas pertenecen al lenguaje descriptivo pero no se confunden entre sí.

2.1 El concepto de norma

Von Wright explica que algunas expresiones como "discurso normativo" o "norma" se usan en muchos sentidos –relacionados entre sí– y, por lo tanto, no tienen un significado unívoco (VON WRIGHT G.H., 1970). Al respecto, muestra cómo el discurso normativo se usa generalmente en contraposición al discurso descriptivo, pero, sin embargo, presenta una ambigüedad: puede entenderse como un discurso prescriptivo o como un discurso evaluativo¹⁶⁷.

Respecto del concepto de norma, von Wright desarrolla una tipología de normas que puede ser de interés para clarificar algunas de las perspectivas adoptadas en esta investigación.

2.1.1 Clasificación de las normas:

Von Wright nos propone la siguiente clasificación de normas¹⁶⁸:

- El primer tipo de normas analizadas son las que denomina *reglas*. Por ejemplo: las reglas de los juegos, las reglas de la gramática del lenguaje natural, las reglas del cálculo lógico y matemático. Éstas determinan al propio juego y en qué consiste jugar a éste. Las reglas establecen cuáles son los movimientos correctos dentro del juego y, desde el punto de vista de la actividad, cuáles son los movimientos permitidos (los movimientos incorrectos son prohibidos y, si hay un único movimiento permitido, es obligatorio). A su vez, aclara que las reglas de un

¹⁶⁷ Se ha criticado a los filósofos analíticos del derecho diciendo que sólo conciben la distinción entre uso del lenguaje descriptivo y prescriptivo –a modo de derivación de la distinción entre ser y deber ser– dejando así de lado muchas situaciones intermedias.

¹⁶⁸ VON WRIGHT G.H., 1970.

idioma o de los cálculos presentan una dimensión semántica que no está presente en las reglas de los juegos.

- Otro tipo de normas son las *prescripciones*. Esta categoría reviste importancia, dado que las leyes del Estado serían un tipo de prescripción; también las ordenes de los padres a sus hijos, las decisiones de un tribunal. Éstas son dadas o dictadas por alguien en un acto de promulgación, para que otro, a quien la norma se dirige, se comporte de determinada manera. Para que la prescripción sea efectiva se añade una sanción o amenaza.

- Otro tipo son las *normas técnicas* o directrices. Éstas relacionan un medio con determinado fin. Generalmente están formuladas en forma condicional; así, si se quiere lograr determinado fin, que se expresa en el antecedente, deben emplearse determinados medios que se encuentran en el consecuente. Explica von Wright que no es sencillo caracterizar las normas técnicas como prescriptivas o descriptivas. Este tipo de normas presuponen un tipo de enunciados, llamados por él enunciados anankásticos, que expresan que algo es condición necesaria para alcanzar algún estado de cosas.

Los enunciados anankásticos expresan proposiciones anankásticas, pero no normas. La proposición anankástica expresada pertenece al discurso descriptivo, por lo tanto puede ser verdadera o falsa. Esta proposición anankástica es lo que luego von Wright llama enunciado de necesidad práctica. Por otro lado, la regla técnica puede ser el resultado de un razonamiento práctico que el sujeto realiza; éste es el caso de una prescripción "autónoma", o de un razonamiento práctico que realiza un tercero.

Un ejemplo, análogo al propuesto por von Wright, sería: "Quiero publicar un artículo que ha sufrido propuestas de cambios por los evaluadores externos de una prestigiosa revista. A menos que no modifique mi artículo de conformidad a las propuestas, éste no será publicado. Por lo tanto tengo que modificar mi trabajo

para adecuarlo a las sugerencias recibidas". De este ejemplo podríamos decir que la oración que expresa *Es necesario modificar el artículo presentado conforme a las propuestas de los evaluadores para poder publicar*" sería un ejemplo de una proposición anankástica o enunciado de necesidad práctica. Mientras que la oración *Debo modificar mi trabajo conforme a las sugerencias recibidas* sería la expresión de una regla técnica autónoma. Y podríamos agregar que la oración *Debe modificar su trabajo conforme a las sugerencias recibidas* expresa una regla técnica heterónoma.

- Von Wright también presenta a las *costumbres* como un tipo de normas diverso. Las costumbres tienen algunas similitudes con las reglas y algunas con las prescripciones. Von Wright las asimila a los hábitos, es decir a una tendencia, adquirida al interno de una sociedad, a hacer cosas similares en situaciones similares. Estas regularidades parecen ser similares a las regularidades que se constatan en las leyes naturales. De todas formas, dice von Wright que las costumbres son normativas en cuanto influyen sobre la conducta y se dan en forma conjunta con distintos tipos de presión para el caso de no conformidad. Al mismo tiempo, las costumbres se distinguen de las prescripciones en cuanto no son dadas por un sujeto determinado, ni es necesaria su promulgación por medio de signos. Explica que se asimilan a las reglas en cuanto definen formas de vida en una comunidad.

- También encontramos en esta clasificación a las *normas morales*. Sin embargo, éstas no son específicamente definidas. Por el contrario, von Wright señala que parecen tener características de los otros tipos de normas. Mejor dicho, que cada concepción de las normas morales (cada teoría metaética, podría decirse) parece asimilarlas más a uno u otro tipo de normas, i.e.- a las reglas, a las prescripciones, etc.

- Finalmente menciona las *reglas ideales*. Éstas no se encuentran dirigidas a indicar qué se debe hacer, sino que expresan cómo algo debe ser. Cómo

algo es un buen ejemplo de una categoría. Por ejemplo, qué es lo que hace que (qué propiedades tiene) alguien sea un buen padre de familia.

Puede verse que von Wright reconoce expresamente diversos tipos de normas. A los fines de la comparación con los otros modelos, se considerará las normas como prescripción. Él mismo señala que las leyes del Estado son normas de este tipo¹⁶⁹, y es por esto que tomaré el concepto de norma en este modelo como prescripción. Norma es "una orden o permisos dados por alguien desde una posición de autoridad a alguien en una posición de sujeto" (VON WRIGHT G.H., 1970: 27).

Sin embargo, es importante señalar que von Wright menciona como ejemplos de prescripciones las leyes del Estado y las decisiones de los jueces, pero no el "Derecho"¹⁷⁰. Por esta razón creo que no sería justo sostener que para este modelo todas las normas que forman parte de la práctica jurídica sean del tipo de las normas entendidas como prescripciones. No obstante lo cual es peculiar el siguiente pasaje:

"La superior fuerza del que manda sobre el mandado es también la base fáctica sobre la que el orden legal del Estado se funda. La existencia de un orden legal es la existencia de relaciones normativas entre autoridades y ciudadanos. Es esencial que las autoridades sean capaces de respaldar sus prescripciones a los ciudadanos con amenazas eficaces de castigo en caso de desobediencia. Cuando esta condición no se cumple, el orden legal se derrumba o desintegra,

¹⁶⁹ VON WRIGHT G.H., 1970: 26.

¹⁷⁰ En este sentido sostiene: "Examples of norms, in the sense in which I here use the word, are the laws of the state, or by-laws and regulations issued by a magistrate. But also orders, which parents give to children, or officers to soldiers in the army, are norms in this sense." (VON WRIGHT G.H., 1983: 68).

como ocurre cuando una revolución tiene éxito" (VON WRIGHT G.H., 1970: 141/142).

2.2 Existencia de normas

Respecto de la existencia de normas, von Wright específicamente se concentra en el tipo de normas que ha denominado prescripciones¹⁷¹, y que hemos tomado como concepto de norma jurídica para compararlo con los otros modelos.

El aspecto ontológico de las normas, explica, es aquél relativo a qué significa decir que hay o que existe una norma. Aclara que los hechos que hacen a una proposición sobre la existencia de una norma verdadera son diferentes, según sea el tipo de norma que estemos analizando. En este sentido sostiene:

"Es razonable pensar que la naturaleza lógica de los hechos que hacen a las proposiciones-norma verdaderas será diferente para los diferentes tipos (géneros, especies) de norma que existen. Para la mayoría de los tipos de normas, no obstante, estos hechos son contingentes (empíricos). Es un hecho contingente que hay tales y tales costumbres en una comunidad o leyes de un Estado. En cierto sentido, es contingente que el ajedrez se juegue de acuerdo con tales y tales reglas, pues es un hecho contingente que exista el juego que llamamos 'ajedrez'. Pero en otro sentido es necesario que el ajedrez se juegue con arreglo a estas reglas, pues un juego con diferentes reglas no sería el ajedrez" (VON WRIGHT G.H., 1970: 123).

Entonces la existencia de la norma depende de ciertos hechos, aquéllos que hacen verdadera una proposición que expresa que la norma existe. En este orden de ideas, los hechos que hacen verdaderas las proposiciones sobre la existencia de

¹⁷¹ VON WRIGHT G.H., 1970: capítulo VII.

las prescripciones –y, también de las reglas- son hechos contingentes, empíricos (VON WRIGHT G.H., 1983: 68).

Von Wright llama la atención respecto de la diferencia entre dar y recibir prescripciones. Este punto tiene relación con el problema ontológico de las prescripciones. Quiere mostrar que la existencia de prescripciones no depende sólo del aspecto emisor y que, por lo tanto, la existencia no es independiente de las habilidades del receptor.

Las prescripciones se generan a través de un tipo particular de acción humana: la acción normativa.

"El dar una prescripción es un *acto* cuya ejecución con éxito tiene como resultado la existencia de una prescripción. Las *consecuencias* de los actos normativos, hablando en sentido general, son los efectos que pueden tener (el dar de) las prescripciones sobre las conducta de aquellos a quienes se dan las prescripciones" (VON WRIGHT G.H., 1970: 131).

El acto de prescribir incluye actividades como: movimiento de músculos y actividad lingüística. Esta última consiste en usar determinadas formulaciones de normas para "promulgar" una norma. A su vez, la formulación de la norma "es el signo o símbolo (las palabras) usadas al enunciar (formular) una norma. Cuando la norma es una prescripción, formularla en el lenguaje se llama a veces *promulgación* de la norma" (VON WRIGHT G.H., 1970: 109), siempre y cuando sea formulada por los sujetos correspondientes.

El autor distingue entre el acto de emitir una prescripción y la emisión de una orden:

"que el emitir una sentencia-promesa 'constituya' un acto promisorio depende de otros factores además de la actividad verbal que es

esencial al acto. Lo mismo vale para las prescripciones. La mera emisión de oraciones imperativas y el uso de otras formas de lenguaje prescriptivo no establece que un mandato, permiso o prohibición se haya dado, no 'constituye' por sí mismo un acto de mandar, permitir o prohibir" (VON WRIGHT G.H., 1970: 131).

¿Qué hace de una acción verbal (la emisión de una orden) una acción normativa? Para von Wright es el resultado de establecer una vinculación normativa entre el sujeto que emite la norma y el receptor del mandato:

"Cuando el uso del lenguaje prescriptivo conduce a o tiene como resultado el establecimiento de esta vinculación entre una autoridad-norma y algún sujeto (sujetos)-norma, entonces la prescripción se ha dado, el acto normativo se ha ejecutado con éxito y la norma ha cobrado existencia" (VON WRIGHT G.H., 1970: 132).

Entonces, si el acto normativo se ha ejecutado con éxito cobra existencia la norma. A su vez, la prescripción deja de existir, cuando se disuelve la vinculación bajo norma. La vida de la prescripción, su "vigor", es equivalente a la duración de esta vinculación. "La existencia de una prescripción, no es el hecho, como tal, de que se ha dado, sino el hecho de que está en vigor" (VON WRIGHT G.H., 1970: 132).

Conforme la teoría clásica de las normas, éstas expresan la voluntad de la autoridad. Es decir que cuando se emite una prescripción alguien quiere, desea que otro haga algo. El fin que tenía la acción de mandar que un sujeto haga algo puede verse frustrado por desobediencia, porque el sujeto intenta pero no tiene éxito o porque no puede (es incapaz de) entrar en la vinculación normativa con la autoridad. En este sentido:

"Se desprende de lo que se ha dicho en esta sección que una condición necesaria para la existencia de un mandato de una autoridad a un sujeto para que haga o se abstenga de una determinada cosa, es que el sujeto del mando *pueda hacer* esta clase de cosa" (VON WRIGHT G.H., 1970: 136).

De estas consideraciones podemos ver que no toda formulación normativa implica que existe una norma:

"La distinción entre mandar e intentar mandar es de importancia para el problema de la existencia de mandatos y para la interpretación del principio de que Debe entraña Puede. Intentar mandar casi siempre tiene como resultado, por lo menos, la producción de las palabras o símbolos que llamamos la formulación de la norma. La formulación de la norma es quizá la característica más 'conspicua' en que la existencia de una norma se manifiesta" (VON WRIGHT G.H., 1970: 138);

"La promulgación es necesaria, pero no suficiente por sí sola, para el establecimiento de las relaciones normativas entre los agentes. Además de la promulgación, hay también un segundo componente involucrado en la acción normativa. Usaré para referirme a él otro término de la filosofía legal; a saber: sanción" (VON WRIGHT G.H., 1970: 139).

Ésta consiste en la amenaza de castigo ante la desobediencia. La sanción es eficaz cuando constituye miedo al castigo. El miedo al castigo es un motivo para obedecer. El autor no dice que éste será el único motivo, sino que la función de la sanción es constituir este motivo si no hay otros o si hay motivos para desobedecer. En un caso individual puede que el miedo al castigo no sea lo suficientemente

fuerte como para vencer otros motivos de la conducta contraria. Aclara que una sanción eficaz puede ser compatible con la desobediencia ocasional de la norma.

En resumen, con relación a la existencia de normas von Wright señala que:

"Podemos ahora contestar la pregunta de qué hace el agente que da mandatos, como sigue: Promulga la norma y le apareja una sanción o amenaza de castigo por desobediencia eficaces. Cuando esto se produce, se han establecido unas relaciones normativas entre la autoridad y el sujeto. El acto normativo se ha ejecutado con éxito. Como resultado de su ejecución con éxito existe, es decir, se ha emitido y está en vigor, una prescripción" (VON WRIGHT G.H., 1970: 140).

2.3 Descripción de normas

Como vimos, las normas son consideradas el producto de un acto del lenguaje prescriptivo. Por el contrario, tanto los enunciados normativos como las proposiciones normativas son categorías que pertenecen al discurso descriptivo. Esto significa que a ambas categorías puede atribuirse valores de verdad.

Un enunciado normativo informa el estatuto deóntico de cierta acción o estado de cosas. Éste sería el primer sentido de descripción de normas analizado. La verdad de un enunciado normativo depende de la existencia de normas. Entre el enunciado normativo y la norma existe una relación de fundamento. Una proposición normativa, a su vez, es un enunciado que indica que una norma existe. Conforme esta presentación, éste sería el tercer sentido de descripción de normas, i.e. se describe qué normas existen en un ordenamiento jurídico.

Los enunciados normativos describen, no ya alguna característica de la norma (su promulgación, vigencia, validez), sino que cierta acción es permitida, prohibida u obligatoria. Sin embargo, la verdad de estos enunciados normativos se

funda en la existencia de normas, por lo que los hechos que hacen verdaderos estos enunciados serían los mismos que hacen verdaderas las proposiciones normativas¹⁷².

Que en el discurso descriptivo de las normas pueda distinguirse entre dos tipos de entidades distintas: enunciados normativos y proposiciones normativas, ha sido cuestionado por Alchourrón y Bulygin. Bulygin expresa que el mismo von Wright en sus últimos escritos no hace más referencia a los enunciados normativos, por lo que parece también abandonarlos (BULYGIN E., 1999, 2003). En las secciones siguientes se presenta los conceptos de proposición normativa y de enunciado normativo; seguidamente se presentará la crítica a esta distinción.

2.4 Proposiciones normativas

Nuevamente estamos en presencia de una categoría descriptiva. Sería el resultado del uso del lenguaje en función cognoscitiva. Una proposición normativa es una proposición que dice que una norma existe. En este sentido von Wright expresa que: "Daré el nombre de nombre de proposición-norma a la proposición de que tal y tal norma existe" (VON WRIGHT G.H., 1970: 121).

Esta proposición será verdadera o falsa, si esta norma existe o no existe respectivamente. Esta existencia es un hecho, por lo cual el fundamento de la verdad de las proposiciones normativas (y también de los enunciados) es la constatación de ciertos hechos empíricos. En el mismo sentido:

"to affirm a norm-proposition is to state the existence of a norm. Norm propositions are true or false. The existence of norms I shall regard as empirical facts which may be established by ascertaining (social) reality" (VON WRIGHT G.H, 2011: 4).

¹⁷² Este punto es problemático y será analizado en el punto 2.5.1

En el mismo texto von Wright afirma que las leyes lógicas que se aplican a las proposiciones en general se aplican también a este tipo de proposiciones.

Si retomamos el ejemplo propuesto en el primer capítulo, "La eutanasia está prohibida en el ordenamiento jurídico italiano", este puede interpretarse como un enunciado jurídico que indica el estatus deóntico de "prohibido" de la categoría "eutanasia". El fundamento de este enunciado es la existencia de una norma que prohíbe la eutanasia. También podría interpretarse como una forma elíptica de expresar una proposición normativa, es decir la proposición sobre la existencia de una norma en un sistema normativo particular: "En el ordenamiento jurídico italiano existe una norma que prohíbe la eutanasia".

En primer lugar, esta proposición afirma que existe una norma que prohíbe la eutanasia. En segundo lugar es una proposición *relativa* a un sistema de normas específico, de esta forma podríamos decir que esta proposición normativa es verdadera respecto el ordenamiento jurídico italiano, pero falsa si tomamos como referencia al ordenamiento jurídico holandés. Pero, esto hace que los enunciados normativos sean a su vez relativos a un sistema normativo específico. El enunciado normativo "La eutanasia está prohibida" será verdadero si tomamos como fundamento de este enunciado el ordenamiento jurídico italiano, pero falso si tomamos el holandés.

2.5 Enunciados jurídicos

Como podrá ya apreciarse, von Wright distingue entre proposiciones normativas y enunciados normativos, no enunciados jurídicos. Sin embargo, los enunciados normativos se expresan en referencia a sistemas normativos específicos, por lo que podemos entender que los enunciados jurídicos son un caso de enunciados normativos que hacen referencia a sistemas normativos jurídicos.

Von Wright sostiene que:

"Un enunciado normativo (...) es un enunciado que tiene como resultado que algo deba o pueda o tenga que no hacerse (por algún agente o agentes, en alguna ocasión o en general, incondicionalmente o si determinadas condiciones se cumplen). El término 'enunciado' se usa aquí en lo que me propongo llamar su sentido 'estricto'. Un enunciado en sentido estricto es o verdadero o falso" (VON WRIGHT G.H., 1970: 120)¹⁷³.

En este sentido, un ejemplo de enunciado normativo sería: "En Italia está prohibido realizar eutanasia". Mientras que "existe una norma que prohíbe la eutanasia" sería un ejemplo de un enunciado que expresa una proposición normativa.

Los enunciados normativos según von Wright son generalmente incompletos o elípticos, dado que no expresan quién debe hacer o no hacer o si es incondicionalmente o si ciertas condiciones se dan (VON WRIGHT G.H., 1983: 67).

En el ejemplo propuesto en esta investigación, nos preguntamos por el fundamento de verdad de un enunciado normativo del tipo "En Italia está prohibido realizar eutanasia". Cuestionarse por el fundamento de la verdad de este enunciado quiere decir responder a la pregunta "¿Por qué no puedo realizar eutanasia?".

Von Wright sostiene: "Por *fundamento veritativo* de un enunciado normativo dado entiendo una contestación verdadera a la pregunta de por qué la cosa en cuestión debe o puede o tiene que no hacerse" (VON WRIGHT G.H., 1970: 120). Y, la respuesta es que existe una norma que lo prohíbe. Éste es el fundamento de verdad del enunciado normativo. En otras palabras:

¹⁷³ Lo mismo sostiene en VON WRIGHT G.H., 1983: 67.

"en términos generales, el fundamento veritativo de un enunciado normativo es la existencia de una norma. Esto es válido, en mi opinión, no sólo para las prescripciones, sino también para otros tipos de normas. ¿Por qué en el ajedrez un peón que ha alcanzado la última línea puede cambiarse por una reina? Porque hay una regla que da este 'derecho' a los jugadores" (VON WRIGHT G.H., 1970: 120).

Estos enunciados pertenecen al discurso descriptivo y para von Wright cuestionarnos qué es lo que hace a estos enunciados verdaderos es preguntarnos por su fundamento de verdad. Una de las formas es la existencia de una norma. Pero, también la verdad de un enunciado normativo puede deducirse de una o varias normas (VON WRIGHT G.H., 1983: 67)¹⁷⁴. Explica también que la pregunta por el fundamento veritativo de un enunciado normativo es distinta de aquélla por el fundamento de la norma, es decir ¿por qué se ha promulgado esta norma?¹⁷⁵

Considero que la definición dada por von Wright es un poco confusa; me pregunto: ¿qué quiere decir que un enunciado tiene como resultado que algo deba o pueda o no hacerse? Más aun, que un enunciado descriptivo tenga este efecto. Aun si uno considerase que las normas pueden ser verdaderas, un enunciado que describe aquello que una norma establece no tiene *como resultado* que algo deba hacerse. Estos enunciados normativos parecen expresar una forma de lo que se ha definido como proposición anankástica o enunciado de necesidad práctica.

¹⁷⁴ El fundamento de un enunciado normativo, puede ser que hay una norma y, también, que hay una necesidad práctica (una conexión necesaria entre lo que prescribe la norma y los fines), cf. VON WRIGHT G.H., 1983: 74.

¹⁷⁵ Creo importante remarcar que también es distinto a la pregunta ¿debo hacer lo que prescribe la norma?, en virtud de que esta pregunta a diferencia de la anterior tiene carácter práctico.

2.5.1 Crítica a la distinción entre enunciado normativo y proposición normativa

La distinción entre enunciados normativos y proposiciones normativas es rechazada por Alchourrón y Bulygin¹⁷⁶. Ellos niegan que en el discurso descriptivo sobre el derecho tenga sentido distinguir entre dos tipos de entidades diferentes: enunciados normativos y proposiciones normativas. Aunque la forma gramatical en cada caso sea diferente, y en uno parece que se hace referencia a una acción y en el otro a la existencia de una norma, en ambos casos se expresan oraciones que tienen las mismas condiciones de verdad.

En este sentido, para Alchourrón y Bulygin los enunciados normativos como "La eutanasia está prohibida en el ordenamiento jurídico italiano", constituyen un uso elíptico del lenguaje, o una forma retórica o disfrazada para decir que en determinado sistema normativo existe una norma que prohíbe la eutanasia. Como parte del discurso descriptivo, las condiciones de verdad de este enunciado normativo son las mismas que las del enunciado que expresa la proposición normativa "En el ordenamiento jurídico italiano existe una norma que prohíbe la eutanasia". Ambos serán verdaderos si tal norma existe, y falsos si tal norma no existe en el sistema normativo de referencia. Es por esto que es importante no pasar por alto que, como se dijo, tanto los enunciados normativos como las proposiciones normativas son siempre relativos a un sistema normativo específico.

Bulygin específicamente niega que la relación que se da entre los enunciados normativos y las proposiciones normativas sea de "fundamento", como sostiene von Wright. Para Bulygin, von Wright es víctima de la ambigüedad de los enunciados normativos, los cuales son usados en función prescriptiva o

¹⁷⁶ Véase por ejemplo Bulygin E. (2003) "El papel de la verdad en el discurso normativo" en *Doxa* pp. 79-85.

descriptiva¹⁷⁷. En este sentido, sólo los enunciados normativos en función prescriptiva –i.e. que expresan una norma- pueden tener como fundamento un enunciado que expresa una proposición normativa. El ejemplo sería que ante la pregunta "¿Por qué no puedo cometer eutanasia?", la respuesta es "Porque en el ordenamiento jurídico italiano existe una norma que prohíbe la eutanasia". Es claro que de todas formas esto no es suficiente, a menos que se agregue o presuponga otra norma que mande obedecer las normas del ordenamiento jurídico italiano. Sin embargo, si los enunciados normativos son entendidos en función descriptiva (como parece ser el caso en von Wright), considerar las proposiciones normativas como su fundamento es un sinsentido, dado que sería equivalente a decir "la nieve es blanca" porque "la nieve es blanca" (BULYGIN E., 1999, 2003).

2.5.2 *Una defensa a la distinción entre enunciados normativos y proposiciones normativas.*

Alchourrón y Bulygin sólo distinguen entre normas y proposiciones normativas. Navarro denomina a este enfoque la concepción clásica de Alchourrón y Bulygin:

"Como consecuencia de este enfoque clásico, los enunciados jurídicos (las proposiciones normativas) son verdaderos o falsos ya que sus valores de verdad dependen de la existencia de la pertenencia de una norma a un cierto sistema" (NAVARRO P.E., 2012: 18).

Navarro formula una crítica a esta concepción, poniendo en cuestión que el significado de un enunciado normativo sea equivalente a una proposición normativa:

¹⁷⁷ Recuérdese que von Wright había reconocido expresamente que el término *statement*, generalmente traducido al castellano como "enunciado", era usado en un sentido técnico, es decir como un enunciado descriptivo o lo que llamaríamos una "aserción".

"la reducción de enunciados normativos a proposiciones normativas parece dejar sin explicación a por qué la existencia de una norma fundamenta un enunciado acerca de lo que se debe hacer o no hacer" (NAVARRO P.E., 2012: 22)¹⁷⁸.

Seguidamente, explica Navarro que Bulygin concede que la tesis clásica¹⁷⁹ debe moderarse, y acepta que enunciados normativos y proposiciones normativas tienen las mismas condiciones de verdad, lo cual los hace materialmente equivalentes, aunque no tengan el mismo significado.

Explica Navarro que puede sostenerse que la existencia de normas es condición necesaria para la existencia de una obligación o un deber (o una prohibición): para sostener que "En Italia está prohibida la eutanasia" es condición necesaria que haya una norma que prohíba la eutanasia. Pero que, sin embargo, de esto no se sigue que la existencia de una norma en tal sentido sea condición suficiente. Podría ser el caso, por ejemplo, de que en un sistema jurídico identificáramos normas que dan soluciones diversas a ciertos casos, o que prevén diferentes estatus deónticos para la misma acción (antinomias o contradicciones entre normas). En estos casos, la sola existencia de la norma no garantiza la verdad del enunciado jurídico que describe el estatus deóntico de la acción. Si esto es así, entonces las condiciones de verdad del enunciado jurídico tampoco son las mismas que las de la proposición normativa.

Además, Navarro sostiene que para la reconstrucción sistemática del derecho es importante no pasar por alto la distinción entre normas formuladas y derivadas. Si se entiende que un sistema jurídico, es el conjunto de normas, más

¹⁷⁸ Cf. NAVARRO P.E. 2001.

¹⁷⁹ Navarro señala que es posible ver tres versiones diferentes de la relación entre enunciados jurídicos y proposiciones normativas en la obra de Alchourrón y Bulygin, que ambos tienen el mismo significado (tesis clásica), que existe entre ambos una equivalencia material y que los enunciados jurídicos presuponen proposiciones normativas (NAVARRO P.E., 2012: 632). Véase BULYGIN E., 1999.

todas sus consecuencias lógicas, entonces se presupone que existen relaciones lógicas entre normas. Si se acepta eso, para determinar el valor de verdad de los enunciados jurídicos dado un sistema jurídico es necesario racionalizar – derivar las consecuencias lógicas de- determinada base normativa. Es por esto que para determinar el valor de verdad de los enunciados jurídicos es necesario analizar la noción de consecuencia lógica. Pero esto no es suficiente, en virtud de que los sistemas jurídicos se entienden como conjuntos de normas jerárquicamente ordenados, las acciones obligatorias se identifican no sólo por la pertenencia de las normas al sistema, sino también por su ubicación jerárquica. Este argumento muestra que no hay una relación de identidad entre enunciados jurídicos y proposiciones normativas (NAVARRO P.E., 2000, 2016)¹⁸⁰.

Consideremos un caso en el que estamos interesados en conocer el estatus deóntico de una acción, digamos A, en un sistema jurídico que presenta una antinomia o contradicción normativa. Pensemos una norma del sistema que establece que es obligatorio A, y otra que establece que está prohibido A. En este caso, sería verdadera una proposición normativa que describa que en el sistema existe una norma que obliga a realizar la conducta A, y sería también verdadera la proposición normativa que describe que en el ordenamiento jurídico existe una norma que prohíbe hacer A. Ahora bien, de una contradicción se sigue cualquier cosa los enunciados jurídicos "A está prohibido en el ordenamiento jurídico x" y "A es obligatorio en el ordenamiento jurídico x" serían trivialmente verdaderos.

Pero debemos considerar que, por un lado, como explica Navarro, los sistemas jurídicos establecen criterios de jerarquía para resolver contradicciones entre normas y, además, pueden existir otros tipos de criterios (cronológico, de competencia, de especialidad) que determinan cómo se resuelven los casos de

¹⁸⁰ Navarro sugiere que para superar esta observación y sostener la identidad entre enunciados y proposiciones normativas, puede recurrirse a la distinción entre obligaciones *prima facie* y *concluyentes* (NAVARRO P.E., 2000, 2016).

antinomias¹⁸¹. Bajo esta perspectiva, los enunciados jurídicos no sólo son el producto de la identificación de las normas que pertenecen a cierto sistema jurídico, sino producto de la sistematización del ordenamiento¹⁸².

En este contexto, como se sugiere, los enunciados jurídicos no son sólo la descripción de que una norma existe, sino de cuál sería la solución dado cierto sistema de normas que puede ser antinómico. Los enunciados jurídicos serían el producto no sólo de la identificación de normas, sino también el resultado de la sistematización de estas normas, y podría dudarse que la sistematización (donde se resuelven antinomias y lagunas) dé lugar a enunciados descriptivos sobre el derecho.

Los juristas que se detuvieran en esta discusión podrían remarcar que la identificación del derecho rara vez consiste sólo en la identificación de las normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico; ésta sería una forma simplificada de presentar la cuestión. Generalmente, la identificación del derecho consiste en la identificación de normas más las tareas de sistematización, y es por esto que es importante distinguir entre qué normas existen y cuál es el estatuto deóntico de cierta acción.

Una posible respuesta a esta idea podría ser simplemente que los enunciados jurídicos no son equivalentes a una proposición normativa que afirma la existencia de una norma en un ordenamiento jurídico, sino equivalentes a un conjunto de proposiciones sobre normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico, o como también ha sugerido von Wright, *a lo que puede deducirse* de una o

¹⁸¹ Guastini

¹⁸² Cada modelo daría una respuesta diversa a si estos enunciados son genuinamente descriptivos. Entiendo que Guastini diría que estos no son enunciados descriptivos, sino enunciados producto de la construcción jurídica, que son el producto de la actividad propositiva no cognoscitiva. En cambio Alchourrón y Bulygin, aceptarían que la sistematización de los ordenamientos jurídicos es una tarea propia de la ciencia jurídica.

varias normas¹⁸³. Por ejemplo, las dos normas antinómicas y una norma que establece el criterio cronológico como forma de resolver antinomias. La equivalencia material estaría presente entre un enunciado jurídico y un conjunto de proposiciones normativas.

2.5.3 *Enunciados de necesidad práctica*

Para von Wright existe otro tipo de enunciados, que denomina "enunciados de necesidad práctica"¹⁸⁴. Este tipo de enunciados son peculiares, en cuanto por un lado utilizan lenguaje deóntico, y por el otro pertenecen al discurso descriptivo, en cuanto puede atribuírseles valores de verdad. Como se explicó, estos enunciados expresan una proposición anankástica (analizadas en 2.1.1).

Al respecto explica von Wright:

"The statement of practical necessity is not a new norm but a true or false statement about what an agent has to do in order to fulfil his obligations. One may call the practical necessity too an 'obligation', something one ought to do. But then one must remember that this 'obligation' has a very different logical status from the primary one, the satisfaction of which requires us to act in such and such a way.

It is natural and also common to speak of the practical necessities as things which *must* or *have to* be done (for the sake of

¹⁸³ Él da el siguiente ejemplo: "Let there be a norm to the effect that it is obligatory to do p and another to the effect that whoever does p ought also to do q . From these two norms we can deduce an obligation to do q , i.e. an (actual) truth-ground of the normative statement that q ought to be done." (VON WRIGHT G.H., 1983: 69).

¹⁸⁴ Nuevamente, von Wright habla de *statements of practical necessity* y, específicamente, dice que son *statements* porque son enunciados con valor de verdad que forman parte del discurso descriptivo. En su texto en castellano "el papel de la verdad en el discurso normativo" del 2003 Bulygin refiere a esta categoría como "oraciones de necesidad práctica", para evitar usar el término "enunciado" y las complicaciones antes señaladas.

some end) rather than things which are obligatory and therefore ought to be observed. But we need not to be pedantic about the words 'must', 'ought', 'obligation' and the rest –once we keep the meanings distinct.

A useful phrase in these connections is 'to see to it that'. A conditional obligation, one could then say, enjoins (obliges) us to see to it that either the antecedent of the conditional is not or the consequent is satisfied (true)"(VON WRIGHT G.H., 2011: 7).

Me pregunto si éste es el caso también de los enunciados normativos. Es decir, si podríamos establecer una analogía entre regla técnica y prescripción, por un lado, y proposición anankástica y enunciado normativo, por el otro. Y si esto nos ayuda a comprender que los enunciados normativos *tienen como resultado que algo deba o pueda o tenga que no hacerse*¹⁸⁵.

Como vimos, las reglas técnicas se basan en una proposición anankástica que establece que algo es condición necesaria para lograr un fin. Sin embargo, parece que en el caso del derecho los papeles se invierten. Resultaría extraño que las reglas jurídicas se basaran en enunciados que expresaran una necesidad práctica, aunque contingentemente el legislador podría llevar a cabo este tipo de consideraciones¹⁸⁶. Sin embargo, los enunciados normativos podrían entenderse como una proposición anankástica que expresara qué debe llevarse a cabo a los

¹⁸⁵ Es interesante que en el trabajo en que von Wright se ocupa de estos enunciados ya no menciona los enunciados normativos. Sólo reconoce la existencia de formulaciones normativas, normas, proposiciones normativas y enunciados de necesidad práctica. Cf. VON WRIGHT G.H., 2011.

¹⁸⁶ Von Wright señala que las normas (jurídicas o no) pueden tener como fundamento o un acto de voluntad o una conexión necesaria con los fines de la acción humana. Véase VON WRIGHT G.H., 1983: 74.

fines de obedecer el derecho. Ahora bien, en este sentido parece que sí podríamos hablar de un enunciado descriptivo¹⁸⁷.

Esto parece confirmarse cuando von Wright sostiene:

"Norms primarily prescribe what ought to or may be; propositions of practical necessity state what the addressees of the norm must or may do in order to satisfy their obligations or avail themselves of their permissions" (VON WRIGHT G.H., 2011: 7).

Y, en el mismo sentido:

"The statements that the agent must or must not do this or that in order to satisfy his obligation are true (or maybe false) in relation to the norm imposing the obligation" (VON WRIGHT G.H., 2011: 8) .

No obstante, para Bulygin:

"no es nada claro cuál es el criterio para distinguir entre lo que uno debe hacer y lo que tiene que hacer para obedecer o satisfacer una norma, es decir, entre una genuina obligación y una necesidad práctica. El uso lingüístico es, como observa von Wright, más bien vacilante, pues expresiones como 'debe', 'tiene que' o 'ha de' son usadas en ambos contextos: en contexto normativo y en contexto práctico" (BULYGIN E., 2003: 84).

El ejemplo de Bulygin consiste en alguien que se encuentra sentado y se le da la orden de abrir una ventana. En este caso parece que la obligación es de abrir la ventana y no de levantarse, pero a menos que se levante no podrá abrir la ventana. Bulygin sostiene que esta persona no tiene la obligación de levantarse

¹⁸⁷ Von Wright también había sostenido que la necesidad práctica puede ser el fundamento de un enunciado normativo

pero tiene que hacerlo si quiere cumplir la obligación de abrir la ventana. Levantarse es el caso de una necesidad práctica, y el enunciado "A tiene que levantarse" es verdadero en relación a la orden. Éste es un tipo de necesidad empírica. Luego Bulygin se pregunta por los casos de necesidad lógica. En el caso de necesidad lógica, para Bulygin se trataría de una genuina obligación.

Claro que, tal vez, la cuestión sea qué entienden uno y otro por "genuina obligación", y entiendo que el análisis de von Wright parece dejar la puerta abierta para el caso de que existieran obligaciones no incondicionales, no relativas. La interpretación aquí propuesta es que la oración "El sujeto A debe abrir la ventana" puede entenderse o como una formulación normativa que busca emitir una prescripción o como un enunciado descriptivo que señala qué debe realizar un sujeto para conformarse a lo prescripto por una norma que en este caso no es expresada pero que prescribe al sujeto abrir la ventana.

En síntesis, puede decirse que según von Wright los enunciados jurídicos son en enunciados normativos descriptivos, *que tiene como resultado* que algo deba o pueda o tenga que no hacerse. Y, como se ha sugerido, son equivalentes a un enunciado de necesidad práctica en el caso en que existen normas jurídicas.

3. Propositiones normativas como proposiciones de hecho. El modelo realista

"Of all people, jurists should be best aware of the true state of affairs.

Perhaps some now are.

*Yet they will succumb to their own timorous fiction,
that a statement of 'the law' is a statement of fact"*

–J.L. Austin – *How to do Things with Words*

En el presente apartado presentaré el modelo realista. Este modelo es importante en virtud de que expresamente sostiene que la metodología necesaria para el conocimiento del derecho es aquella propia del modelo de las ciencias naturales. Sin embargo, es importante reconocer que los enfoques "realistas" sobre el derecho son múltiples y variados entre sí¹⁸⁸. Como explica Tarello, la locución "realismo jurídico" es usada de modos y en contextos muy diversos (TARELLO G., 1974 B)¹⁸⁹. En esta oportunidad se presentará el modelo que puede reconstruirse de los trabajos de Riccardo Guastini, cuyas tesis se basan principalmente en las obras de Tarello y Ross¹⁹⁰.

Fiel a la tradición analítica, Guastini entiende que la filosofía consiste en el análisis lógico del lenguaje. Consecuentemente, en relación al derecho sigue a Bobbio en cuanto toma como asunción jurídica-ontológica que el derecho es sólo un tipo de lenguaje. Por esto para Guastini la filosofía del derecho tiene como principal objeto el análisis del lenguaje jurídico, entendido éste como los

¹⁸⁸ Entre las formas más salientes encontramos el realismo jurídico escandinavo, el realismo americano y el realismo jurídico genovés. Núñez Vaquero señala expresamente la dificultad de reconstruir las características centrales del realismo jurídico, y propone una reconstrucción de cuatro modelos de realismo jurídico en relación a cómo entienden el predictivismo, cf. NÚÑEZ VAQUERO A., 2012.

¹⁸⁹ Véase, TARELLO G., 1974 B: "Realismo giuridico".

¹⁹⁰ Es interesante llamar la atención sobre el alcance del modelo aquí explicado. No se desarrolla un modelo basado en "la escuela de Génova" en virtud de que, como ha sido ya señalado en diversas oportunidades es dudoso que pueda identificarse un "realismo genovés", o que quienes se identifican con esta etiqueta sean "realistas" conforme los principios de las dos variantes tradicionales del realismo jurídico. Véase BARBERIS M., 2011: 201-215.

enunciados formulados por el legislador y, especialmente, los enunciados formulados por jueces y juristas en relación con aquéllos¹⁹¹ (GUASTINI R., 2016 B).

Para configurar este tercer modelo es útil comenzar con las consideraciones de Tarello, quien adscribe a esta forma de realismo jurídico las siguientes tesis:

a) el derecho no tiene autonomía real y no puede distinguirse ni real ni formalmente de la restante "realidad";

b) el objeto de conocimiento jurídico es la realidad *tout court*, es decir hechos (no una realidad *jurídica*);

c) por esto, también las normas, la costumbre, los hábitos interpretativos son objeto de conocimiento y de la ciencia jurídica como hechos;

d) entre los "hechos", objeto de la ciencia jurídica, tienen mayor relevancia la regularidad de comportamiento de los miembros de la sociedad;

e) como el objeto de conocimiento es la realidad así entendida, el método de la ciencia jurídica coincide con el método de las otras ciencias (naturales y sociales) (TARELLO G., 1974 B: 54).

Asimismo, en este modelo el realismo jurídico es también una teoría de la interpretación jurídica. Conforme a ésta, (y siempre siguiendo a Tarello), las soluciones institucionales a las controversias jurídicas típicas se encuentran analizando las soluciones concretas de casos concretos. Estas soluciones dadas en casos concretos, constituyen los hechos (o parte de los hechos) objeto de la ciencia jurídica. Estos hechos (las soluciones dadas a casos concretos) son estudiados con el método empírico.

Explica que, por esto, "tra la soluzione istituzionalizzata di controversie e gli eventuali enunciati precettivi preesistenti o coesistenti non si dà rapporto necessario ma solo rapporto possibile" (TARELLO G., 1974 B: 70). Para esta forma de

¹⁹¹ Cabe aclarar que Guastini también contempla la actividad de la filosofía del derecho como análisis o taller conceptual, tarea que entiende compatible con esta concepción de análisis del discurso jurídico o "metajurisprudencia", pero, sin embargo, reducible a un segundo plano. Véase por ejemplo, GUASTINI R., 2016 B.

realismo jurídico, antes de la individualización y la aplicación de una norma no es posible realizar aserciones que no sean la expresión de una ideología (TARELLO G., 1974 B: 70).

Esto se explica en el mismo sentido que se señaló en el primer capítulo, en virtud de que este modelo adopta una posición escéptica respecto de la interpretación. Interpretar es atribuir significado a un texto¹⁹². Antes de la interpretación de las fuentes del derecho, las disposiciones o formulaciones de normas no expresan un significado determinado, por lo que cuando se quiere conocer qué es lo que las fuentes del derecho establecen, la actividad que se lleva a cabo es la de atribución de un significado a ciertos textos. Puede haber una actividad cognitiva de recopilación de los usos estables (si es que los hubiere), pero finalmente el intérprete debe decidir y atribuir un significado. En este sentido, el enunciado que expresa que determinada fuente del derecho expresa la norma N1 no puede ser considerado verdadero o falso¹⁹³. El punto central es que la actividad de recabar normas de las fuentes del derecho es un acto de voluntad y no de conocimiento. Por lo tanto, los enunciados que describen cuáles son las normas que pertenecen a un sistema jurídico en función cognitiva no pueden ser los enunciados producto de la interpretación, sino aquellos enunciados que recogen todas las interpretaciones posibles (que efectivamente se dan) de las fuentes del derecho¹⁹⁴.

¹⁹² Cf. GUASTINI R., 2011: 4-6.

¹⁹³ *Ibid.*: 35.

¹⁹⁴ Es importante aclarar que Guastini no sostiene que antes de la interpretación no existe ningún significado, por el contrario, lo que sostiene es que no existe sólo uno. En este sentido no cualquier significado es admisible, sino aquéllos admitidos por los usos lingüísticos, los métodos interpretativos en uso y la dogmática. En virtud de esto adopta un escepticismo moderado que le permite trazar la distinción entre interpretación y construcción jurídica. Cf. GUASTINI R., 2011: 424-426.

3.1 El concepto de norma

Guastini explica que en el uso común "norma" hace referencia a los enunciados que los juristas encuentran en las fuentes. Sin embargo, en el ámbito teórico distingue dos sentidos diferentes en que se habla de normas. Uno es un sentido estricto y otro un sentido amplio o genérico (GUASTINI R., 2016 A).

En sentido estricto, las normas son entendidas como prescripciones (órdenes), condicionales¹⁹⁵, generales¹⁹⁶ y abstractas¹⁹⁷. Éstas son las denominadas "reglas de conducta", que como característica saliente podemos decir que pueden ser obedecidas o violadas. Mientras que, en un sentido amplio, las normas no son prescripciones. Bajo esta perspectiva las normas pueden asumir variadas funciones pero siempre relacionadas con las normas en sentido estricto, es decir con las prescripciones¹⁹⁸.

Volviendo al sentido estricto y recordando que en el primer capítulo se explicó que Alchourrón y Bulygin reconocían tres sentidos en que se habla de normas (norma-comunicación, norma-promulgación y norma-*lekton*), podemos ver cómo análogamente Guastini también distingue entre prescripciones en cuanto a acto, prescripciones como enunciados y prescripciones como significados¹⁹⁹. Este último es el sentido relevante para nuestro modelo, las normas son prescripciones entendidas como el contenido del acto de prescribir, como el significado de un

¹⁹⁵ Explica Guastini que las prescripciones pueden reconstruirse con la forma de enunciados condicionales. Por ejemplo: "Si alguien comete un acto de eutanasia, entonces deberá ser castigado".

¹⁹⁶ Significa que el objeto de la regla es una clase de supuestos de hecho (GUASTINI R., 2016A: 53).

¹⁹⁷ Con esta característica se hace referencia a que las normas no sean retroactivas, es decir que regulan supuestos de hecho futuros (GUASTINI R., 2016A: 55).

¹⁹⁸ Entre estas normas encontramos, por ejemplo, conforme la enumeración de Guastini: normas de competencia (confieren poder para crear y abrogar prescripciones); normas permisivas (abrogan o derogan prescripciones preexistentes, prohíben la creación de prescripciones futuras); normas definitorias (precisan el significado de los términos en que se formulan otras prescripciones); normas interpretativas; normas de reenvío; normas sobre la eficacia de normas; normas sobre conflictos entre normas (GUASTINI R., 2016 A).

¹⁹⁹ GUASTINI R., 2016 A: 50-51.

enunciado prescriptivo (GUASTINI R., 2016: 51). Es necesario agregar que este significado es el producto de la interpretación de estos enunciados prescriptivos (disposición normativa o formulación normativa).

En este sentido él afirma:

"Una norma es por tanto, una entidad 'similar a una proposición', pero no en el sentido de que tiene una existencia atemporal, sino sólo en el sentido de que, al igual que una proposición, no debe ser confundida con el enunciado que la expresa. Una norma no es otra cosa que el significado de un enunciado, o bien un enunciado interpretado, o, si se quiere, la interpretación-producto de un enunciado" (GUASTINI R., 2018 B: 4).

3.2 Existencia de normas

Recordemos que para Guastini el denominado problema ontológico de las normas, que tradicionalmente se resolvía en las dos concepciones, hilética y expresiva, puede entenderse como dos tipos de problemas diferentes. Uno es en qué condiciones podemos decir que una norma existe, es decir su génesis, y otro qué tipo de entidad es una norma, su naturaleza²⁰⁰.

Como vimos, la existencia de normas está íntimamente relacionada con el concepto de norma adoptado, así que según sea el concepto de norma que consideremos, diversa será la forma en que se entienda su existencia. A los fines de la construcción del modelo, se ha visto cómo las normas son entendidas como significados. Las normas en esta perspectiva necesariamente presuponen un enunciado, una formulación, de la cual ellas son su interpretación²⁰¹. Estos enunciados son producto de actos de prescripción.

²⁰⁰ Véase GUASTINI R., 2018 B.

²⁰¹ A excepción de la costumbre, que no requiere formulación.

En este modelo expresamente se rechaza que existan entidades no sensibles como "normas" o "significados", pertenecientes al mundo del "deber ser" o "tercer mundo" (en el sentido de Karl Popper). Sin embargo, para Guastini los realistas podrían coincidir en ver el derecho como un conjunto de normas. Pero aquí las "normas" se conciben como hechos sociales ordinarios (GUASTINI R., 1998). El hecho es que se han atribuido determinados significados a las fuentes del derecho.

Es importante resaltar que en este modelo el interés está dado en el análisis del lenguaje jurídico: aquí la distinción entre el discurso asertivo y el discurso prescriptivo se establece bajo la perspectiva teórica según la cual "ser" y "deber ser" son dos funciones o categorías del lenguaje y no de distintos tipos de entes. Esta perspectiva niega o rechaza que "el deber ser" o "los valores" existan en la realidad, es decir que del "deber ser" haya una ontología (TARELLO G., 1974 B: 369).

Podríamos intentar simplificar la posición y resumirla sosteniendo que en este modelo las normas son significados, y que la existencia de normas depende de un acto de prescripción y de una interpretación que le atribuya significado.

3.3 Descripción de normas

Para Guastini la descripción en general es una actividad cuyo resultado pretende ser un enunciado perteneciente al discurso descriptivo, es decir un enunciado del cual se puede predicar su verdad o falsedad. Explica que en el discurso común describir significa indicar las propiedades relevantes, en concordancia con el segundo sentido que propusimos de descripción de normas.

Respecto de las normas, estas propiedades pueden ser varias –el acto de su formulación, su promulgación, su validez en el ordenamiento, su efectividad, etc.- según el contexto del discurso. A cada tipo de propiedad relevante corresponden enunciados de distinto tipo, no todos genuinamente descriptivos. Guastini ejemplifica que un enunciado sobre el valor de justicia de una norma es un juicio

de valor, razón por la cual no puede ser ni verdadero ni falso. De todas formas señala, y en esto sigue a Tuzet²⁰², que estos enunciados no describen normas sino estados de cosas relativos a una norma. Agrega que casi todos estos estados de cosas consisten en la relación de una norma con otra norma, son “estados de cosas” normativos (o institucionales) –exceptúa de esto a los enunciados sobre la efectividad. Aquí Guastini manifiesta su tesis:

“Nessuno di essi descrive proprietà deontiche di azioni, o un enigmatico, ‘dover essere’, o un non meno enigmatico ‘status deontico’, giacché tutti, per ipotesi, vertono su norme, ed eventualmente su norme di condotta, ma non sulla condotta stessa deonticamente qualificata. Contrariamente ad un modo di vedere diffuso, è quanto meno dubbio che gli enunciati che pretendono di descrivere le proprietà deontiche di azioni ammettano una interpretazione descrittiva.”

Sin embargo, no debe perderse de vista que cuando definimos norma, se expresó que ésta puede entenderse como el producto del acto de prescribir, el enunciado producto de este acto o el significado que se atribuye mediante la interpretación a este enunciado. Algunas de las características que Guastini considera que pueden referirse a las normas (promulgación) describen el acto de prescribir.

Sin embargo, como se vio, en este modelo las normas son entidades del lenguaje, son interpretaciones, es decir, son el producto de la interpretación de un enunciado normativo (no necesariamente interpretación decisoria sino también cognitiva). Es por esto que Guastini explica que no se puede hablar de una norma sin formularla. Como consecuencia el enunciado que describe normas es

²⁰² Véase TUZET G., 2015.

necesariamente un enunciado meta-lingüístico cuyo lenguaje objeto es la formulación de la norma escrita (descripta).

El enunciado descriptivo meta-lingüístico producto de la descripción o la actividad cognitiva consistiría en constatar cuáles son las interpretaciones vigentes de la formulación normativa. Por esto, podemos sostener que para Guastini la descripción de normas es la descripción de la "interpretación vigente", es decir el modo en que los textos son efectivamente interpretados.

3.4 Proposiciones normativas

Guastini reconoce la distinción entre normas y proposiciones normativas. La comprende como una consecuencia de distintos tipos de actos ilocucionarios. Así, un enunciado deóntico puede usarse para expresar una norma o una proposición normativa. En el primer caso carece de valor de verdad, mientras que cuando expresa una proposición normativa es veritativo-funcional (GUASTINI R., 2014: 332).

Las proposiciones normativas son proposiciones que versan sobre normas. En principio, para Guastini éstas pueden ser referentes al contenido de una norma o a determinadas propiedades de normas (la norma N existe; la norma N fue promulgada; la norma N pertenece al sistema normativo S; la norma N es válida en el sistema jurídico S; la norma N está vigente; la norma N se aplicó en el caso C²⁰³). Si la proposición normativa se refiere al contenido expresa "Según la norma N, está prohibido *p*". Como vimos, este tipo de enunciado sería un enunciado interpretativo, que adscribe significado a una determinada disposición de las fuentes del derecho y que por lo tanto no sería un enunciado verdadero o falso.

Explica Guastini que si las proposiciones normativas se entienden como proposiciones que expresan ciertas propiedades de las normas, tales como validez o eficacia, éstas no pueden ser consideradas sino propiedades que dependen de

²⁰³ GUASTINI R., 2018: 153.

ciertos hechos empíricos. Así, por ejemplo, si la proposición normativa versa sobre la existencia de una norma, la verdad dependerá de que se haya promulgado la norma en cuestión en el ordenamiento jurídico. O, si la proposición normativa indica que una norma pertenece al sistema normativo, su verdad dependerá de un conjunto de hechos complejos que pueden incluir las creencias de ciertos individuos.

Sin embargo, si la propiedad que se predica de la norma es su validez, entendida como obligatoriedad o fuerza vinculante, entonces la proposición normativa no podría ser entendida como verdadera o falsa, i.e. no es una proposición normativa. En este caso se expresaría la suscripción o aceptación práctica respecto de la norma en cuestión y por lo tanto este tipo de enunciados no son verdaderos o falsos. Por esto, para Guastini, quienes entienden que las proposiciones normativas son proposiciones del deber ser yerran²⁰⁴. Los enunciados deónticos de "obligación" o de "derecho", como enunciados deónticos sólo podrían entenderse como enunciados interpretativos de disposiciones normativas o enunciados sobre la validez (entendida como fuerza obligatoria) de una norma. Ambas opciones no pueden ser llevadas a cabo por enunciados descriptivos que expresen una proposición verdadera o falsa²⁰⁵.

Ahora bien, en relación a las proposiciones normativas sobre la existencia de normas, creo que conforme al concepto de norma adoptado (contenido de significado de un enunciado prescriptivo) y, en virtud de que sólo ciertos hechos pueden ser el fundamento de verdad de las proposiciones normativas, la verdad dependerá no sólo de que haya tenido lugar el acto de promulgación, sino también de haya ocurrido al menos una interpretación del mismo que le atribuyera un

²⁰⁴ Guastini rechaza la idea de que las proposiciones normativas son proposiciones de deber. Y critica específicamente la idea de Kelsen de que las normas pertenecen al reino del deber ser y por lo tanto los enunciados que las describen no pueden ser enunciados fácticos. Véase al respecto GUASTINI R., 2014: "Proposiciones Normativas" pp. 317-336.

²⁰⁵ Véase GUASTINI, R., 1998; 2012.

significado. En este caso puede describirse el hecho de la promulgación y cuál ha sido tal interpretación.

3.5 Enunciados jurídicos

En relación a los enunciados jurídicos Tarello sostiene que pueden verse distintos niveles en los que señalar si el discurso pertenece a un discurso asertivo o a uno prescriptivo: nivel de los enunciados (forma gramatical), nivel de las proposiciones (significado), nivel de las enunciaciones (fuerza o uso) (TARELLO G., 1974 B: 372). En el mismo sentido, Guastini explica que puede analizarse la distinción entre lenguaje prescriptivo y descriptivo en un nivel sintáctico, pragmático y semántico. Estos dos últimos niveles son los que más nos interesan.

En el nivel pragmático señala Guastini que describir y prescribir son diferentes actos del lenguaje con funciones diferentes. El primero formula y transmite creencias, mientras que el segundo dirige o busca influir sobre la conducta humana. Es por esto que un enunciado con la misma forma gramatical puede ser usado en un acto de lenguaje con una función descriptiva y en otro con una función prescriptiva (GUASTINI R., 2016 A).

En el nivel semántico el lenguaje prescriptivo se distingue del descriptivo en cuanto su significado es diferente en uno y otro caso²⁰⁶. Guastini explica que los enunciados del tipo "Quien comete un acto de eutanasia debe ser castigado" y "Quienes cometen actos de eutanasia son castigados" no se diferencian en su *referente*, sino en su *sentido*. Refieren al mismo estado de cosas pero de dos modos distintos. El primer enunciado expresa una norma a la cual, como ya explicamos, no puede atribuirse valor de verdad, y el segundo, enunciado expresa una proposición, que puede considerarse verdadera o falsa. Otra forma de presentar la

²⁰⁶ Debe notarse que aquí la distinción entre aspectos pragmáticos y semánticos difiere de la presentada en el capítulo I, donde el tipo de acto ilocucionario, el uso en un contexto determinado hace parte del significado del enunciado.

diferencia es mediante la idea de dirección de ajuste: los enunciados prescriptivos tienen una dirección de ajuste lenguaje-a-mundo, mientras que los descriptivos tienen una mundo-a-lenguaje.

En este modelo, el lenguaje jurídico está compuesto por enunciados normativos o prescriptivos. ¿Qué significa al interno de una teoría realista que son enunciados normativos? Significa que son enunciados formulados con una función pragmática particular: prescribir. No me detendré en esto, sólo me interesa resaltar que la característica de este tipo de enunciados es que, como ya vimos en los apartados anteriores, carecen de valor de verdad, a diferencia de los enunciados propios del lenguaje descriptivo, y que su dirección de ajuste es lenguaje a mundo.

Ahora bien, en la introducción de este trabajo me preguntaba: ¿está permitida la eutanasia en el ordenamiento jurídico italiano? Si la respuesta a esta pregunta es del tipo: a) confirmar o repetir una norma, dando el propio consentimiento; o b) describir el contenido de una norma, es decir afirmar que existe una norma con determinado contenido (como es el caso del tipo de respuestas dadas por los jueces), entonces para este modelo, en ambos casos, se trata de respuestas prescriptivas, sin valor de verdad. Así, el enunciado "En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia", en el contexto de la práctica jurídica expresa o bien un imperativo, o bien una iteración de un imperativo, un "eco".

Este tipo de enunciados no son aptos para la construcción de un discurso descriptivo sobre el derecho. Específicamente, el discurso propio de la "ciencia jurídica", según uno de los dos sentidos que puede atribuirse a este vocablo, es un discurso del tipo descriptivo, cognoscitivo y valorativamente neutro. Este tipo de discurso debe construirse mediante enunciados declarativos -i.e. enunciados con valor de verdad.

Como vimos, Guastini también acepta la ambigüedad propia de los enunciados del tipo "En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia". Estos enunciados o bien son prescriptivos o bien pueden proferirse con el objeto de aseverar, es decir de dar cuenta del contenido de un determinado sistema jurídico.

Es en este punto que podemos encontrar dos caminos respecto de los enunciados jurídicos que describen el ordenamiento jurídico en este modelo. Por un lado, Guastini trata el tema de los enunciados deónticos en función cognitiva y explica que específicamente el debate respecto de su significado se ha desarrollado en torno a los enunciados de obligación. Señala que existen dos tesis respecto del significado de estos enunciados: la tesis predictiva y la tesis normativa. Él sigue, como veremos seguidamente, la primera tesis, y rechaza la tesis normativa²⁰⁷.

Los enunciados deónticos interpretados como descriptivos, conforme la tesis predictiva, expresan una proposición compleja cuyo valor de verdad dependerá de la efectiva producción de determinados hechos, y una suerte de predicción de la futura instanciación de estos hechos. Retomando el ejemplo, la forma extendida o paráfrasis del enunciado "En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia", conforme la tesis predictiva (abrazada por el realismo jurídico) sería un enunciado del tipo:

"En el ordenamiento jurídico italiano los jueces resuelven imponer sanciones de reclusión a quien realizan actos materiales tendientes a finalizar la vida de otra persona, aun con su consentimiento, por lo

²⁰⁷ Así el significado de un enunciado de obligación para la tesis normativa es el de un enunciado existencial sobre normas.

que es probable que de darse un caso con estas características los jueces sigan resolviendo en el mismo sentido"²⁰⁸.

Bajo esta perspectiva, la ciencia jurídica no describe las normas de un determinado sistema jurídico o, como Guastini llama, un enigmático "deber ser", sino un cierto tipo de hechos; a saber, actos de conformidad pasada a determinadas prescripciones y cálculos de probabilidad de reiteración.

Son reconocidos por el propio Guastini los problemas a los que la tesis predictiva se enfrenta, generalmente derivados de no dar cuenta del uso que se hace de este tipo de enunciados en los contextos jurídicos. A saber, la distinción entre tener una obligación y verse obligado, la compatibilidad entre tener una obligación y la falta de probabilidad de un castigo ante el incumplimiento, el carácter de prescripción normativa del realismo jurídico, entre otros (GUASTINI R., 2016)²⁰⁹.

Sin embargo, otra posible interpretación para los enunciados deónticos que se presentan como descriptivos es que éstos expresan que determinadas normas pertenecen a o existen en el ordenamiento jurídico. En *La Sintaxis del Derecho*, Guastini explica que existen al menos cuatro usos posibles de los enunciados deónticos: enunciar una norma; confirmar o repetir una norma dando el propio consentimiento (enunciados en función práctica); describir el contenido de una norma, es decir afirmar que existe una norma; y, finalmente, formular hipótesis de que existe una norma (GUASTINI R., 2016 A: 71).

²⁰⁸ Soy consciente de que la forma expandida, debería ser aun más compleja, y que mi ejemplo podría criticarse, ya que parece una especie de caricatura. Sin embargo, creo que es suficiente para ilustrar el sentido de las proposiciones normativas expresadas por este tipo de enunciados.

²⁰⁹ Un punto interesante es que Guastini expresa que hay una relación necesaria entre obligación y sanción. Si no hay probabilidad de sanción, no puede hablarse de que estemos frente a una obligación. Si recordamos, la relación entre obligación y sanción también es necesaria en el modelo kelseniano. Sin embargo, aquí la necesidad es radicalmente diferente. No se trata de una probabilidad empírica, dado que el acto antijurídico y la sanción están unidos por una relación de imputación; la relación es de deber.

En relación con un enunciado jurídico sobre la existencia de normas la metodología realista diría algo como lo siguiente:

"En el ordenamiento jurídico italiano la mayoría de las veces los jueces y la doctrina interpretan que la fuente F1 expresa la norma N1, rara vez la norma N2, y solo alguna vez la norma N3, por lo que es probable que si las demás interpretaciones siguen estables ellos sigan interpretando en el mismo sentido".

Es decir que éste es el sentido que un enunciado del tipo "En el sistema jurídico italiano existe la norma N1" tiene para un realista interpretado en función cognoscitiva o descriptiva. Existe cierta similitud entre la forma en que la teoría predictiva explica el significado de los enunciados de obligación o deónticos y cómo esta forma de realismo entiende el significado de los enunciados en función cognoscitiva sobre la existencia de normas.

4. Propositiones normativas sistemáticas: el modelo de Alchourrón y Bulygin

La obra de Alchourrón y Bulygin es vasta, al igual que la de los autores analizados en primer lugar. En este caso ambos autores han desarrollado su producción filosófica en forma conjunta y, como ellos mismos explican en la introducción de *Análisis Lógico y Derecho*, algunas de las obras cuya autoría se atribuye a uno de los dos, dado sus coincidencias teóricas, pueden ser consideradas como frutos del mismo creador.

En esta oportunidad se construirá un modelo basado principalmente en el trabajo *Normative Systems* del año 1971, que marca el inicio de una tradición en la teoría del derecho analítica (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987)²¹⁰. Muchos aspectos han sido luego desarrollados y perfeccionados en trabajos posteriores, los cuales serán señalados oportunamente.

Uno de los aspectos centrales de la obra de Alchourrón y Bulygin es la importancia del análisis lógico. Así el uso de la lógica formal deductiva asume un papel predominante "...para el análisis filosófico en general y para el estudio de las normas y de los sistemas normativos en particular" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1991: XIX). Es por esto que su preocupación por el problema de la relación entre normas y lógica adquiere gran importancia. Puede verse cómo, por ejemplo, un instrumento central de sus análisis es la distinción entre normas y proposiciones normativas, y cómo muchos de sus trabajos están destinados al desarrollo de una lógica de normas o una lógica de proposiciones normativas (según el período).

En *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, su objetivo es realizar una reconstrucción racional de la actividad de la dogmática o ciencia

²¹⁰ Las referencias en esta investigación se remiten a la versión en castellano *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, de 1975, en su edición de 1987.

jurídica²¹¹. Su obra busca reconstruir las pautas y los procedimientos que los juristas usan para justificar sus aserciones²¹².

Para Alchourrón y Bulygin la actividad científica consiste en la búsqueda de una explicación racional de ciertos fenómenos u objetos. Tales explicaciones son distintas en las ciencias formales, empíricas y normativas. Mientras que en las ciencias formales se hacen pruebas o demostraciones –i.e. se deducen por reglas de inferencia un teorema de axiomas–, en las ciencias empíricas se busca una explicación causal en relación a leyes generales.

Para explicar la conducta humana puede recurrirse a diversos tipos de explicación. Hay explicaciones de tipo causal, como ocurre con la psicología, la sociología, etc. Y también, podemos interrogarnos

"acerca del 'porqué' de la calificación deóntica de una conducta. En tal caso, lo que interesa *no es el hecho* de la conducta, sino su status normativo de acuerdo con un cierto sistema u orden normativo. No se interroga por qué X hizo A, sino por qué X *debe o no debe o puede* hacer A. La respuesta apropiada a esta pregunta no consiste en la explicación causal del hecho de la acción, sino en indicar las razones que hay para decir que la acción es obligatoria, permitida o prohibida. Esta es una forma especial de explicación racional que llamaremos *justificación normativa*. Son las *ciencias normativas*, como la ciencia del derecho o la ética, las que se ocupan de la justificación normativa" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 229).

²¹¹ Puede verse cómo Alchourrón y Bulygin usan en esta obra los términos "dogmática" y "ciencia jurídica" como sinónimos (ver por ejemplo pág. 127). Aspecto que como ya se vio en el capítulo I, es rechazado por Guastini, para quien esto se presta a confusiones atento que la dogmática tiene una función eminentemente política y no cognitiva.

²¹² Alchourrón y Bulygin explican: "Por otra parte no hay que perder de vista que la metodología no se ocupa de la descripción de los procesos psicológicos que ocurren en la mente del científico, sino de la reconstrucción racional de los procedimientos lógicos mediante los cuales el científico justifica sus aserciones" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 112).

De esta forma, la ciencia jurídica es caracterizada como una ciencia normativa, marcando una diferencia tanto con las ciencias formales como con las ciencias empíricas –aun bajo el presupuesto por ellos aceptado que sostiene que ninguna ciencia puede seguir solamente un método empírico²¹³. La ciencia jurídica se ocupa de la justificación normativa, de la calificación deóntica, de determinadas conductas (es decir, de lo que ellos denominan solución). En otras palabras, que una conducta X en determinadas circunstancias sea obligatoria o esté, prohibida o permitida en un sistema normativo.

Alchourrón y Bulygin buscan utilizar los avances que surgen en otras ramas de la ciencia y aplicarlos a la ciencia jurídica, para poder explicar de la mejor forma posible la actividad de la dogmática. Entre los avances más importantes puede mencionarse el avance en lógica simbólica, y un gran desarrollo y mayor rigurosidad de la idea de deducción. Explican que tales desarrollos ha producido una reducción de la distancia entre las ciencias formales y las empíricas, dado que en ambos tipos de ciencia pasa a ocupar un lugar central la deducción. Bajo este presupuesto, la distinción entre ambos tipos de ciencias se asienta en la forma en que se identifican los enunciados que forman la base para realizar tal deducción.

Respecto de los cambios en la metodología de la ciencia jurídica, Alchourrón y Bulygin explican cómo la ciencia jurídica bajo las concepciones racionalistas de derecho natural era considerada eminentemente racional. Se consideraba evidente la verdad de los enunciados base de los sistemas normativos, por lo que éstos no necesitaban prueba alguna. De estos enunciados autoevidentes podían inferirse el resto de los enunciados normativos verdaderos.

²¹³ Explican que los problemas diferentes necesitan distintos métodos. Generalmente se suele dar primacía a un solo tipo de cuestión, la empírica o la de sistematización, dando lugar al empirismo o realismo, o al racionalismo o formalismo.

Un cambio se produce con la codificación, donde la verdad de los enunciados que conformaban los ordenamientos jurídicos dependía de su efectiva producción por el legislador humano. Aun así,

"A pesar del abandono del Postulado de la Evidencia, la dogmática jurídica continúa siendo una ciencia racional, no empírica. La experiencia como fuente de la verificación de las proposiciones científicas no tiene cabida en la ciencia dogmática; el interés del jurista se dirige hacia la deducción de las consecuencias de sus 'dogmas', sin preocuparle mucho el 'contenido real' de sus enunciados. Lo importante no es lo que los hombres (inclusive los jueces) hagan en la realidad, sino lo que deben hacer de conformidad con las normas legisladas. No es de extrañar, pues, que las propiedades formales del sistema, tales como la coherencia, la completitud y la independencia de sus axiomas, absorban gran parte del interés del jurista dogmático" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 90/91).

Esta perspectiva cambia en la primera mitad del siglo XX cuando nace el interés por desarrollar una ciencia jurídica de base empírica. Los autores explican que, como reacción ante la idea de concebir la ciencia jurídica como un sistema deductivo, el empirismo o realismo rechazaba la idea de sistema y sistematización. Esta corriente pretende que la verdad de los enunciados de la ciencia jurídica sea verificada con los mismos métodos que las demás ciencias empíricas –i.e., observación de hechos empíricos (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987:91). En este sentido expresan:

"Los movimientos realistas han constituido en general una reacción bastante saludable contra ciertos excesos formalistas de los

dogmáticos. Pero, contemplada desde el punto de vista de la metodología científica moderna su actitud es mucho menos revolucionaria de lo que pudiera parecer a primera vista. **Lejos de superar el viejo ideal de la ciencia, lo que los realistas pretenden hacer es simplemente sacar la ciencia jurídica de la categoría de las ciencias racionales y pasarla a la de las ciencias empíricas, entendidas ambas a la manera tradicional.** Más aún: el rechazo de la idea misma de sistematización (es decir, de la estructura deductiva de la ciencia jurídica) revela justamente que su concepción de sistema es la misma que la de los dogmáticos (pues tanto unos como otros comparten la 'concepción clásica' del sistema). Como el ideal de la ciencia racional está vinculado con el viejo concepto de sistema, el rechazo del carácter racional de la ciencia jurídica por los realistas los lleva al rechazo de la sistematización. **Pero como ya tuvimos oportunidad de señalar, el carácter empírico de una ciencia no es en modo alguno incompatible con su estructura deductiva. La sistematización de sus enunciados es –en la concepción moderna– una de las tareas fundamentales de toda ciencia, tanto formal como empírica. La diferencia entre ambos tipos de ciencia consiste sobre todo en los criterios de selección de sus enunciados primitivos, no en la deducción de los enunciados derivados"** (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 91/92).

Esto es lo que lleva a Alchourrón y Bulygin a abandonar la concepción clásica de la ciencia y adoptar el nuevo ideal de sistema en el ámbito jurídico. De esta forma explican la actividad de sistematización que desarrolla la dogmática y muestran cómo la ciencia del derecho se enfrenta tanto a problemas empíricos como lógicos.

No es de sorprender entonces que, bajo esta luz, adquiriera un rol central la noción de sistema normativo²¹⁴. La noción de sistema normativo se convierte en el objeto central de estudio de la ciencia jurídica. Los sistemas normativos están formados por un conjunto finito de enunciados que conforman la denominada base axiomática o base del sistema, más la totalidad de sus consecuencias lógicas. Estas consecuencias dependen a su vez de cuáles son las reglas de inferencia que la ciencia del derecho estime admisibles²¹⁵. Se considera que la principal actividad de la ciencia jurídica es la sistematización del derecho, que consiste en la deducción de las consecuencias lógicas que se derivan de determinado conjunto de enunciados normativos²¹⁶.

Alchourrón y Bulygin distinguen dos momentos distintos de la ciencia jurídica; en cada uno se presentan distintos tipos de problemas y se siguen

²¹⁴ La noción de sistema es una noción general, pero un sistema será "normativo" cuando al menos uno de los enunciados que conforman su base sea una norma.

²¹⁵ Así por ejemplo, si se cambia la base del sistema o se cambian las reglas de inferencia, las consecuencias cambian también y por ende cambia el sistema normativo.

²¹⁶ Esta posición ha sido objetada en diversas ocasiones (Raz; Marmor; Atienza). Rodríguez argumenta contra dos de las críticas que se han formulado al carácter de sistema "deductivo". La primera crítica considera el caso de los sistemas jurídicos incoherentes o antinómicos. Uno de los principios lógicos muestra que de una contradicción puede derivarse cualquier consecuencia. Entonces, de un sistema normativo incoherente puede derivarse cualquier norma. Este tipo de sistemas jurídicos sería inútiles para guiar la conducta, dado que toda conducta sería permitida, prohibida y obligatoria al mismo tiempo. Sin embargo, Rodríguez explica que esta crítica se basa en una ambigüedad en su formulación. Si consideramos, como lo hacen Alchourrón y Bulygin, que las normas son enunciados de forma condicional (no trabajan con normas categóricas), entonces lo que un sistema incoherente presenta son normas condicionales con una contradicción en sus consecuentes. Por ejemplo la norma: $A \rightarrow (B \wedge \neg B)$. De esta forma en los sistemas incoherentes o antinómicos solo en determinados *casos* puede derivarse cualquier solución normativa, pero no para todo caso.

La segunda objeción es que, bajo la perspectiva de los sistemas jurídicos como sistemas deductivos, asume prioridad explicativa el concepto de sistema jurídico sobre el concepto de norma jurídica. Así, "norma jurídica" es todo enunciado que pertenece a un sistema jurídico. Este a su vez se define como un sistema normativo donde al menos uno de los enunciados que lo conforman sea una norma que establece una sanción. Si esto es así, no se puede distinguir el derecho de otros sistemas normativos que prevean sanciones. Explica Rodríguez que, efectivamente, como también señalan Alchourrón y Bulygin para definir sistema jurídico es necesario recurrir a "estipulaciones adicionales". Rodríguez propone no caracterizar el derecho a nivel de las normas, ni al nivel del sistema, sino considerando una secuencia de sistemas. Véase, RODRÍGUEZ J. L., 2002.

métodos diversos. El primer momento es la identificación de normas –i.e. de enunciados normativos, según su terminología- que forman la base del sistema normativo y, el segundo es la sistematización de estas normas, es decir la derivación de sus consecuencias lógicas.

En *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* no hay un desarrollo profundo del primer momento, los autores sólo se limitan a decir que la identificación de las normas es una actividad de carácter empírico. Se exige que los enunciados identificados que **forman la base del sistema sean verdaderos**²¹⁷. Esta característica es para ellos importante porque niegan el carácter *creador* de la dogmática. La ciencia jurídica no puede elegir cualquier enunciado como base. En otras palabras, ante la pregunta por cómo es regulada deónticamente una acción determinada en un ordenamiento jurídico específico, la dogmática selecciona las normas relevantes para ver qué solución prevé el derecho para resolver un caso específico. Al respecto sostienen: "El jurista no crea la base; se encuentra –una vez realizada la tarea de identificación- frente a una base dada" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 126)²¹⁸.

Numerosos interrogantes han surgido sobre la identificación de normas. Sobre todo porque en este primer trabajo los autores no presentan una teoría de la interpretación, y no puede leerse con claridad cómo entienden el paso de la identificación de las fuentes del derecho a los enunciados normativos base del sistema. En algunos pasajes parecen sugerir, dada la metodología empírica citada, que ésta es una actividad cognitiva, mientras que en otros hacen expreso el hecho

²¹⁷ En este pasaje resulta extraña la terminología empleada, dado a que como normas éstas no pueden tener valor de verdad, y la sistematización se realiza específicamente sobre normas. Lo que puede interpretarse es que buscaban poner el acento en que no cualquier enunciado normativo podía formar parte de la base, sino sólo los enunciados válidos, y que ésta no es una elección libre del intérprete.

²¹⁸ A diferencia de Kelsen, Alchourrón y Bulygin no presentan una propia epistemología jurídica; y, a diferencia de los realistas no presentan una teoría de la interpretación.

de que el intérprete pueda escoger entre los diversos significados que un texto legal puede asumir.

El único indicio que dan en esta primera etapa es que este significado se identifica siguiendo un método empírico²¹⁹. Esta posición, parece luego modificarse en trabajos posteriores donde los autores adoptan una teoría de la interpretación mixta o intermedia, que podría decirse *a la Hart*²²⁰.

El segundo momento es el más desarrollado. Consiste en la sistematización de estas normas identificadas, es decir la derivación de sus consecuencias lógicas y la reformulación del sistema. Nuevamente aquí el acento está puesto en que la ciencia del derecho en esta etapa tampoco crea derecho, la función es meramente cognitiva²²¹. Dentro de la sistematización encontramos la derivación de las consecuencias de la base, que consiste en presentar cuáles serían las normas implícitas (porque son consecuencias lógicas de las normas ya identificadas), y la reformulación del sistema de forma que el sistema sea más manejable, pero donde no se puede cambiar las consecuencias lógicas propias del sistema²²². Dado que la identidad del sistema depende de las consecuencias lógicas, un cambio de las consecuencias conlleva un cambio de sistema. La reformulación de la base, que no cambia las consecuencias, no es para ellos un cambio de sistema²²³.

En virtud de esto, el científico dogmático busca adecuar el derecho a pautas de racionalidad, eliminando redundancias y un excesivo casuismo. Pero no puede

²¹⁹ Respecto de esto explica Ratti que atribuir una naturaleza solamente empírica a la etapa de identificación es complejo. Identifican así la atribución de significado con una mera actividad de reconocimiento. Explica que en otros textos sucesivos Alchourrón y Bulygin distinguen entre descubrimiento y adscripción de un significado (RATTI G.B., 2008).

²²⁰ Por ejemplo, BULYGIN E., 1998.

²²¹ Podemos ver una opinión contraria, por ejemplo, en Ratti, quien sostiene: "Benché quindi sia astrattamente concepibile una scienza descrittiva, composta da genuine proposizioni su norma, la scienza giuridica (come più in generale la maggior parte delle 'scienza' normative) é, nella realtà dei fatti, un discorso eminentemente direttivo." (RATTI G.B., 2008: 20).

²²² ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 117, 118.

²²³ Jorge Rodríguez cuestiona si la reformulación es o no el cambio de un sistema.

eliminar las lagunas y las incoherencias, puesto que esto importaría un cambio de sistema (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 127)²²⁴. La reformulación del sistema no implica un cambio del sistema, sino de "reemplazar una base por otra más reducida, pero normativamente equivalente a la anterior" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 118). Los autores expresamente señalan que la modificación de un sistema es un tipo de actividad propia del legislador, contraponiendo la función política del legislador a la función cognoscitiva de la ciencia²²⁵.

Alchourrón y Bulygin explican que la tarea de reformular los enunciados de base que hace la ciencia jurídica es entendida como una inferencia deductiva. Esto significa que existe una relación de implicación lógica entre los enunciados de base y la base reformulada; de todas formas eso no implica para ellos que la tarea de la ciencia jurídica sea una tarea mecánica. No es mecánica porque descubrir las consecuencias y formular una prueba no son actividades que puedan desarrollarse siguiendo reglas lógicas que nos garanticen el resultado. En este sentido, la actividad del científico requiere de ingenio, imaginación e intuición. Por esto, para ellos tiene sentido decir que el científico "crea" derecho o realiza una actividad creadora; pero esto no debe confundirse con la creación de nuevos enunciados de derecho, o con la creación legislativa.

Al respecto sostienen:

²²⁴ Esto parece contradecirse con lo que expresan en la introducción, donde dicen: "La eliminación de las contradicciones en las normas jurídicas es, por lo tanto, uno de los objetivos más importantes de la ciencia del derecho" (ALCHOURRÓN C.E. Y BULYGIN E., 1987: 22).

²²⁵ Guastini argumenta que algunos de estos problemas, que según Alchourrón y Bulygin se encuentran en la etapa de sistematización, son en realidad problemas de la etapa previa de interpretación (lo que para los autores argentinos sería la identificación de la base). Así, tanto los casos de lagunas axiológicas o la derrotabilidad "se presentan a lo largo del proceso de interpretación y (...) dependen de las estrategias interpretativas de los juristas (o de los jueces por supuesto). Tal vez, hace falta recordar que las actividades de sistematización del Derecho siguen, no preceden, las decisiones interpretativas: no se hacen inferencias desde los textos (todavía no interpretados), sino sólo desde los significados, que, precisamente, presuponen la interpretación". De esta forma se comprende cómo para Guastini la actividad de *creación del derecho* no es exclusiva del legislador (GUASTINI R., 2008:149).

"La función creadora de la ciencia jurídica no consiste, desde luego en la creación de nuevos enunciados de derecho, ni se confunde, por lo tanto, con la creación legislativa. En la confusión de estas dos tareas –ambas creadoras, pero en diferente sentido- han incurrido frecuentemente los juristas. Como reacción contra tales confusiones, muchos autores modernos suelen trazar una distinción tajante entre la función de creación normativa del legislador y la función cognoscitiva del científico, caracterizando esta última como mera *descripción* del derecho [Kelsen. Ross]. La distinción misma es perfectamente justificada, pero la caracterización de la actividad científica como mera descripción es poco afortunada, pues parece dejar fuera precisamente aquellas tareas de la ciencia en la que más se muestra su carácter creador" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 136/137).

En este pasaje parecen querer afirmar que la tarea de la dogmática o ciencia jurídica de sistematización, si bien no implica creación del derecho en el mismo sentido que la iteración de nuevas normas, sí desarrolla una actividad creativa al sistematizar el material previamente identificado. Esta actividad de sistematización en Alchourrón y Bulygin se desarrolla aplicando las reglas de inferencia de la lógica deductiva.

La objeción que se presenta a esta caracterización es que las reglas de inferencia que son admisibles en el discurso de los juristas no siempre son equivalentes a las reglas de la lógica deductiva, y que las inferencias de la dogmática no tienen como objetivo final la preservación de la verdad de las

premisas en la conclusión, sino que tienen objetivos "políticos" en el sentido que Alchourrón y Bulygin atribuyen al legislador²²⁶.

Esto no es ignorado por los autores argentinos, aunque no es considerado un punto central, puesto que en nota reconocen lo siguiente:

"De hecho, como el derecho se formula en el lenguaje ordinario, las inferencias de los juristas rara vez son rigurosamente formales, y la cuestión de saber si un determinado enunciado tiene o no tales consecuencias y si ha de figurar, por lo tanto, en la base, no puede resolverse a veces por medios puramente racionales. En esas situaciones todo lo que puede hacer el científico, en cuento tal, es señalar las posibles alternativas y las consecuencias de cada una de ellas dejando a la decisión de las autoridades competentes la elección de una y otra" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 122, nota 14).

4.1 El concepto de norma

En la terminología empleada en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Alchourrón y Bulygin prefieren hablar de enunciados normativos y no de normas. En este modelo las normas son consideradas entidades lingüísticas (*sentences*). Una norma es un enunciado que correlaciona un caso con una solución.

Corresponde distinguir entre la formulación de una norma, es decir una expresión lingüística, y la norma. La norma es el contenido de significado de tal expresión lingüística que se usa para prescribir –i.e. para calificar deónticamente una conducta (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1996)²²⁷. Los autores explican que

²²⁶ Sobre esta crítica ver, GUASTINI R., 1985; RATTI G.B., 2009.

²²⁷ Ésta es la denominada concepción *hilética* de las normas. Como se adelantó al desarrollar los criterios de comparación de modelos, en otros trabajos los autores desarrollan la concepción

"[s]ólo se puede hablar de normas una vez que se haya interpretado de una manera unívoca las formulaciones normativas" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1996: 135).

De todas formas tal contenido de significado es expresable, a su vez, mediante lenguaje en un enunciado. Este enunciado (que constituye el significado del enunciado-formulación) es lo que ellos utilizan como base de los sistemas jurídicos²²⁸.

Esta terminología empleada en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* según ellos es preferible, dado que en los ordenamientos jurídicos pueden encontrarse distintos tipos de enunciados, y no todos ellos son aquéllos que los juristas denominan "normas"²²⁹. Sólo aquellos enunciados que correlacionan un caso con una solución son enunciados normativos²³⁰.

Pensemos en una situación o circunstancia en la cual interesa saber si determinada acción es obligatoria, permitida o prohibida para un ordenamiento jurídico²³¹. La solución es el contenido deóntico de esa acción en un ordenamiento jurídico. Para que un sistema deductivo originado a partir de un conjunto de enunciados sea considerado un sistema normativo, al menos alguno de los enunciados de base debe de ser del tipo que correlaciona un caso con una solución.

A su vez, en esta perspectiva las normas son siempre "hipotéticas" o "condicionales", es decir que establecen que ante determinado caso el derecho prevé una determinada solución. Por ejemplo, *en caso de consentimiento del sujeto, es*

expresiva de las normas. Véase ALCHOURRÓN C.E. Y BULYGIN E., 1991: "La concepción expresiva de las normas", artículo publicado originariamente en el año 1981.

²²⁸ La formulación normativa es un enunciado, su significado también es formulado en otro enunciado para ser analizado.

²²⁹ Se desarrollará los distintos tipos en el apartado 4.4.5.

²³⁰ En sus trabajos posteriores puede verse que Alchourrón y Bulygin abandonan esta forma de expresarse y trabajan utilizando el término "norma", advirtiendo además que el derecho se compone no sólo de normas, sino también de otros enunciados, que aunque no expresen normas tienen efectos normativos (definiciones, normas de competencia, normas de abrogación) (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1991; ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1996).

²³¹ La ciencia del derecho trabaja con casos genéricos.

prohibido matar. Lo que se entiende como norma categórica, por ejemplo, *prohibido matar* u *obligatorio cumplir las promesas*, es lo que ellos llaman solución.

4.1.1 *La identificación de la base y el problema de la validez*

Es importante remarcar, nuevamente, que Alchourrón y Bulygin están interesados en desarrollar un análisis sintáctico de las normas, es decir, una vez que ya se ha identificado cuál es la norma (que se tiene un enunciado con significado normativo), se procede a su análisis conforme a su forma lógica²³². Al mismo tiempo los autores no desarrollan una epistemología del derecho o una teoría de la interpretación; solamente se limitan a afirmar lo siguiente:

"La identificación de los enunciados de la base es un problema empírico, precisamente porque los criterios de identificación y de selección se aplican a un material que el científico encuentra en la experiencia; el contenido de la experiencia varía con el transcurso del tiempo. En este sentido los sistemas normativos son *relativos* a un momento cronológico dado: son sistemas momentáneos" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987:124).

Para realizar la sistematización el jurista debe seleccionar los enunciados que serán la base de su sistema. No cualquier enunciado puede figurar en la base de un sistema jurídico particular. Los enunciados considerados como admisibles por los juristas son aquéllos *válidos*²³³. La validez es aquí entendida como una

²³² Al respecto afirman que "La concepción de las normas como entidades lingüísticas (enunciados que correlacionan casos con soluciones) y del sistema normativo como conjunto de enunciados, se opone a una larga tradición en la filosofía jurídica. Las normas son, por lo general, concebidas como entidades ideales (sentidos o significados). Sin embargo el tratamiento de las normas en un nivel puramente sintáctico tiene considerables ventajas desde el punto de vista metodológico, y no significa necesariamente un prejuizgamiento acerca de su status ontológico" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987:23-24).

²³³ Nótese que en este modelo se trabaja con enunciados válidos y no, como en los modelos anteriores, con normas válidas: "Llamaremos válidos a los enunciados de derecho que los juristas

propiedad relativa, que depende de los criterios de identificación de cada ordenamiento jurídico particular²³⁴.

Los criterios de identificación están compuestos por reglas de admisión y de rechazo²³⁵. Para los autores argentinos, estas reglas definen qué es un enunciado de derecho válido:

"Son, por lo tanto, reglas conceptuales (definiciones). Esas definiciones adoptan por lo común la forma de definiciones recursivas: mediante la sucesiva aplicación de tales reglas se puede, en un número finito de pasos, establecer si un enunciado es válido o no (para el criterio en cuestión)" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987:119)²³⁶.

Dos cuestiones son interesantes respecto de estos criterios de identificación. La primera es la distinción entre reglas conceptuales y normas de conducta. Para Alchourrón y Bulygin hay una profunda distinción entre ambas:

"Las reglas conceptuales no deben confundirse con las normas de conducta; estas últimas establecen que una conducta es obligatoria, prohibida o permitida. Las reglas conceptuales, en cambio, se limitan a regular el uso de un concepto (o de un término), pero no prohíben ni permiten nada" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987:119/120)²³⁷.

aceptan como admisibles para integrar la base de un sistema jurídico" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987:118).

²³⁴ Validez es entendida en sentido descriptivo.

²³⁵ Las reglas de admisión establecen las condiciones para que un enunciado sea válido, y las reglas de rechazo, indican cuándo un enunciado deja de ser válido (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 119).

²³⁶ Es llamativo que ellos dicen que estos criterios definen qué es enunciado de derecho válido, creo que es más claro expresar que estos criterios definen cuáles son los enunciados válidos en un sistema determinado, no que significa "enunciado válido".

²³⁷ Sobre el seguimiento de reglas conceptuales y normas de conducta véase el capítulo III, punto 2.

Los sistemas normativos para Alchourrón y Bulygin están compuestos de enunciados, no todos los cuales son normativos. Algunos de estos enunciados no son normas. Éste es, por ejemplo, el caso de las definiciones²³⁸. Éstas son enunciados que relacionan un caso con otro caso, no con una solución. Son postulados de significación.

La segunda cuestión es que los criterios de identificación son aquéllos vigentes y como muchas veces no son explicitados por los juristas, es tarea del científico del derecho hacerlos explícitos.

4.2 Existencia de normas

Alchourrón y Bulygin explican específicamente en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* que analizarán las normas como entidades lingüísticas. Es decir, una vez interpretada una disposición o formulación normativa, su significado es expresable en un enunciado. A partir de este enunciado, *entidad lingüística*, se procede a su análisis sintáctico.

De esta forma explican que las normas son tratadas como entidades lingüísticas y no como entidades ideales, es decir sentidos o significados. Aclaran que esta estrategia es utilizada porque no quieren tocar la pregunta de nivel ontológico sobre la existencia de normas. Sin embargo, parece que de todas formas reconocen que la identificación de estos enunciados normativos es posterior a la actividad interpretativa, lo cual parece comprometerlos con la idea de que las normas son significados.

Lo importante para ellos es que las normas puedan ser formuladas en lenguaje, y esto permite realizar un análisis formal o sintáctico de estas. Así lo explican:

²³⁸ Hay otros enunciados además de las definiciones, que aunque no expresen normas, suelen tener efectos normativos. Éstos son por ejemplo, las disposiciones derogatorias y las normas de competencia (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1996).

"Nuestra definición de sistema normativo no prejuzga acerca del status ontológico de las normas. No se dice que las normas son enunciados (es decir, entidades lingüísticas), ni tampoco se dice que clase de existencia tienen. Lo único que se presupone es que las normas son expresables en el lenguaje, es decir, por medio de enunciados. Esto no parece controvertible" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1975: 99).

Cuando nos encontramos frente a un texto o una disposición normativa, la norma constituye el significado de este texto. De todas formas, ellos reconocen otras fuentes del derecho como la jurisprudencia y la costumbre. En este último caso al menos es dudoso que pueda contarse con una formulación canónica de las normas consuetudinarias.

Es interesante considerar una perspectiva que no es desarrollada expresamente por Alchourrón y Bulygin en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Como explica Guastini, los juristas suelen llamar "normas" tanto a los textos que se encuentran en las fuentes del derecho, como a su significado. Es útil distinguir entonces entre lo que se llama disposición normativa (que como vimos Alchourrón y Bulygin denominan formulación normativa), que refiere al texto, y la norma, que constituye el significado de ese texto. En ambos casos, para este modelo, estamos frente a "enunciados".

Así, es posible que una disposición exprese más de una norma, que una norma venga expresada en más de una disposición, que algunas disposiciones no expresen normas y que algunas normas no sean expresadas en una disposición; éste es el caso de la costumbre, por ejemplo, y de las normas implícitas o no expresas (GUASTINI R., 2011). Con esta distinción en mente podemos ver cómo la base del sistema está generalmente constituida por las normas expresas, mientras que las consecuencias lógicas constituirían las normas implícitas. Tanto los

enunciados normativos que constituyen el significado de formulaciones normativas legales, como los enunciados normativos producto de la sistematización que no emanan de una formulación normativa expresa en una de las fuentes del derecho, son tratados como enunciados normativos y constituyen el sistema jurídico.

4.2.1. Cuatro sentidos de existencia de normas

Hemos explicado que en este apartado indagamos cuál es la ontología que cada modelo presupone sobre las normas. De todas formas es importante señalar que Alchourrón y Bulygin explican que los juristas usan "existencia de normas" al menos en cuatro sentidos distintos:

I. Existencia como **vigencia**

"Vigente" quiere decir *real*, entendido como contraposición a algo que es meramente pensado o imaginado. La vigencia es un concepto descriptivo de determinados hechos. Además, es un concepto relativo a un momento y un tiempo dados, y gradual (puede darse en mayor o menor grado):

"En este sentido, una norma existe cuando tiene algún tipo de realidad, es decir, cuando hay ciertos hechos que corresponden con esa norma. Cuando se trata de normas sociales, su existencia real o fáctica consiste en que la norma está en vigor, es decir, es de hecho usada, obedecida, aplicada o reconocida si no por todos, al menos por una parte importante de los integrantes del grupo social en cuestión" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1996: 136).

Esta característica de las normas es explicada por los autores de forma diversa. Para Kelsen se trata de la eficacia (cuando la norma es obedecida). Ross habla de vigencia (cuando se puede predecir que será aplicada). Hart habla de la

aceptación de la norma como pauta de comportamiento por el grupo social (cuando los miembros del grupo adoptan el punto de vista interno).

II. Existencia como **pertenencia**

Se trata de la pertenencia de una norma a un sistema jurídico. Para referirse a esta característica de las normas generalmente se utiliza el término "validez". Es común que se relacione con el origen o la forma en que la norma ha sido creada – criterio genético. Al igual que el anterior sentido de existencia, la validez en sentido de pertenencia constituye un concepto descriptivo: "el que una norma pertenezca a un determinado orden es un hecho (aunque no se trate de un hecho físico)" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1996: 137). Es también relativo, a un tiempo y un lugar dados. Pero no es gradual, dado que una norma pertenece o no pertenece a un sistema.

III. Existencia como **validez normativa**

Éste es un concepto normativo de existencia, que Alchourrón y Bulygin atribuyen a autores como Nino y Raz. Una norma existe cuando los destinatarios tienen la obligación de cumplirla. Es decir, si la norma establece la obligación que prescribe: existe si está justificada.

Explican que se trata de un concepto normativo, porque decir que una norma es válida en este sentido no es describir un hecho, sino prescribir que debe obedecerse. Es absoluto, en cuanto se trata de una cualidad y no de una relación.

Algunas confusiones pueden surgir, puesto a que esta característica de las normas es también generalmente denominada "validez". Algunas confusiones pueden darse de la ambigüedad del término si los autores no especifican cuál de los dos sentidos de validez adoptan, o si entienden que las normas válidas tienen ambas características. Éste parece ser el caso, por ejemplo, de Kelsen.

IV. Existencia como **formulación**

Alchourrón y Bulygin explican que en este sentido una norma puede existir sin ser vigente, ni obligatoria, ni perteneciente a un ordenamiento jurídico. Por ejemplo, cuando alguien que no es una autoridad competente formula una norma, o cuando la norma es una norma implícita, es decir la consecuencia lógica de esta norma. Se trata de un concepto descriptivo: "decir que una norma existe en este sentido es describir un hecho, el hecho de que la norma haya sido expresa o tácitamente formulada" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1996: 138).

Algunas consideraciones pueden realizarse sobre las relaciones entre estos distintos conceptos de existencia. En primer lugar, como explican Alchourrón y Bulygin, la existencia como vigencia y la existencia como pertenencia son independientes. Una norma puede pertenecer a un ordenamiento jurídico y no estar vigente, claro, si no se considera el caso del desuetudo.

Además, puede suceder que una norma vigente no sea válida en el sentido que no pertenezca al ordenamiento jurídico. Como se dijo, generalmente la pertenencia de una norma al sistema jurídico se determina por el origen de las normas a este sistema.

Es útil en este caso tener en cuenta la opinión de Guastini, que distingue entre validez y existencia jurídica o pertenencia. Él define la validez de las normas de una forma levemente diferente: la validez es un concepto relacional. La validez de las normas es la característica que éstas tienen de conformidad a las normas que disciplinan su creación y posible contenido²³⁹. Así, la validez es una relación entre normas, una norma es válida si ha sido producida conforme a las normas que regulan su producción y no contradice en el contenido las normas jerárquicamente superiores (GUASTINI R., 2016 A). Éste también es un concepto descriptivo, relativo y no gradual; pero, a diferencia de la pertenencia, permite ver que algunas normas que *pertenecen al sistema jurídico* no son válidas o inválidas. Éstas serían para

²³⁹ En el mismo sentido véase, VON WRIGHT, 1970.

Guastini la primera constitución de un ordenamiento; para Alchourrón y Bulygin serían los criterios de identificación, que si bien no son enunciados normativos, porque son definiciones, serían parte del sistema normativo; o, por ejemplo para Hart, no la constitución, sino la regla de reconocimiento.

Además los autores argentinos sostienen que los cuatro sentidos analizados de existencia son compatibles entre sí. Es decir que una norma jurídica puede existir en los cuatro sentidos. Sin embargo resulta interesante señalar que no todas las concepciones del derecho estarían dispuestas a conceder este punto. Por ejemplo, una concepción realista, tiende a eliminar la diferencia entre existencia como vigencia y existencia como validez. Como vimos, porque validez es entendida como una característica relacional entre normas vigentes. En forma análoga, puede aventurarse que una posición que entiende que para identificar las normas que pertenecen a un sistema jurídico es necesario realizar juicios morales porque las normas jurídicas establecen razones para la acción, hace colapsar la pertenencia en la normatividad, es decir que "validez" es sólo fuerza vinculante.

4.3 Descripción de normas

La descripción de normas para Alchourrón y Bulygin no es solamente la transcripción de leyes. Por el contrario, la descripción de normas también incluye lo que ellos denominan "interpretación". Interpretación para ellos es aquí la derivación de las consecuencias que se siguen de los enunciados base del sistema.

Se ve cómo conforme a este modelo, la descripción de normas no es una simple iteración de enunciados, sino una actividad más compleja que, como ya se dijo, no es creativa en el mismo sentido en que lo es la actividad del legislador, pero, sin embargo, no puede desarrollarse en forma mecánica. En la sistematización no existen procedimientos efectivos para obtener determinadas conclusiones buscadas, ni para producir las pruebas de que una deducción es correcta; son necesarias intuición, imaginación y suerte.

Alchourrón y Bulygin explican que es posible distinguir distintos elementos en la actividad de sistematización. Uno es el problema normativo, es decir determinar cuál es el caso y el estatus normativo que el derecho asigna a determinadas acciones. Otro elemento son los enunciados de derecho que forman la base del sistema (las normas), que son identificados usando *criterios de identificación*. Además, encontramos las reglas de inferencia, utilizadas para inferir las consecuencias válidas de los enunciados base, que constituyen otro elemento²⁴⁰. También, explicitan las distintas etapas de la sistematización: primero la determinación del universo de casos y el universo de soluciones; luego la determinación de las consecuencias de la base; y por último la reformulación del sistema.

4.4 Propositiones normativas

La distinción entre normas y proposiciones normativas tiene un lugar central en la obra de Alchourrón y Bulygin. Podemos reconstruir su posición, de forma que la diferencia entre normas y proposiciones normativas es que éstas son producto de distintos tipos de actos ilocucionarios. Bajo esta lectura es en el nivel pragmático donde podemos distinguir entre normas (prescripciones) y proposiciones normativas (aserciones) (BULYGIN E., 1991 B). De esta forma, la norma es el significado de un acto ilocucionario prescriptivo, mientras que una proposición normativa es el significado de una aserción. En virtud de esta distinción (como vimos en el capítulo I. 3), las normas carecen de valor de verdad, pero pueden ser obedecidas o desobedecidas; mientras que las proposiciones normativas pueden ser verdaderas o falsas, pero no pueden ser obedecidas o desobedecidas.

²⁴⁰ Explican que los juristas no se ocupan mucho de estas reglas de inferencia y dicen que en 1951, con *Deontic Logic* de von Wright, toma más relevancia este aspecto.

Las aserciones sobre normas pueden tener distintos objetos, es decir que pueden afirmarse distintas características sobre una norma. Puede aseverarse que una norma ha sido formulada, su pertenencia a un sistema, su validez normativa, si es o no vigente. Es por esto que pueden encontrarse distintos tipos de proposiciones sobre normas:

"Puede haber distintos tipos de proposiciones normativas, puesto que cualquier predicación acerca de una norma da lugar a una proposición tal; así, puede haber proposiciones normativas que prediquen existencia, validez, obligatoriedad, aplicabilidad, eficacia, vigencia, etc. Pero hay un tipo que es especialmente importante: son proposiciones que aparentemente no se refieren a las normas, sino a conductas (acciones, actividades, estados de cosas resultantes de conductas) y que afirman que una conducta tiene la propiedad de ser obligatoria (prohibida, permitida). Sin embargo, no se trata de propiedades que las conductas puedan tener con independencia de las normas: una conducta tienen la propiedad de ser obligatoria (prohibida, permitida) sólo si hay una norma que la califica como obligatoria (prohibida, permitida). Por lo tanto, este tipo de proposiciones normativas (que han de ser distinguidas con especial cuidado de las normas, ya que se expresión verbal suele ser muy parecida e incluso idéntica) pueden ser analizadas como proposiciones acerca de la existencia de las normas. Así, decir que p es obligatorio (prohibido, permitido) equivale a afirmar que existe una norma que ordena (prohíbe o permite) p" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1996: 141).

Especial importancia tiene la distinción entre normas y proposiciones normativas para el análisis de los enunciados jurídicos. Puede verse cómo la ambigüedad de las oraciones deónticas es un tema recurrente. Oraciones que contienen palabras como "prohibido", "permitido", "debe", "puede", pueden usarse para expresar normas o proposiciones normativas.

Un enunciado del tipo "Prohibido realizar actos de eutanasia" puede ser usado para dictar una prescripción, y en este caso expresa una norma. Pero también puede usarse para expresar que algo es prohibido de acuerdo con una norma o conjunto de normas dados, en este caso expresa una proposición (descriptiva) acerca de normas. Esta proposición es llamada *proposición normativa* (BULYGIN E., 2000).

Bulygin se pregunta si ambas categorías son mutuamente excluyentes y si una misma expresión puede ser prescriptiva y descriptiva a la vez. En este sentido explica:

"La discusión del problema de la ambigüedad de las expresiones deónticas ha llevado a una considerable clarificación de este problema tan complicado. La mayoría de los lógicos acepta ahora la distinción entre normas y proposiciones normativas y reconocen su importancia teórica. En particular, casi todos aceptan que las dos categorías son mutuamente excluyentes (ninguna oración deóntica puede expresar una norma y una proposición normativa a la vez) y muchos de ellos están de acuerdo en que también son conjuntamente exhaustivas, en el sentido de que toda oración deóntica (más exactamente, cada uso de una oración deóntica) expresa o bien una norma o bien una proposición normativa, pero no ambas" (BULYGIN E., 1991 A: 176).

Generalmente las proposiciones normativas se expresan mediante enunciados elípticos que enuncian que un estado de cosas dado tiene un cierto estatus normativo, a saber, "prohibido", "permitido", "obligatorio", en un ordenamiento normativo²⁴¹. Retornando al enunciado propuesto en la introducción del trabajo, *En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia*, éste significaría que en el ordenamiento jurídico italiano existe una norma que prohíbe tal acción. Este tipo de enunciado puede expandirse para evitar la ambigüedad característica de los enunciados deónticos²⁴². Así, el enunciado ambiguo (1), puede expandirse en el siguiente enunciado:

(2) En el ordenamiento jurídico italiano hay una norma que prohíbe la eutanasia.

Vemos cómo el enunciado (2) ya no es ambiguo. Pero es claro que el objeto del enunciado no es ya la acción de cometer eutanasia, sino la existencia de una norma. Para Bulygin entonces, las proposiciones normativas son descriptivas, y pueden ser verdaderas o falsas según que pueda constatarse que tal norma pertenece al ordenamiento jurídico en cuestión²⁴³. Las proposiciones normativas

²⁴¹ Bulygin explica que las proposiciones normativas, en su forma ambigua, o elíptica pueden entenderse como lo que Carnap llama una forma transpuesta de hablar. Esto es, cuando queremos aseverar algo sobre un objeto a, se asevera algo sobre el objeto b que tiene cierta relación con el objeto a. Ésta es la concepción reductiva de los enunciados jurídicos.

²⁴² Explica que las oraciones deónticas pueden expandirse para evitar la ambigüedad. Así, por ejemplo: "vos no debés hacer x" (oración ambigua) puede expandirse como "hay una norma que prohíbe hacer x" (oración no ambigua), donde ambas oraciones tienen el mismo significado. Esta forma expandida muestra cómo la proposición normativa no es sobre acciones o estados de cosas, sino sobre normas o sistemas de normas. Expresa que estos sistemas de normas tienen normas que prohíben hacer x (BULYGIN E., 2000).

²⁴³ Hay diferentes tipos de normas, por eso hay diferentes formas en que una norma pertenece o forma parte de un ordenamiento. Explica así el caso específico de las normas jurídicas. Éstas tienen existencia temporal, y se suceden en el tiempo conjuntos diversos de normas que forman los ordenamientos jurídicos "dinámicos". Las normas comienzan a existir con un acto de promulgación de autoridad competente, aunque reconoce también el caso de normas que son el resultado de prácticas sociales firmemente establecidas, dónde no es posible fijar un momento exacto de comienzo de su existencia. Y, dejan de existir con su derogación expresa o tácita. En el ámbito de la

son proposiciones que versan sobre la pertenencia de una norma a un sistema de normas, pero son proposiciones del “ser”, no del “deber ser”²⁴⁴.

4.4.1 Proposiciones normativas sin valor de verdad

Explica Bulygin que la distinción entre normas y proposiciones normativas es normalmente aceptada por casi todos los filósofos. No obstante, analiza la crítica de Tecla Mazzaresse²⁴⁵, quien sostiene que las proposiciones normativas no son ni verdaderas ni falsas. Mazzaresse argumenta que las proposiciones normativas son el significado unido de dos proposiciones, una es un enunciado interpretativo, y la otra un enunciado de validez; al menos el primero, el enunciado interpretativo, no puede ser verdadero o falso, por lo que las proposiciones normativas tampoco pueden serlo. Los enunciados interpretativos no pueden ser verdaderos o falsos porque siempre adscriben significado, no describen un significado preexistente.

Bulygin critica este argumento y niega que los enunciados interpretativos sean siempre una adscripción de significado, por lo que existirían casos donde éstos pueden ser verdaderos o falsos.

Guastini también interviene en esta discusión y entiende, en desacuerdo con Mazzaresse, que si bien los enunciados interpretativos no tienen valor de verdad, no siempre el significado de una norma es controvertido. Además, por lo general, cuando el significado de una norma es objeto de controversia, no lo es en forma total. Por lo que resulta legítimo para él realizar proposiciones normativas sobre la existencia de normas.

filosofía del derecho dice Bulygin que no hay consenso sobre el status lógico de los enunciados jurídicos. (BULYGIN E., 1991 A) Analiza las posiciones de Bentham, Kelsen, Ross, Hart luego se concentra en este último y la distinción entre enunciados internos y externos, que analizaré en el próximo capítulo de la tesis.

²⁴⁴ BULYGIN E., 2000. Podríamos ver una diferencia con Kelsen, para quien las proposiciones normativas son proposiciones de deber ser. Se afirma la verdad de deber hacer u omitir determinado comportamiento, conforme determinado ordenamiento jurídico.

²⁴⁵ MAZZARESE T., 1991.

Guastini crítica a Mazzaresse y a Bulygin porque la única noción de proposición normativa que parecen considerar es aquella formulada por el intérprete que atribuye significado a un texto (en el caso de Mazzaresse) o que lo identifica (en el caso de Bulygin), pero no reparan en el caso de una proposición normativa sobre la vigencia de una norma. De esta forma, para Guastini las proposiciones normativas no presuponen un enunciado interpretativo, sino "...un enunciado metalingüístico -'externo'- sobre la interpretación: (i) en algunos casos sobre la interpretación dominante (...): (ii) en otros casos, sobre el núcleo de significado no controvertido de los textos normativos" (GUASTINI R., 2006: 100)²⁴⁶. Este pasaje de Guastini es de sumo interés dado que expresamente califica los enunciados de vigencia factuales como enunciados externos sobre los que otros sujetos interpretan.

Al respecto, Mazzaresse duda que pueda existir algo como "la descripción de la validez de una norma", entendida como validez sistemática, concepto que se relaciona con la fuerza vinculante u obligatoriedad de una norma. Este tipo de enunciados no son el producto de una actividad empírica sino de una valorativa del intérprete. Un enunciado sobre la validez de una norma puede ser verofuncional, si se considera el concepto de validez factual (MAZZARESE T., 1990).

Bulygin responde que si entendemos "validez" como pertenencia a un sistema de normas, es claro que sí puede describirse el hecho de que una norma pertenezca a un cierto sistema de normas. Sin embargo, para Bulygin, el problema de la validez no tiene que ver con el valor de verdad de las proposiciones normativas. Esto porque una proposición normativa puede ser verdadera aunque la norma a la que hace referencia sea inválida.

Es claro nuevamente que esto depende de qué se entienda por "válido". Bulygin argumenta su posición con un ejemplo. Dice que si tenemos el borrador de

²⁴⁶ La traducción me pertenece.

un contrato (es decir un contrato que aún no es válido) podemos describir las normas que emanan de él, y formularíamos proposiciones normativas verdaderas o falsas, pero sin relación a la validez. Si la validez es entendida como validez normativa, probablemente las disposiciones de un borrador contractual, o de un proyecto de ley, no expresen normas aún válidas²⁴⁷. Sin embargo, en cuanto validez es entendida como pertenencia, las cosas son diferentes. Este concepto como vimos, es relativo a un tiempo y un lugar dados, y como explica Guastini, es un concepto relacional. En este caso, puede analizarse el sistema normativo del contrato en sí mismo, con independencia de si este contrato es reconocido o no por el ordenamiento jurídico. De esta forma, las proposiciones normativas sobre las normas de un contrato refieren a la pertenencia de tales normas al sistema normativo del contrato.

4.5 Enunciados jurídicos

Como ya se explicó, con la expresión "enunciados jurídicos" Alchourrón y Bulygin hacen referencia tanto a las disposiciones normativas como a las normas y a las proposiciones normativas. Por ejemplo, en el siguiente pasaje se refiere a las normas: "La ciencia jurídica se ocupa de los sistemas jurídicos; los enunciados que forman parte de tales sistemas serán denominados *enunciados de derecho*" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 111).

4.5.1 Enunciados que conforman los sistemas normativos

Con esta terminología buscan dar cuenta de la diversidad de enunciados que forman parte de los sistemas jurídicos, y así evitar los problemas que las

²⁴⁷ Considero que desde un punto de vista estrictamente positivista tampoco podríamos afirmar si una disposición contenida en un proyecto de ley o en un contrato preliminar o pre-contrato expresa normas con validez normativa, del mismo modo que no podríamos afirmar que una disposición contenida en una ley promulgada expresa una norma con validez normativa.

concepciones que entienden que sólo las "normas" forman los ordenamientos jurídicos.

"1. Enunciados que prescriben actos coactivos; estos enunciados son normativos y son jurídicos, como si dijéramos, 'por derecho propio', pues ellos son los que permiten calificar de jurídico al sistema que los contiene" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 106).

"2. Enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas, pero que no establecen sanciones. Estos enunciados son normativos, pero tomados aisladamente no serían jurídicos y sólo adquieren ese carácter cuando forman parte de un sistema jurídico. A esta categoría pertenecen también las normas de competencia que no son más que una subclase de las normas permisivas" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 106) (esta categoría incluye las normas no independientes de Kelsen).

"3. Enunciados que no son normativos, pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados. Si bien ellos mismos no son normas, tales enunciados tienen relevancia normativa en conexión con otras normas y son jurídicos en tanto en cuanto integran un sistema jurídico. El ejemplo más importante lo constituyen las definiciones o postulados de significación (...)" (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 106/107) (para Kelsen también serían normas no independientes).

"4. Por último, en los sistemas jurídicos suelen aparecer enunciados que no tienen influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema, verbigracia enunciados que presentan teorías políticas, expresan la gratitud del pueblo al jefe de Estado o

invocan la protección de Dios... Tales enunciados carecen de toda relevancia normativa en general y jurídica en particular." (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1987: 107) (éstos serían interesantes para una propuesta dworkineana).

4.5.2 *Enunciados que expresan proposiciones y se refieren a los sistemas normativos*

Éstos son los enunciados que interesan a los fines de la presente investigación: enunciados jurídicos en función cognoscitiva. Específicamente, los enunciados que expresan el estatuto deóntico de cierta acción en un sistema normativo específico.

Como vimos en el apartado 2.5.1, a diferencia de Von Wright, para Alchourrón y Bulygin no se da una tripartición entre normas, enunciados normativos y proposiciones normativas. Los enunciados normativos y las proposiciones normativas, si bien pueden tener una forma gramatical característicamente diferente, son equivalentes. Un enunciado normativo descriptivo como "prohibido p" tiene las mismas condiciones de verdad que el enunciado "existe una norma que prohíbe p" (BULYGIN E., 2003).

En resumen, para Alchourrón y Bulygin los enunciados normativos que establecen que una acción es permitida, prohibida u obligatoria, no son otra cosa que una forma "disfrazada" de decir que existe una norma. Lo explican como una oración elíptica y otra expandida, siguiendo a Carnap: una forma de expresarse "transpuesta", donde para decir algo sobre un objeto se dice algo de otro objeto que tiene alguna relación con el primero. Los enunciados jurídicos, cuando expresan una proposición normativa, son enunciados categóricos que afirman que cierta norma pertenece a determinado sistema jurídico. Las proposiciones normativas son proposiciones *existenciales* que aseveran que determinada norma "existe" en un sistema jurídico. Esto no implica para ellos dejar de lado el hecho de que en distintos contextos se usan distintos conceptos de existencia, ni que la pertenencia

a un sistema sea el único hecho que hace verdadero a un enunciado normativo; sin embargo:

"el hecho de que una acción sea obligatoria no puede sino provenir de una norma. La existencia de una norma es condición necesaria para que una acción pueda ser calificada de obligatoria" (BULYGIN E., 2003; 83).

En relación a los enunciados que se refieren a los sistemas normativos es interesante resaltar algunas diferencias que el modelo de Alchourrón y Bulygin presenta en relación a la teoría de Kelsen²⁴⁸. En *Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho* Bulygin analiza y propone algunas críticas a la teoría de Kelsen (BULYGIN E., 1991 B). Kelsen también aceptaría la distinción entre normas y proposiciones normativas. Pero para Kelsen tanto las normas como las proposiciones jurídicas (o regla de derecho) tienen carácter normativo, por lo que las proposiciones normativas en la obra de Kelsen son proposiciones de deber ser. Explica Bulygin que para Kelsen las normas son expresiones de una valoración (jurídica en el caso del derecho), pueden ser válidas o inválidas, son prescripciones sin valor de verdad, mientras que las proposiciones jurídicas expresan el conocimiento del derecho. Éstas son de interés para la ciencia jurídica, que busca describir las normas jurídicas creadas por el legislador. Así, las proposiciones jurídicas son juicios descriptivos de normas, y pueden ser verdaderos o falsos. Generalmente tienen la forma de juicios condicionales o hipotéticos (antecedente es el acto antijurídico y el consecuente una sanción), no son fácticas, sino normativas, es decir que pertenecen al mundo del "deber ser". El "deber ser" que aparece en las proposiciones es, explica Bulygin, como una conectiva lógica, que marca la relación

²⁴⁸ Entonces aquí existencia y pertenencia parecen confundirse. En este sentido, Navarro sostiene que la distinción entre enunciados normativos y proposiciones normativas parece esfumarse por no reparar en que las proposiciones normativas pueden ser a su vez ambiguas. Pueden expresar que existe una prescripción o que una norma pertenece a un sistema normativo (NAVARRO P.E., 2012).

entre el antecedente y el consecuente especial, relación de "imputación" (principio epistemológico paralelo al de causalidad)²⁴⁹.

La teoría de Kelsen tendría un carácter normativo, pero porque los enunciados sobre el derecho expresan una proposición que no describe ciertos hechos, sino normas. Bulygin se pregunta cómo pueden ser verificadas estas proposiciones. Y, según él, en la teoría de Kelsen éstas se verifican constatando hechos empíricos (creación por autoridad). No se habla de la conducta prescrita por la norma, sino del hecho de la existencia de la norma. Las proposiciones jurídicas constituyen un metalenguaje respecto del lenguaje usado por el legislador (lenguaje-objeto). El legislador usa y el jurista menciona. "En otras palabras, mientras que los objetos del discurso del legislador son conductas, los objetos del discurso de la ciencia jurídica son normas, es decir, expresiones lingüísticas" (BULYGIN E., 1991 B: 337).

Pero esto para Bulygin implica un problema. Así consideradas, las proposiciones normativas no son normativas, son nuevamente proposiciones del ser. Además para Bulygin las proposiciones normativas no son juicios hipotéticos. Esto supondría una confusión entre la forma y la función del lenguaje. Explica que una proposición hipotética puede convertirse sin dificultad en una proposición disyuntiva o categórica (BULYGIN E., 1991 B).

²⁴⁹ Bulygin analiza las consecuencias que trae sostener la normatividad de las proposiciones jurídicas: da lugar a distinguir entre ciencias normativas y ciencias causales; permite formular el concepto de ley social; es un deber neutro a todo valor, y esto es importante para la Teoría Pura, y así da solución al problema filosófico de la libertad (BULYGIN E. 1991 B).

5. Resumen: cuatro modelos teóricos sobre el derecho

Concepto de norma

Kelsen	Sentido objetivo de un acto de voluntad. Pertenece al plano del deber ser.
Von Wright	Distintos tipos. Las normas jurídicas son prescripciones. Producto de un acto del lenguaje prescriptivo.
Guastini	Entidad lingüística. El significado (resultado) de un acto de prescripción. Las normas son interpretaciones.
A&B	Entidad lingüística. Significado de una expresión lingüística que se usa para prescribir.

Existencia de normas

Kelsen	Validez La existencia de la norma fundamental es presupuesta. La existencia de las normas en general se apoya en esta presuposición. La existencia de una norma es distinta de la existencia del acto de voluntad que le da origen.
Von Wright	Vigor Respecto de las prescripciones, el hecho que hace que la norma exista es el acto de promulgación y que se haya generado la vinculación normativa.
Guastini	Vigencia La producción de un acto de prescripción y de su interpretación.
A&B	Pertenencia No tratan la cuestión del status ontológico de las normas. Proponen un análisis sintáctico de los enunciados que, conforme a los criterios de identificación, conforman la base axiomática del sistema normativo.

Descripción de normas

Kelsen	<p>Descripción del sentido objetivo. Se describe que una acción es obligatoria, permitida o prohibida.</p> <p>Al hacerlo, necesariamente se presupone la norma fundamental.</p>
Von Wright	<p>El discurso descriptivo incluye tanto las proposiciones normativas como los enunciados normativos.</p> <p>En un caso se afirma la existencia de normas, y en el otro se describe que una acción es obligatoria, permitida o prohibida.</p>
Guastini	<p>Describir una norma es relevar sus propiedades relevantes, alguna característica (promulgación, vigencia, etc.).</p> <p>En relación al contenido, lo único que puede describirse es cuáles son las interpretaciones vigentes.</p>
A&B	<p>Derivación de las consecuencias lógicas de los enunciados base del sistema normativo. Se describe que una acción es obligatoria, permitida o prohibida.</p> <p>También, aseveraciones sobre normas, atendiendo a distintas características (vigencia, validez, pertenencia, etc.).</p>

Proposiciones normativas

Kelsen	<p>Llamadas "proposiciones jurídicas".</p> <p>Son juicios hipotéticos que expresan un deber descriptivo.</p> <p>Describen la relación de imputación que hay entre dos elementos creada por un acto de voluntad.</p> <p>Se verifican "indirectamente" mediante la constatación del acto de voluntad que da origen a la prescripción.</p>
Von Wright	<p>Proposición que afirma que una norma existe.</p>
Guastini	<p>Son aseveraciones sobre usos estables, sobre el hecho que determinadas personas interpretan que ciertos textos o hechos expresan cierto significado.</p>
A&B	<p>Son aseveraciones sobre la existencia de normas, que se entiende como la pertenencia de una norma a un sistema normativo.</p>

Enunciados jurídicos

Kelsen	Son enunciados asertivos hipotéticos o condicionales. Son iguales a las proposiciones normativas, que describen el contenido de la prescripción.
Von Wright	Enunciado descriptivo <i>que tiene como resultado</i> que algo deba o pueda o tenga que no hacerse. Equivalente a un enunciado de necesidad práctica cuando existe una norma jurídica.
Guastini	En función teórica o cognoscitiva expresan las interpretaciones vigentes. Conforme la tesis predictivista, son enunciados de predicción de las futuras decisiones de los operadores jurídicos.
A&B	Equivalentes a las proposiciones normativas. Categóricos. Proposiciones de hecho elípticas. Proposiciones sobre la existencia (pertenencia) de una norma en un sistema jurídico determinado.

Ejemplo: "En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia"

Kelsen	<i>"En el ordenamiento jurídico italiano si una persona autorizada a crear una norma, ha establecido una norma general, según la cual quien haya cometido eutanasia debe ser sancionado, y si un tribunal competente de acuerdo con la legislación procesal ha probado, en un procedimiento conforme las leyes procesales, que esta persona ha cometido un acto de eutanasia, y si este tribunal ha dictado sentencia conforme a lo establecido por la ley, entonces un órgano específico debe ejecutar esa sanción."</i>
Von Wright	<i>"No tienes que cometer eutanasia"</i>
Guastini	<i>"En el ordenamiento jurídico italiano los jueces generalmente resuelven imponer sanciones de reclusión a quien realizan actos materiales tendientes a finalizar la vida de otra persona, aun con su consentimiento, por lo que es probable que de darse un caso con estas características los jueces sigan resolviendo en el mismo sentido"</i>
A&B	<i>"En el ordenamiento jurídico italiano hay una norma que prohíbe la eutanasia"</i>

6. Sobre el significado de los enunciados jurídicos en el positivismo clásico

En el presente capítulo se han analizado cuatro propuestas teóricas pertenecientes al positivismo jurídico. El interés era desarrollar sus presupuestos fundamentales para comprender así cómo se concibe al interno de cada una el significado de los enunciados jurídicos en función cognoscitiva del tipo (1) *En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia*. Luego del análisis podemos ver cómo el enfoque positivista de la teoría del derecho no se compromete con una concepción específica del significado de los enunciados jurídicos²⁵⁰.

Que pueda haber conocimiento del derecho –i.e. de lo que es prohibido, permitido u obligatorio en un ordenamiento jurídico determinado- depende de que puedan formularse enunciados verdaderos al respecto. En otras palabras, "El conocimiento jurídico consiste básicamente en la capacidad de discriminar entre enunciados jurídicos verdaderos y enunciados jurídicos falsos" (NAVARRO P., 2000: 154).

Pero, ¿qué hace a los enunciados jurídicos verdaderos? En las distintas propuestas analizadas, el fundamento de verdad de los enunciados jurídicos es la existencia de normas. Sin embargo, la existencia de normas jurídicas es entendida de forma diferente por cada teoría. A saber: fuerza vinculante, vigencia, pertenencia. En este sentido, la verdad de los enunciados jurídicos depende de cómo se entienda la existencia de normas.

Los cuatro modelos entienden las normas jurídicas básicamente como el resultado de un acto de prescribir. Sin embargo, en cada uno son diversas las circunstancias en que se afirma que una norma existe. El modelo realista asimila existencia a vigencia. El modelo de la sistematización del derecho a la validez en sentido descriptivo o pertenencia. Y el modelo kelseniano ofrece mayores

²⁵⁰ De igual forma Navarro concluye: "No existe una conexión conceptual entre positivismo jurídico y una determinada concepción de los enunciados jurídicos" (NAVARRO P., 2012: 27).

complejidades, dado que la validez parece asumir tanto el sentido descriptivo de pertenencia como (y tal vez como consecuencia de ésta) un sentido normativo de fuerza obligatoria (jurídica). Todas estas propuestas (la de Kelsen en menor medida, y podría dudarse de si es correcto incluirlo aquí, aunque las proposiciones normativas se verifican indirectamente) entienden que el valor de verdad de las proposiciones normativas depende de determinados hechos. Podríamos afirmar que los enunciados jurídicos representarían una forma elíptica de expresar una proposición normativa²⁵¹.

Estos modelos nos llevan a dos formas de reduccionismo. En primer lugar, un reduccionismo según el cual las normas sólo se entienden como el significado de prescripciones²⁵². Y, en segundo lugar, lo que ha sido llamado reductivismo semántico²⁵³. Según esta posición, tradicionalmente asociada al positivismo jurídico, los enunciados jurídicos teóricos acerca del derecho son enunciados no normativos, son enunciados fácticos o empíricos²⁵⁴. Se entiende que el único discurso con sentido es aquél que versa sobre hechos.

Sin embargo, no todos los teóricos del derecho positivistas comparten estas perspectivas. Se defiende, dentro del positivismo jurídico, por un lado, que las

²⁵¹ Pero, como hemos visto, la propuesta de von Wright difiere por cuanto no asimila las proposiciones normativas a los enunciados jurídicos, ya que expresamente sostiene que los enunciados jurídicos no son una forma de proposición normativa.

²⁵² Corresponde aclarar que éste no es el caso para todos los tipos de normas en von Wright, pero sí para las que considera normas jurídicas.

²⁵³ Véase RAZ J., 1998: "The purity of the pure theory", 237-252; NAVARRO P., 2012, 2016; BAYÓN J.C., 1991; ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1991: Enunciados Jurídicos y Positivismo: respuesta a Raz, 427-438.

²⁵⁴ Bulygin sostiene que hay dos formas de entender el reduccionismo semántico, una débil y otra fuerte. Según la forma débil sería asimilable a que los enunciados teóricos son enunciados externos, descriptivos y no normativos. Mientras que la interpretación fuerte sería que los enunciados internos o prácticos son descriptivos y no normativos. Para él Hart estaría de acuerdo con la tesis del reduccionismo semántico débil, pero no con la fuerte (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1991: 432). Veremos en el próximo capítulo (y argumentaré en contra) que esta lectura de Bulygin dependen de asimilar enunciados internos a enunciados prácticos, y enunciados externos a teóricos. Conforme la interpretación de los enunciados que se avanzará Hart también aceptaría una posición intermedia a las dos expuestas: donde hay enunciados internos, no prácticos y descriptivos.

reglas relevantes en el derecho no sólo son prescripciones, sino que es importante considerar también algunas reglas sociales. Y, por otro, la idea de que el sentido de los enunciados jurídicos no puede ser reducido a la existencia de ciertos hechos. Muchos filósofos insisten en que para una correcta descripción del derecho es necesario comprender el significado de los enunciados jurídicos desde la perspectiva o el punto de vista de los sujetos que participan en la práctica jurídica, para quienes los enunciados jurídicos no pueden ser reducidos a enunciados de hechos sin perder su significado²⁵⁵. Como ya se adelantó en el capítulo I, ésta es la propuesta hartiana, que se analizará en el capítulo siguiente, junto con distintas interpretaciones y críticas que ella ha generado.

²⁵⁵ Redondo sostiene que "una teoría jurídica es normativista, o no reduccionista, sólo en la medida en que distingue entre la existencia de normas jurídicas y la existencia de hechos empíricos que dan lugar a la existencia (o a la validez) de normas jurídicas" (REDONDO C.; 2013: 184). Pero el positivismo que acepta que el derecho es un conjunto de normas no puede, sin contradecirse, describirlo refiriéndose solo a hechos.

Capítulo III. El significado de los enunciados jurídicos en el positivismo jurídico hartiano.

“... for seven years after the war I had taught philosophy at Oxford. Those seven years fell within the period when the approach to philosophy which became known as 'linguistic philosophy' was at its most influential both in Oxford and Cambridge. There were important differences in emphasis and aim between the Oxford variant of this form of philosophy, where J. L. Austin was its leading exponent, and the Cambridge variant which flourished under Wittgenstein. None the less both were inspired by the recognition of the great variety of types of human discourse and meaningful communication, and with this recognition there went a conviction that longstanding philosophical perplexities could often be resolved not by the deployment of some general theory but by sensitive piecemeal discrimination and characterization of the different ways, some reflecting different forms of human life, in which human language is used. According to this conception of philosophy it had been a blinding error of much philosophy in the past, and most recently and notably of the Logical Positivism of the pre-war years, to assume that there are only a few forms of discourse (empirical “fact-standing discourse or statements of definitional or logically necessary truths) which are meaningful, and to dismiss as meaningless or as mere expressions of feeling all other uses of language which, as in the case of some metaphysical statements or moral judgements, could not be shown to be disguised or complex forms of the few favoured types of discourse” (HART H.L.A., 1983: 2).

En este capítulo se analizará el modelo hartiano y algunas derivaciones del mismo. La propuesta de Hart ha dado lugar a un sinnúmero de interpretaciones, desde quienes lo entienden como el fin o la autodestrucción del positivismo jurídico²⁵⁶, a quienes ven el comienzo de una nueva etapa o perspectiva dentro de la tradición positivista²⁵⁷. A su vez, dentro de esta segunda opción tampoco encontramos acuerdo, ya que mientras algunos sostienen que el nuevo camino está marcado por la perspectiva de la filosofía práctica en el análisis del derecho²⁵⁸ y la idea de razones para la acción, también puede entenderse que el camino señalado por Hart lleva a una nueva comprensión del conocimiento de prácticas sociales y a una revisión de la forma y la estructura del discurso teórico o en función

²⁵⁶ Por ejemplo, véase GOLDSWORTHY J. D., 1990, donde el autor argumenta que el intento de conciliar los aspectos de hecho y normativos del derecho mediante la distinción entre punto de vista interno y externo, sea en la teoría de Hart como en la de Raz, no tiene éxito. Según este autor el carácter intrínsecamente normativo del punto de vista interno no puede reconciliarse con el rol que el positivismo jurídico da a los hechos y, por lo tanto, las teorías desde la perspectiva de los participantes, como la de Hart, conducen a la autodestrucción del positivismo jurídico. En otro sentido PERRY S. R., 1998, sostiene que si bien la teoría de Hart es una teoría sustantiva del positivismo jurídico según la cual no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral, no es claro que su metodología sea positivista, por cuanto parece seguir dos metodologías no compatibles entre sí: una descriptiva explicativa, propia de los estudios científicos empíricos y, por otro lado, análisis conceptual, el cual no puede ser, según este autor, realizado de manera descriptiva y no normativa, como parece ser la intención de Hart. Habría entonces una tensión irresoluble en la obra hartiana. El autor propone que una verdadera teoría del derecho debe resolver el problema de la normatividad del derecho. Éste consiste en si el derecho afecta las razones para actuar de las personas y si esto está o no justificado, cuestiones que la teoría de Hart no puede resolver. Entiendo que podríamos responder que Hart no resuelve este problema, en virtud de lo que el mismo autor sugiere, que ésta parece ser una pregunta para la filosofía práctica y su respuesta parece depender de un argumento político o moral. Es claro que un teórico como Hart no aceptaría esto, ya que la tarea de la filosofía del derecho estaría para él dirigida a la comprensión y la clarificación del lenguaje, y no a la justificación del derecho.

²⁵⁷ Aquí podemos incluir a Scarpelli; Raz; MacCormick. Si bien este último en el prólogo a la segunda edición de *H.L.A. Hart* sostiene que ya no se considera un positivista sino un post-positivista, entiende que el aspecto central del trabajo de Hart, que él considera la metodología correcta, es que para entender las instituciones jurídicas, al igual que toda institución humana debe atenderse a su significado "desde el punto de vista interno o del participante" (MACCORMICK N., 2010: 50).

²⁵⁸ Raz, en la introducción de *Practical Reason and Norms*, explica que la teoría de las normas forma parte de la teoría de la razón práctica o filosofía práctica: "In this sense, moral philosophy, political philosophy and legal philosophy are branches of practical philosophy" (RAZ J., 1999: 11).

cognoscitiva²⁵⁹. Esta última es la visión que exploro en esta oportunidad. Se presenta aquí una lectura de la propuesta de Hart, donde se encuentra las bases de la idea que este trabajo busca defender: contextualizar la descripción del derecho.

Sin embargo, como se delineó en el primer capítulo, esta investigación entiende el uso del lenguaje como una forma de acción (en un sentido amplio)²⁶⁰. Por esto, es central la idea de acto de habla y, en este sentido, tanto los enunciados que son el resultado del uso del lenguaje en función cognoscitiva como aquéllos que resultan de su uso en función práctica, se entienden como producto de la acción humana contextualmente determinada. El significado de los enunciados es una función de su uso en un contexto determinado.

Por esto, el análisis gira en torno a los distintos tipos de actos ilocucionarios que encontramos en el contexto jurídico y su significado. No es de interés, en cambio, la pregunta por cómo debemos actuar, propia de la filosofía práctica. Así, es importante distinguir el conocimiento del fenómeno social del derecho de la idea de su valoración o necesidad de acatamiento; distinción que se refleja a su vez en la distinción entre el conocimiento y la teoría del derecho, por un lado, y el razonamiento práctico, o la filosofía moral, por el otro²⁶¹. El compromiso sigue

²⁵⁹ Muchos autores han señalado de distintas formas esta ambigüedad en la obra de Hart, véase por ejemplo, MARTIN M., 1987; REDONDO M.C., 2018 B; RODRÍGUEZ-BLANCO V., 2007.

²⁶⁰ Austin es quien ha desarrollado la teoría de los actos de habla, y se concentra en analizar la idea de que decir algo es hacer algo, o que al decir algo se hace algo (AUSTIN J. L., 1975: 12; 94). Esto parece llevarlo a sostener que toda enunciación implica un tipo de acto performativo. Para una crítica de los actos performativos véase BLACK M., 2011. Max Black critica la idea de que los actos constatativos (i.e. las aserciones) sean un tipo de acto performativo, señala que la idea de acto performativo se entiende mejor en el sentido de que son actos donde se hace algo más que una aserción verdadera o falsa. Entonces no tendría sentido tratar las aserciones como un tipo de acto performativo específico. Que en Austin la aserción sea un tipo más de acto performativo muestra una deficiencia de la teoría del lenguaje ordinario que no es capaz de brindar una visión general del modo en que funciona el lenguaje. (BLACK M., 2011: 411).

²⁶¹ Al respecto, véase HART H.L.A., 1982: "Commands and Authoritative Reasons", pp. 243-268.

siendo trabajar dentro de la tradición del positivismo jurídico entendido básicamente como distinción entre el derecho y la moral²⁶².

1. El modelo de *El concepto de derecho*

La obra de Hart está dirigida a buscar una mejor comprensión del derecho, entendido como *fenómeno social*. Por un lado propone una metodología específica, atento a que, en tanto fenómeno social, la comprensión del derecho debe distinguirse del conocimiento empírico. Y, por otro lado, busca distinguir el derecho de otros fenómenos sociales como la coerción (diferenciándose de las teorías imperativistas) y la moral (manteniéndose fiel a la tradición positivista). Este último aspecto es muy relevante, puesto que a partir de la propuesta de Hart, como se señaló, muchos han tendido a acercar la filosofía del derecho a la filosofía moral, llegando en algunos casos a confundir ambas cosas²⁶³.

En *El concepto de derecho* el derecho es considerado una práctica social, y en tanto tal se encuentra gobernada por reglas. Así, el modelo pone en el centro de atención las ideas de "regla" y "contexto" como indispensables para la comprensión del derecho y de cualquier práctica social significativa. Es la idea de regla la que hace inteligibles estas prácticas.

²⁶² Específicamente el sentido (2) que Hart explica como posible entendimiento de "positivismo jurídico", es decir "que no hay conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el que debe ser" (Hart, 2011: 321). Idea que sostiene y mantiene en repetidas oportunidades, véase por ejemplo en "Legal Duty and Obligation": "The natural inference to draw from these facts is that legal and moral rights and duties are not necessarily related, that normative statements of law are not as such forms of moral judgement, and that the expressions 'right', 'duty', and 'obligation' have different meanings though they may share certain common features in legal and moral contexts. This is my own 'positivist' view, but before I expound it and the criticisms made of it, I shall consider two sophisticated modern attempts which seek to preserve the idea that 'obligation' and 'duty' have the same meaning in legal and moral contexts" (HART H.L.A., 2011 B: 146, 147).

²⁶³ Por ejemplo, se ha sostenido lo siguiente: "Hart's use of analytic techniques is closely connected with his doing moral philosophy and, conversely, his philosophical analysis has moral implications." (MARTIN M., 1987: 9). El mismo autor sugiere además: "in Hart's own writing there is no clear and sharp separation between his analysis of concepts and his writings as a moral philosopher and critic..." (MARTIN M., 1987: 12).

Frente a una regla, por un lado, puede observarse un comportamiento convergente, denominado aspecto externo de la regla. Y, por el otro, una actitud crítica respecto de este comportamiento (llamada por Hart aceptación), que se expresa en la justificación de dicho comportamiento y en la crítica a los casos de desviación. Este último es el aspecto interno de una regla, propio de quienes ven en el seguimiento de dicho comportamiento un parámetro o pauta, que guía y justifica la acción. En virtud de esto, existe una doble posibilidad de análisis de las reglas y de las prácticas sociales que de ellas dependen. Éstas pueden estudiarse solamente desde el punto de vista externo, que constata hechos empíricamente verificables, o bien pueden analizarse desde el punto de vista interno, donde se considera las reglas como criterios que justifican la acción y la crítica frente a la desviación. Hart afirma:

"Muchas de las oscuridades y distorsiones que rodean a los conceptos jurídicos y políticos, surgen del hecho de que éstos implican una referencia a lo que hemos llamado el punto de vista interno: el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecua a las reglas, sino que usan las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás" (HART H.L.A., 2011: 122).

Esto puede reflejarse también en el uso del lenguaje, ya que es posible, según el punto de vista adoptado, formular enunciados internos o externos sobre las reglas. Quien se encuentra en el punto de vista externo, formula enunciados empíricos sobre las reglas que hacen referencia a los hechos de convergencia empíricamente constatables. Los enunciados externos pueden ser de dos tipos: extremos y moderados. Éstos serían los enunciados propios de las teorías predictivistas e imperativistas del derecho que solamente reparan en el punto de

vista externo²⁶⁴. En cambio, desde el punto de vista interno se formulan enunciados internos.

Hart entiende que la distinción central para la comprensión del lenguaje en el ámbito del derecho es aquélla entre enunciados internos y externos:

"...ni el derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendido sin una apreciación de ciertas distinciones cruciales entre dos tipos diferentes de enunciados, que he denominado 'internos' y 'externos' y que pueden ser formulados dondequiera se observan reglas sociales" (HART H.L.A., 2011: XI).

Si recordamos, el objetivo de esta investigación se centra en analizar el lenguaje en función teórica o cognoscitiva sobre el derecho. En este sentido, se trata de estudiar las formas en que diversas propuestas teóricas entienden los enunciados sobre qué es lo que en un momento determinado es prohibido, permitido u obligatorio en un sistema jurídico determinado. Hart explica en detalle el caso de los enunciados que pretenden dar cuenta de cuáles son las reglas que pertenecen a un sistema jurídico.

En su propuesta, el derecho se entiende como un fenómeno social caracterizado por la presencia de distintos tipos de reglas: por un lado las reglas primarias, dirigidas a guiar la conducta de los miembros de la sociedad, y por el otro las reglas secundarias de cambio, adjudicación y reconocimiento, que otorgan continuidad al sistema, concentran la difusa presión social y dan certeza al sistema jurídico respectivamente.

²⁶⁴ Este aspecto se analizará en mayor detalle al tratar los distintos tipos de enunciados jurídicos. Sin embargo, el punto de la crítica de Hart es que tanto las teorías predictivistas como las imperativistas entienden los enunciados jurídicos como enunciados fácticos, históricos, lo que luego llama *statements about the law* (análogos a los enunciados externos); y no dan cuenta de los enunciados normativos que generalmente se usan para describir el derecho (*statemens of law*) (HART H.L.A., 2011 B: 144,145).

Es la regla de reconocimiento –o, mejor dicho, el conjunto de reglas de reconocimiento²⁶⁵- aquella regla secundaria que contiene los criterios de pertenencia de las demás reglas a un sistema jurídico determinado. Determinar si una regla pertenece o no a un ordenamiento jurídico implica hacer un acto de aplicación de la regla de reconocimiento. Se usa esta regla para constatar si determinadas reglas cuentan o no como reglas del sistema. De esto se sigue que cuando expresamos que una regla pertenece al sistema, se presupone la operación previa de aplicación de los criterios otorgados por la regla de reconocimiento. Es decir, simplemente, que los enunciados que afirman o niegan la existencia de una regla en el sistema son siempre formulados en relación con una determinada regla de reconocimiento.

Hart explica los enunciados internos específicamente con ejemplos de enunciados de validez, que dentro de su propuesta serían enunciados de pertenencia de una norma al sistema jurídico. Así, sostiene que cuando se identifica una determinada regla del sistema se formulan enunciados del tipo "El derecho dispone que...", y que esta forma de expresión es característica del uso del lenguaje que hace quien aprecia una situación con referencia a reglas (en este caso la regla de reconocimiento) no necesariamente expresadas, pero consideradas apropiadas para ese propósito (i.e. la identificación de las reglas del sistema) (HART H.L.A., 2011: 128).

²⁶⁵ Me refiero a un conjunto de reglas de reconocimiento ya que entiendo que la regla de reconocimiento puede entenderse no como una regla única, sino como un conjunto. Hart reconoce expresamente la idea de que la regla de reconocimiento contenga una pluralidad de criterios diversos de identificación: "En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de 'fuentes' del derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales" (HART H.L.A., 2011: 126). La idea que intento expresar es que estos diversos criterios se presentan como un conjunto de reglas que conforman la regla de reconocimiento. En "Legal Duties and Obligation" reconoce a Raz la posibilidad de que puedan existir una pluralidad de reglas de reconocimiento (HART H.L.A., 2011 B: 155).

Por ejemplo, el enunciado "en el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia", desde el punto de vista interno puede entenderse así como la expresión de quien reconoce que una norma que establece una prohibición en tal sentido a los ciudadanos italianos pertenece al sistema jurídico italiano. Esta norma pertenece al sistema en virtud de que satisface los criterios de pertenencia específicos de ese sistema (dictada de conformidad a la normas de competencia y de acuerdo a la constitución italiana del '47 y sus modificaciones)²⁶⁶, los cuales generalmente no se expresan, sino que simplemente se usan para determinar la pertenencia.

Es importante remarcar que este enunciado interno de validez implica reconocer determinados criterios de pertenencia al sistema como los criterios correctos (*apropiados*) de identificación de las normas (*para ese propósito*), y a la vez reconocer la conformidad de tal norma a esos criterios. Estos enunciados internos podrán entenderse como correctos cuando las normas identificadas efectivamente satisfagan los criterios de pertenencia del sistema jurídico en cuestión. Para Hart este tipo de enunciados constituye el uso típico de los enunciados de validez²⁶⁷.

Entonces los enunciados internos nos permiten ver el uso típico de un enunciado de validez para los miembros de una práctica jurídica y, a la vez, nos

²⁶⁶ Simplificación extrema de una regla de reconocimiento, según la cual la norma expresada en el artículo 579 del Código Penal Italiano pertenece al ordenamiento jurídico de ese país.

²⁶⁷ El punto de vista interno y los enunciados internos, también explica Hart, pueden verse típicamente en las reglas de los juegos. Por ejemplo, en relación a cómo debe moverse la reina en el juego del ajedrez, dice: "los jugadores observan una actitud crítica reflexiva en relación con este patrón de conducta: lo consideran un criterio o pauta para todo aquél que practique el juego. Cada jugador no sólo mueve la reina de cierta manera, sino que 'tiene opinión formada' sobre la corrección de todos los que mueven la reina de esa manera. Esta opinión se manifiesta en la crítica y en las exigencias hechas a los otros frente a la desviación presente o amenazada, y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros nos las formulan. Para la expresión de esas críticas, exigencias y reconocimientos se usa un amplio campo de lenguaje 'normativo'. 'Yo (tú) no debí (debiste) haber movido la reina de esa manera', 'Yo (tú) tengo (tienes) que hacer eso', 'Eso está bien', 'Eso está mal'" (HART H.L.A., 2011: 71).

ayudan a comprender el uso de algunos conceptos (como el de "obligación") empleados en este discurso interno. Cito a Hart una vez más:

"Puede parecer pequeña la diferencia que existe entre el análisis de un enunciado de obligación como la profecía, o el cálculo de probabilidad, de una reacción hostil frente a la conducta irregular, y nuestra tesis de que si bien ese enunciado presupone un trasfondo en el que las conductas irregulares enfrentan generalmente reacciones hostiles, su uso característico, sin embargo, no es predecir esto, sino expresar que el caso de una persona cae bajo tal regla. De hecho, sin embargo, esta diferencia no es pequeña. Por cierto que mientras no se capte su importancia no podremos entender adecuadamente todo el distintivo estilo de pensamiento, discurso y acción humanos que va involucrado en la existencia de reglas y que constituye la estructura normativa de la sociedad" (HART H.L.A., 2011: 110).

A riesgo de repetir, una aclaración es importante respecto de los enunciados internos que identifican las reglas que pertenecen al sistema: estos enunciados son internos porque presuponen la aceptación de la regla de reconocimiento usada como criterio de pertenencia.

Son enunciados internos respecto de una determinada regla de reconocimiento, que toman como criterio *apropiado o correcto* a los fines de identificar cuáles son las normas del sistema jurídico en cuestión. Es redundante también, pero considero importante insistir en que decir que un criterio es apropiado o correcto no implica que este criterio sea a su vez percibido como justo, útil, deseable o algún otro tipo de valoración imaginable, sino que se lo reconoce como el criterio de la práctica en cuestión.

Entonces:

"Si se comprende este uso de una regla de reconocimiento aceptada al formular enunciados internos, y se lo distingue cuidadosamente de un enunciado fáctico externo que afirma que esa regla es aceptada, desaparecen muchas oscuridades referentes a la noción de 'validez' jurídica. Porque la palabra 'válido' es usada con más frecuencia, aunque no siempre, precisamente en tales enunciados internos, que aplican a una regla particular de un sistema jurídico una regla de reconocimiento no expresada pero aceptada. Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema." (...)

"Podemos en verdad decir simplemente que el enunciado de que una regla particular es válida significa que satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento. Esto es incorrecto sólo en la medida en que podría oscurecer el carácter interno de tales enunciados; porque como la expresión 'saque lateral' usada en el fútbol, estos enunciados de validez normalmente aplican a un caso particular una regla de reconocimiento aceptada por quien los formula y por otros, y no enuncian expresamente que la regla ha sido satisfecha" (HART H.L.A., 2011: 128, 129).

Puede verse cómo también es posible referirse a una práctica reglada desde el punto de vista externo. Los enunciados desde este punto de vista pueden ser externos extremos o externos moderados. Por un lado, los enunciados externos extremos sólo consideran determinadas regularidades de conducta, hechos empíricos, y permiten al observador hacer cálculos de probabilidad de su futura

instanciación. Mientras que los enunciados externos moderados desde el punto de vista externo constatan que determinadas personas consideran ciertos criterios como razones para actuar en determinado sentido y para criticar su no seguimiento (HART H.L.A., 2011: 110-111).

Conforme a mi lectura, y en relación con el derecho, el enunciado "En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia" interpretado desde el punto de vista externo extremo, sería equivalente a un enunciado sobre el hecho de que los órganos del estado rechazan y aplican sanciones frente a determinado estado de cosas (que se intervenga voluntariamente para poner fin a la vida de una persona con su propio consentimiento), y que dadas las circunstancias actuales puede preverse que así siga sucediendo. Este tipo de enunciado es verdadero si los hechos considerados efectivamente existieron y si el cálculo de probabilidad fue correctamente establecido.

Luego tenemos los enunciados externos moderados. Este tipo de enunciados es realizado desde el punto de vista externo, pero los hechos relevantes para afirmar que una norma pertenece a un ordenamiento jurídico son diversos, en este caso son las creencias y actitudes de los miembros de la práctica. Así, por ejemplo el enunciado "En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia" es verdadero cuando los participantes de la práctica jurídica consideren que la eutanasia se encuentra prohibida. En este caso el enunciado afirma algo como lo siguiente "los sujetos relevantes consideran que las reglas que prohíben la eutanasia pertenecen al sistema jurídico italiano". Los enunciados de validez, bajo esta interpretación, constituyen expresiones elípticas que parecen hacer referencia, por ejemplo, a la pertenencia de una norma al sistema cuando en realidad hacen referencia al hecho de que los operadores jurídicos generalmente usan determinados criterios de validez conforme a los cuales identifican determinadas reglas como pertenecientes al sistema.

- *Debate en torno a la noción de punto de vista interno*

Mi reconstrucción de algunos de los aspectos centrales de la obra de Hart podría ser puesta en cuestión ya que, como se adelantó, existen diversas interpretaciones de su trabajo. Uno de los puntos que ha suscitado un amplio debate es justamente la noción de punto de vista interno (o aceptación).

MacCormick, por ejemplo, distingue en el punto de vista interno dos elementos, uno cognitivo y uno volitivo²⁶⁸. El elemento de cognición se refiere al reconocimiento del patrón de conducta, es el aspecto "reflexivo" del punto de vista interno, y se traduce en la capacidad de reconocer casos de conformidad, de no-conformidad e irrelevantes; y de evaluar casos conforme a ese patrón. El elemento volitivo hace referencia al deseo o preferencia de seguir el patrón, y es el aspecto "crítico" del punto de vista interno. Esta preferencia puede ser condicionada y depender de una red de creencias y expectativas recíprocas. Veremos, en el siguiente apartado, cómo la interpretación de MacCormick al considerar el punto de vista interno con un elemento cognitivo y uno volitivo, lo hace considerar que el punto de vista propio del teórico del derecho es el punto de vista externo o moderado, que él llama hermenéutico.

La lectura de MacCormick enfrenta algunos problemas. En primer lugar, el elemento "volitivo" del punto de vista interno se contrapone con el rechazo expreso de Hart de identificar el punto de vista interno con "sentimientos", los cuales no son para él ni necesarios ni suficientes para la existencia de obligaciones. MacCormick sin embargo, señala que Hart no es consistente en la forma en que relaciona distintos conceptos de su teoría como "aceptación", "punto de vista interno", "enunciados internos". Si bien Hart rechazaría la idea de "sentimientos" respecto del punto de vista interno, pareciera admitirla respecto del concepto de

²⁶⁸ MACCORMICK N., 2010: 108-110; y MACCORMICK N., 1978: "Appendix: On the 'Internal Aspect'", pp. 275-292.

"aceptación", mostrando así cierta ambigüedad o desconexión en los conceptos utilizados (MACCORMICK N., 1978: 288). En la lectura propuesta en esta investigación se ha intentado reconstruir de forma homogénea estos conceptos, entendiendo la aceptación como equivalente a la noción de punto de vista interno, y a los enunciados internos como aquéllos realizados por quien se encuentra en el punto de vista interno.

MacCormick reconoce que el aspecto "volitivo" puede no estar presente en todos los participantes de la práctica, en tanto que algunos pueden tener sólo el aspecto "cognoscitivo", es decir que entienden y comprenden la práctica, aprenden una habilidad, pero la llevan a cabo por diversas razones. Podría decirse que para él este punto de vista interno (incompleto o disminuido) depende de que, al menos, algunos miembros cuenten también con el aspecto "volitivo", es decir con el punto de vista interno completo.

Sin embargo, el aspecto "volitivo" de MacCormick, que luego, como se verá, lleva a la interpretación del punto de vista interno como un punto de vista práctico, se comprende mejor (dentro de la propuesta de Hart) como externo o independiente de la "aceptación". Me explico: la aceptación implica el reconocimiento del estándar, del patrón de conducta, y el reconocimiento o la comprensión de que éste es el patrón *correcto* para determinados fines o propósitos. La voluntad o preferencia del sujeto se encuentra en la elección de los fines o propósitos perseguidos (en actuar siguiendo la regla en pos de la consecución de tales fines), no en el reconocimiento del patrón de conducta²⁶⁹. Así, por ejemplo, para identificar las reglas de un sistema jurídico, se reconocen los criterios de

²⁶⁹ Esta posibilidad es también reconocida por Jori, si bien no asegura que pueda atribuirse a Hart, sino que es solo conjetural: "Il dilemma verrebbe meno se potessimo modificare o attenuare il senso del requisito dell'accettazione delle norma giuridiche (...) a un atto intellettuale di presa in considerazione, che non implica l'adozione di quelle norme a guida del proprio comportamento, ma solo a criterio di giudizio in senso meramente intellettuale di tale comportamento in base alle norme giuridiche considerate" (JORI M., 1979: 172).

validez de la regla de reconocimiento como los criterios correctos (se los acepta), luego la voluntad está en seguirlos o no; i.e., si se quiere identificar o no las reglas, en identificar o no las reglas que forman parte del ordenamiento. Que esos criterios sean considerados correctos no es una cuestión "volitiva" o de "preferencias", respecto de si se seguirá el patrón o no. Se trata de patrones, en el caso de las reglas sociales, "aprendidos" en la práctica social, o, en el caso de las reglas jurídicas, patrones establecidos conforme a los patrones "aprendidos" en la práctica social de reconocimiento.

Pensemos en el ejemplo de los vegetarianos: una cosa es reconocer cuáles son los patrones a seguir para alimentarse como un vegetariano, y otra decidir seguir la práctica vegetariana o no, lo cual constituye el elemento "volitivo". Esta forma de entender el punto de vista interno hace aun más relevante el propio ejemplo propuesto por MacCormick, en donde los liliputienses encuentran a Gulliver en posesión de un objeto que desconocen e interpretan que éste es "el dios que él adora", por cuanto los liliputienses no contaban con el punto de vista interno respecto de las reglas que hacen posible comprender y usar un reloj.

Por su parte, Michael Martin señala que pueden distinguirse cuatro tipos de puntos de vista internos. Uno sería "el punto de vista interno cognitivo", análogo al punto de vista hermenéutico de MacCormick o punto de vista externo moderado de Hart. Luego, "el punto de vista interno evaluativo estándar", propio de quién usa las reglas porque considera que realmente generan obligaciones. Este último debe distinguirse del "*como si* punto de vista interno evaluativo" y del "punto de vista interno evaluativo estándar *impuro*". El primero sería el punto de vista de alguien que tiene un punto de vista interno pero no "acepta", es decir, según Martin, no cree que haya una obligación de obedecer el derecho; el segundo, el de alguien que sí cree que existe tal obligación pero obedece por otras razones; habría una desconexión entre la cognición y el aspecto volitivo (MARTIN M., 1987: 21). Esta

construcción me parece un poco desacertada, por cuanto toma la "aceptación" como reconocimiento de la "normatividad" en el sentido de obligatoriedad moral, y por lo tanto el punto de vista interno cognitivo no implica "aceptación". De la misma forma que, como vimos, sugiere MacCormick, la aceptación implicaría este elemento volitivo o "disposición a actuar en conformidad".

Esta ambigüedad del punto de vista interno también ha sido señalada por otros autores. Redondo sostiene que hay cierta ambigüedad en el uso de interno/externo, ya que podrían entenderse dos interpretaciones diversas de esta distinción, una en referencia al punto de vista cognitivo o de comprensión y la otra al punto de vista volitivo de razón para la acción²⁷⁰.

Rodríguez Blanco, por su parte, también señala que existen dos posibles interpretaciones del punto de vista interno de Hart: un punto de vista interno del participante y un punto de vista práctico, siendo este último según sus argumentos, el punto de vista interno de Hart²⁷¹. De consideraciones similares también se ha propuesto una reconstrucción de los enunciados internos de Hart en clave expresivista²⁷².

Sin embargo, considero que el problema para ver nítidamente este punto no reside en la extraña naturaleza del tipo de punto de vista, sino en el tipo de regla que estamos analizando. En este sentido, las reglas conceptuales o reglas del lenguaje presentan complejidades o dificultades para analizar su aspecto interno, diversas a las de una regla que establece, por ejemplo, que está prohibido fumar en la biblioteca. Respecto de las reglas conceptuales, no parece sencillo distinguir entre su uso y su aprobación. En este sentido, Muffato afirma que en el caso de las reglas conceptuales no puede distinguirse entre uso y aceptación: quien acepta

²⁷⁰ REDONDO M.C., 2018B: capítulo V, pp. 195-246.

²⁷¹ Señala así la autora una diferencia con la posición de Winch, quien adoptaría el punto de vista interno entendido como el punto de vista del participante. Véase, RODRÍGUEZ-BLANCO V., 2007.

²⁷² Al respecto véase TOH K., 2005; 2011. Y, para una clara y crítica reconstrucción de la lectura de Toh sobre los enunciados internos: RAPETTI P.A., 2017.

reglas conceptuales comparte con los miembros de una práctica un concepto o un esquema de interpretación (MUFFATO N.; 2010: 122)²⁷³.

Esta complejidad deriva del hecho de que las reglas conceptuales moldean nuestra comprensión, nuestro entendimiento, y, por lo tanto, determinar hasta qué punto su uso es una cuestión "necesaria" o es el producto de una acción voluntaria (o reconstruible como voluntaria) es sumamente complejo. A primera vista podríamos pensar que en el caso de los conceptos más básicos que utilizamos en forma irreflexiva dentro de una práctica (sin pensar en ellos), el seguimiento de reglas conceptuales se asemeja más a la simple comprensión.

Mientras que, cuando reconstruimos nuestra práctica y nos proponemos cuestionar nuestras conceptualizaciones (nuestro uso del lenguaje), usamos las palabras con objetivo claramente crítico. En este contexto el uso de una palabra u otra parece sujeto no sólo a su uso correcto o incorrecto dentro de la práctica y a los riesgos (derivados de esto) de no lograr la comprensión, sino también a otro tipo de evaluaciones, del tipo de utilidad, oportunidad, etc. Especialmente en la actividad teórica (dirigida a lograr mayor entendimiento y a *mediante el entendimiento agudizado de las palabras lograr un mayor entendimiento de los fenómenos que nos rodean*) y crítica puede decirse que el uso del lenguaje implica no sólo comprensión sino también "voluntad": las reglas conceptuales en este contexto son usadas y elegidas. O, al menos, puede reflexionarse sobre la posibilidad de no usarlas. Es esta capacidad de reflexión respecto del seguimiento de reglas conceptuales lo que abre la posibilidad conceptual del punto de vista externo e interno también respecto de ellas²⁷⁴.

²⁷³ Muffato sostiene que las reglas conceptuales pueden distinguirse de las prescripciones metodológicas que siguen para elaborar teorías correctas, y en este caso, "L'espressione di un commitment teorico mediante un'asserzione dipende dunque dall'assunzione di un commitment pratico, consapevole o meno, crica l'impegno di determinati strumenti teorici".

²⁷⁴ Guastini y Bulygin, por ejemplo, sostienen que las reglas conceptuales son "definiciones", que aplicar una definición es algo muy diferente de seguir una norma (o regla).

- *Algunas precisiones sobre el método hartiano y sus influencias*

No hay acuerdo entre los estudiosos sobre cuál ha sido la influencia de la obra de Wittgenstein y de Winch en Hart (que he dado por sentada en mi reconstrucción). Aun entre quienes aceptan que existió, no hay acuerdo respecto del grado en que tal influencia determinó la construcción hartiana²⁷⁵. En el presente apartado intentaré mostrar lo que entiendo son las señales de que esta influencia existió y fue notable²⁷⁶.

Más allá del análisis de los argumentos, resulta una nota de color en la biografía de Hart realizada por Nicola Lacey: se muestra la gran impresión que la lectura del trabajo de Wittgenstein provocó en Hart. Nos cuenta la autora "Not a man known for extravagant turns of phrase, he [Hart] nonetheless remarked to one of his students that when he read the Blue Book 'It was as if the scales fell from my eyes'" (LACEY N., 2004: 140). También dice que algunos testigos recuerdan a Hart, luego de leer las *Investigaciones Filosóficas*, obra a la que llegó a referirse como "nuestra biblia", y decir "'I've been up all night! I've been up all night! I can't think of anything else'" (LACEY N., 2004: 140)²⁷⁷. MacCormick también señala en varias oportunidades que la influencia de la obra de Wittgenstein en Hart ha sido

²⁷⁵ Jori se pregunta si el método "del lenguaje ordinario" usado por Hart deriva de la influencia de J.L. Austin o de Wittgenstein, y en este caso se inscribiría propiamente en "la grande disputa metodologica nelle scienze sociali, tra sociologia comprendente e sociologia di altro tipo piú vicino al modello delle scienze naturali" (JORI M., 1979: 163-164). Explica que "stando alla sola lettura delle indicazioni metodologiche esplicite, forniteci peraltro da Hart con tanta parsimonia, ci troviamo pertanto dinanzi due possibili interpretazioni dell'indubitabile favore e attenzione prestati da Hart al linguaggio in uso, specie quello dei giuristi: un po' arbitrariamente la versione moderata si potrebbe indicare usando il nome di Austin, mentre la versione piú radicale si potrebbe indicare con quello di Wittgenstein" (JORI M., 1979: 172). En este sentido "l'analisi della struttura del linguaggio ordinario servirebbe, anzi sarebbe indispensabile, alla comprensione e descrizione delle azioni sociali in quanto si tratta del modo di parlare e di vedere sia il mondo sia le azione stesse che in esse è implicito, ad esse dà forma o significato" (JORI M., 1979: 170).

²⁷⁶ Véase para una crítica a esta posición, HUND J., 1991.

²⁷⁷ No obstante estas sugestivas e interesantes notas, no comparto la forma en que Lacey interpreta la obra de Hart y la influencia que Wittgenstein tuvo sobre ésta. La autora sostiene habría sido muy provechoso para Hart seguir las ideas de Wittgenstein. Sin embargo, creo que esto es exactamente lo que Hart hizo.

importante, y quizá en tono de broma sugiere que los dos libros de ensayos de Hart²⁷⁸ en sus primeras ediciones en inglés eran azul y marrón (MACCORMICK N., 2010: 71). En forma más contundente, la influencia de Wittgenstein en la obra de Hart fue puesta de manifiesto por Narváez Mora en su obra *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*²⁷⁹.

En el primer capítulo (punto 1.1. "Conocimiento social y giro lingüístico") se presentaron los elementos centrales del pensamiento de Wittgenstein en sus *Investigaciones Filosóficas*: concepción normativa del significado, importancia central del contexto y conocimiento de reglas. Estas ideas pueden encontrarse en la propuesta de Hart. Para éste, las prácticas sociales expresamente se entienden como prácticas regladas. Esto quiere decir que se establecen criterios dentro de esta práctica que distinguen entre seguimiento y desviación de ciertos parámetros, entre usos correctos y usos incorrectos.

Como se vio en Wittgenstein el análisis de los significados es *normativo*, en virtud de que el interés no es predecir cómo se usará el significado, sino comprender las condiciones que justifican un modo particular de usar el lenguaje. En el mismo sentido es posible interpretar la propuesta de Hart como orientada a determinar qué condiciones justifican determinados usos del lenguaje sobre el derecho, por ejemplo, los enunciados de validez. Y en este mismo sentido puede verse la crítica a considerar todos los usos del lenguaje significativo como reducibles a enunciados sobre hechos empíricos. Además, en Hart el significado

²⁷⁸ Se refiere a *Los Cuadernos Azul y Marrón* de Wittgenstein y a los libros de Hart: *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory* y *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, el cual ya no es impreso con el color amarronado de su primera edición, sino en verde.

²⁷⁹ NARVÁEZ MORA M., 2004. La autora explica la influencia de importantes filósofos del denominado giro lingüístico (Austin, Winch y Waismann) en Hart, señalando también las diferencias notables entre las perspectivas de cada uno. Señala: "Estas influencias en los presupuestos filosóficos del jurista inglés tienen en común haber supuesto una renovación en el tratamiento filosófico de la comprensión de acciones (también lingüísticas) a través de las ideas de regla y seguimiento de reglas. En el ámbito de la teoría jurídica que Hart desarrolló, tanto la identificación de acciones realizadas con palabras, como la comprensión de esas mismas acciones deben verse como procesos que van de la mano"(NARVÁEZ MORA M., 2004: 196).

también está necesariamente unido al contexto de uso. El sentido de un enunciado es inescindible de su uso en un contexto determinado.

Otro aspecto central de conexión entre las obras de ambos autores se refiere al conocimiento de reglas. Dado que el lenguaje es un fenómeno público constituido del acuerdo de los hablantes sobre el uso de los signos, en Wittgenstein encontramos la idea de que “comprender” un enunciado es una capacidad objetiva y públicamente controlable de usar correctamente los signos. Así, el conocimiento de las reglas implica dominar una técnica, es una habilidad. Cada formulación de la regla puede dar lugar a diversas interpretaciones, por lo que la única garantía de la corrección de la regla está en la práctica de la comunidad lingüística y no en la mente o disposición de un único hablante. Por esto las palabras tienen significado, por estar dentro de un juego del lenguaje determinado²⁸⁰. Entiendo que esto puede verse en Hart, al considerar que una expresión lingüística puede adquirir un significado como parte del discurso interno y otro como parte de un discurso externo, lo que lo lleva a distinguir entre diversos puntos de vista.

Finalmente arribamos a la concepción subyacente a la obra de Hart, según la cual por un lado es necesario distinguir entre el conocimiento empírico causal y la comprensión del sentido de acciones y prácticas sociales. El conocimiento de prácticas sociales requiere el conocimiento-comprensión de significado. Es el significado lo que hace a un determinado hecho empírico, o conjunto de hechos empíricos, constituir una acción determinada o un hecho significativo dentro de la práctica. En otras palabras, no sería posible describir una acción sin referencia a su significado.

²⁸⁰ Esto puede extenderse hacia lo que se conoce como *contextualismo*: los enunciados tienen significado dentro del contexto de todo un lenguaje (por ejemplo, las posiciones de Quine y Davidson) (GLOCK H.J., 1996: 88/89).

Estas ideas de Wittgenstein (sobre todo de sus *Investigaciones Filosóficas*) llegan a Hart de la mano de P. Winch²⁸¹, F. Waismann²⁸² y G. A. Paul²⁸³. Es importante destacar que Hart pertenecía a la "revolución en filosofía del lenguaje ordinario", que no sólo estaba precedida por Wittgenstein, sino también por G. Ryle²⁸⁴ y J. L. Austin²⁸⁵.

La influencia del trabajo *The Idea of A Social Science* de Winch en Hart también ha sido cuestión debatida entre los estudiosos. Por un lado, puede verse en las notas finales a *El Concepto de Derecho*, la cita a *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, específicamente en relación a la idea de punto de vista interno. Es notable que en su libro *H.L.A. Hart* MacCormick reconoce la importancia de Winch en el pensamiento de Hart²⁸⁶, pero en nota sostiene que "la teoría hartiana del 'aspecto interno' de las reglas establece un *contraste* entre reglas y 'hábitos', lo que diferencia su posición de la de Winch' (MACCORMICK N., 2010: nota 3, 104). No estoy de acuerdo con esta apreciación de MacCormick, por cuanto es precisamente la clara distinción entre "regla" y "hábito", que Winch señala en diversas oportunidades, la que sirve a Hart para elaborar su aspecto interno de las reglas. Véase, por ejemplo:

"In opposition to this I want to say that the test of whether a man's actions are the application of a rule is not whether he can **formulate** it but whether it makes sense to distinguish between a right and a wrong way of doing thing in connection with what he does even though he does not, and perhaps cannot, formulate that criterion" (WINCH P., 1958: 58).

²⁸¹ WINCH P., 2008.

²⁸² WAISMANN F., 1997.

²⁸³ PAUL G.A., 1957.

²⁸⁴ RYLE G., 1949.

²⁸⁵ AUSTIN J. L., 1975; 1979: "Performative Utterances".

²⁸⁶ Ésta es reconocida por la mayoría de los comentaristas hartianos, véase por ejemplo (Michael Martin, 1987: 21)

Y, aun en forma más contundente:

"It is only when a past precedent has to be applied to a new kind of case that the importance and nature of the rule become apparent. The court has to ask **what was involved** in the precedent decision and that is a question which makes no sense except in a context where the decision could sensibly be regarded as the application, however unselfconscious, of a rule. The same is true of other forms of human activity besides law, though elsewhere the rules may perhaps never be made so explicit. It is only because of human actions exemplify rules that we can speak of past experience as relevant to our current behaviour. If it were merely a question of habits, then our current behaviour might certainly be **influenced** by the way in which we had acted in the pas: but that would be just a causal influence" (WINCH P., 1958: 62).

En un sentido similar a MacCormick, Perry entiende que si bien Hart parece incorporar elementos de la tradición hermenéutica en ciencias sociales, lo que sugiere ver cómo los participantes en una práctica social entienden su propio comportamiento, parece que éste no quiere llegar tan lejos como, por ejemplo, Winch (PERRY S.R., 1998: 441). Perry explica, basándose en algunos pasajes del *Post Scriptum*, que Hart no estaba dispuesto a aceptar que la teoría deba necesariamente asumir el punto de vista interno, y que para Hart es posible una teoría externa descriptiva, fiel a un positivismo metodológico que describa desde fuera cómo los participantes entienden el derecho.

No me detendré a analizar todo el interesante análisis de Perry, sólo me interesa remarcar dos cuestiones que creo pueden evitar ciertas confusiones en este punto. La primera es que si bien es cierto que Hart acepta que pueden existir análisis internos y externos al considerar prácticas sociales, justamente lo

interesante es ver la diferencia que existe entre ambos tipos de análisis. En ningún momento parece sugerir que el análisis externo carezca de utilidad o importancia, y es más, expresamente reconoce los enunciados externos moderados que desde un punto de vista externo consideran las actitudes de los participantes de la práctica.

No obstante esto, entiendo que el interés de Hart, bajo la influencia de la revolución en filosofía del lenguaje, era distinguir entre distintas formas de uso del lenguaje, y considerar cómo podría ayudar esto a nuestro mayor entendimiento de la práctica y de la teoría del derecho. En este contexto, y con el marco conceptual por él propuesto, se abre la posibilidad de entender distintos tipos significativos de enunciados sobre el derecho: externos, externos moderados e internos. Estos últimos (usados para identificar las reglas de un sistema jurídico) tienen un contexto propio, distinto del de los enunciados externos. Éste es el punto en que puede leerse a Hart comprometido en un cien por ciento con las ideas de Peter Winch: es el contexto de la práctica social en la que participa quien profiere el acto de habla lo que determina la corrección o incorrección del enunciado.

La relación entre la obra de Hart y la de Winch también ha sido analizada por Rodríguez Blanco, quien si bien reconoce el origen del punto de vista interno de Hart en la influencia de Winch, señala que entre ellos existen diferencias importantes. Así, el punto de vista interno de Winch constituye el punto de vista del participante, mientras que el punto de vista interno de Hart constituye el punto de vista práctico. La diferencia entre ambos tipos de puntos de vista internos, señala la autora, ha sido pasada por alto en el debate en torno al punto de vista interno en la filosofía del derecho. Pero explica que, en virtud de entender (al igual que Perry) que el propósito de la teoría de Hart es explicar por qué el derecho impone obligaciones o razones para la acción a los sujetos (i.e., cómo genera deberes), entonces es claro que el punto de vista de Hart es el punto de vista práctico.

La lectura de Rodríguez Blanco no sólo nos fuerza a cambiar lo que expresamente sostiene Hart cuando habla de punto de vista interno o perspectiva del participante, por la noción de punto de vista "práctico" jamás nombrado; nos fuerza por un lado a olvidar el contexto filosófico en que Hart produce su obra y a presuponer (al igual que hace Perry) que para Hart el verdadero objetivo de la filosofía del derecho es justificar por qué el derecho da razones para la acción, o como ella misma dice, justificar los deberes jurídicos. Ella expresa: "Hart aims to provide an explanation of how the law enables judges and law-abiding citizens to determine what they ought to do" (RODRÍGUEZ-BLANCO V., 2007: 2).

Según la autora, y también según Perry, Raz²⁸⁷ y Dworkin²⁸⁸, Hart falla al explicar la característica del derecho de dar razones para la acción:

"Hart fails to give an account of the way in which the practice theory of rules explains the conditions which enable officials and law-abiding citizens to determine what they ought to do. He fails, therefore, to explain the reason-giving character of law" (RODRÍGUEZ-BLANCO V., 2007: 9).

En fin, esta crítica debe rechazarse de lleno: Hart no yerra en lo absoluto. Es, al menos, extraño sostener que "falla", es decir que tiene la intención de hacer cierta cosa o alcanzar cierto resultado pero no logra hacerlo. Los autores parecen asumir una intención no expresada por Hart de resolver el conocido problema de si hay o no una obligación de obedecer el derecho. Claramente esto es problemático, porque fuerza una lectura de la obra de Hart descontextualizada y por cierto lejana de la empresa que Hart consideraba propia de un estudio analítico²⁸⁹.

²⁸⁷ RAZ J., 1999

²⁸⁸ DWORKIN R., 1986.

²⁸⁹ Hart, al igual que Kelsen, considera que una de las tareas principales de la filosofía del derecho es la fuerza normativa de las proposiciones de derecho, que se encuentran tanto en el discurso de los operadores jurídicos como en los escritos académicos (HART H.L.A., 1983:18). Sin embargo, de esto no se sigue que ello signifique explicar si hay razones para obedecer el derecho.

No pretendo negar la importancia de la pregunta práctica respecto de si debe o no obedecerse el derecho, o si el derecho impone *genuinas* razones para la acción; pretendo, simplemente resaltar que el aporte de Hart se dirige a la comprensión y el esclarecimiento del uso del lenguaje, valiéndose de las herramientas de la filosofía del lenguaje ordinario y combinándolas con una concepción wittgensteniana del lenguaje y winchiana del conocimiento social, y esclarecer de qué hablamos cuando nos referimos al derecho y cómo esto cambia según la perspectiva o el punto de vista adoptado.

Sin embargo, la lectura aquí propuesta nos enfrenta con un aspecto problemático de esta concepción del lenguaje y del conocimiento social. La dificultad radica en el conocimiento de prácticas sociales en general, ya que el significado de los enunciados utilizados en la práctica es interno a la propia práctica. Como se sugirió en el primer capítulo, tales problemas se han presentado específicamente en el ámbito de la antropología social. Al respecto explica, por ejemplo, Jori cómo se relaciona esto con la idea de que corresponde descubrir la racionalidad interna de determinados comportamientos que a simple vista, para el observador externo, parecen irracionales para la descripción y explicación antropológica de comportamientos en una sociedad distinta a la propia²⁹⁰.

Retomando la crítica a diversas interpretaciones de la relación entre *El Concepto de Derecho* y Winch, la lectura aquí propuesta es compartida por Hamner Hill²⁹¹. Este autor, si bien reconoce que existen tensiones en la obra de Hart, sostiene que los argumentos de Hart contra el reduccionismo material (que sólo existe un discurso con sentido que es factual) y formal (que la única modalidad

²⁹⁰ Véase capítulo I, punto I, nota 33.

²⁹¹ HAMNER HILL H., 1990.

normativa es la orden *-command-*) lo comprometen con una forma de *verstehen*²⁹² que Hart pareciera no reconocer completamente. Sostiene Hill:

"While the *versthen* thesis is frequently associated with Max Weber and his intellectual predecessors Wilhelm Dilthey and Heinrich Rickert, the particular version of the *verstehen* thesis to which I believe Hart is committed comes from Peter Winch." (...) "The very real difficulty that Winch's hypothesis poses for the social scientist is that before the social scientist can give an explanation of behaviour in terms accessible to the person whose behaviour is being explained, the social scientist must be able to see the world as does the person whose behaviour is the explanandum" (HAMNER HILL H., 1990: 116, 117).

Si bien Hamner Hill entiende que los argumentos de Hart lo obligan a aceptar que el observador, para poder dar cuenta de las actitudes y creencias de un grupo, debe compartir esas actitudes y creencias, es decir volverse "nativo", agrega que esto le impide separar cuestiones de significado de cuestiones de "validez". Si esto es así lo veremos en profundidad en el próximo capítulo.

Aquí nuevamente llamaré la atención sobre cuál es el objeto de la empresa hartiana, con el sentido de vislumbrar para qué se utiliza la herramienta metodológica de distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo. Como vimos, muchos de los críticos de Hart entienden que éste quería (o debería "según el objetivo propio y natural de la filosofía del derecho") resolver el problema de la normatividad del derecho. Ahora bien, estos críticos tampoco se ponen de acuerdo respecto de si Hart intentaba sólo dar cuenta de lo que hacen los participantes de la práctica (Perry) o lo que debían hacer según la práctica, y esto mostraría nuevamente el carácter práctico del punto de vista interno (Rodríguez-

²⁹² Conocida como "comprensivismo", reconducible a Weber, Dilthey, el "giro interpretativo" de los 70', von Wright, Winch (luego Gadamer, Habermas, Taylor).

Blanco)²⁹³. Creo que esta polémica también es estéril en virtud de que Hart no estaba interesado en determinar qué es lo que los participantes debían hacer conforme una práctica del derecho específica, pero sí, señala que esta actividad debe llevarse a cabo desde el punto de vista interno de cada práctica específica.

Entiendo que en este punto es más esclarecedora la lectura que Tarello propone de *El Concepto de Derecho*²⁹⁴. En un agudo y crítico trabajo Tarello también señala una tensión entre el proyecto de Hart de construir una teoría general y, a la vez, su concepción contextual del significado, interesada por el contexto social de un determinado sistema jurídico (TARELLO G., 1974B: 103). Su conclusión: "A ben guardare, l'analisi di Hart non si limita affatto ad usi linguistici particolari, ma propone una riduzione linguistica ed una tesi epistemologica." (TARELLO G., 1974B: 120). Para Tarello, Hart por un lado propone una tesis metodológica y por otro una concepción del derecho ideológica, persuasiva, que reduce las reglas jurídicas no ya a las órdenes del soberano, sino a la reglas de un juego²⁹⁵.

No me extenderé más sobre la mejor interpretación de Hart. Como muchos han señalado, tal vez no sea la claridad de su obra o la falta de ambigüedades su aspecto más saliente, sino la posibilidad de inspirar la reflexión. En lo que sigue se presenta, al igual que con los modelos del positivismo clásico, a modo de esquema, mi reconstrucción del modelo de positivismo jurídico hartiano. Esto servirá para compararlo con los modelos clásicos, luego analizar algunas de sus derivaciones y tomarlas como punto de partida en la construcción de la propuesta epistemológica de teoría del derecho basada en contextualizar la descripción del derecho.

²⁹³ Véase RODRIGUEZ-BLANCO V., 2007: 16.

²⁹⁴ TARELLO G., 1974: "Helbert Hart e il concetto di diritto".

²⁹⁵ En este sentido Hart criticaría entender las reglas como dirigidas sólo a quienes buscan evitar la sanción y no a quienes quieren jugar el juego. Contrariamente, Tarello argumenta que también existen diferencias importantes entre las reglas jurídicas y las reglas de los juegos: por ejemplo, en un juego los jugadores conocen las reglas del juego, mientras que las reglas jurídicas son en su gran mayoría desconocidas. Según Tarello, Hart estaría criticando una forma de reducción para sustituirla por otra (TARELLO G., 1974 B: 113).

1.1 El concepto de norma

La noción de regla es central para la teoría de Hart. Es importante aclarar que con "regla" no se hace referencia solamente a lo que, conforme a las otras teorías, llamamos "normas jurídicas". Las reglas son de muy diverso tipo y forman parte de todas las actividades sociales (juegos, lenguaje, religión, etiqueta, etc.).

En lo que refiere al derecho, las normas jurídicas comprensivamente son reglas sociales, en cuanto tienen una existencia social y dependen de una práctica específica²⁹⁶. Hart específicamente llama la atención en la importancia de reparar en los distintos tipos de reglas que pueden encontrarse, y es esto lo que permite por ejemplo distinguir el derecho de otras "estructuras sociales" (como podría ser la moral), ya que en el derecho, al menos en los sistemas jurídicos actuales, puede verse una comunión de reglas primarias y secundarias.

Entonces es central para Hart vislumbrar que existen distintos tipos de reglas:

"algunas reglas son obligatorias en el sentido de que exigen que la gente se comporte de ciertas maneras, (...) otras reglas, (...) indican lo que la gente debe hacer para llevar a la práctica sus deseos." (HART H.L.A., 2011: 11) (...) "Tanto las reglas que confieren potestad para otorgar un testamento como la regla del derecho penal que prohíbe el robo bajo pena, constituyen *pautas o criterios de conducta (standards)* para la apreciación crítica de acciones determinadas" (HART H.L.A., 2011: 41).

En Hart no hay una definición específica de qué es una regla. Es más: al referirse al problema de la definición de "derecho" explica que muchas veces se ha intentado definirlo en referencia a las "reglas", pero que el concepto de regla es tan

²⁹⁶ Véase JORIM., 1979: 179.

desconcertante como el derecho mismo (HART H.L.A., 2011: 18). No se dará aquí una definición, pero se enunciarán algunas de las características relevantes que de la obra de Hart parecen compartir las reglas (todos los tipos de reglas). Como ya se dijo, es cuando hay reglas que puede distinguirse entre un aspecto interno y un aspecto externo. El aspecto externo consiste en determinada actividad que se realiza en forma análoga una y otra vez, mientras que el aspecto interno es ver esa reiteración como la conformidad con un parámetro o criterio, es considerar que ese parámetro o criterio divide al mundo en dos, en acciones o estados de cosas conformes a la regla y acciones o estados de cosas no conformes a la regla. Este punto de vista interno implica ver tal criterio como una razón para hacer esta distinción y para criticar a quienes no lo hacen o lo hacen en forma incorrecta en virtud de ese mismo criterio.

Un punto central es que bajo esta concepción las reglas forman parte de una práctica social. Esta concepción es llamada por Hart "teoría práctica" de las reglas (HART H.L.A., 2000: 32). Las reglas son expresables mediante el lenguaje, pero no son necesariamente el producto de un acto de habla. Esto marca una gran diferencia con el modelo realista, donde las normas siempre se entienden como prescripciones²⁹⁷.

Específicamente, las reglas jurídicas o reglas del derecho son aquéllas que se identifican mediante la regla de reconocimiento, su peculiaridad es que forman parte del sistema jurídico; podría decirse que al igual que la norma fundamental básica en Kelsen, la regla de reconocimiento da unidad al sistema. Entonces, las reglas jurídicas se identifican de acuerdo a la regla de reconocimiento, algunas

²⁹⁷ Es importante señalar cómo Hart resalta el hecho de que no todas las normas jurídicas son "legisladas (*enacted*), ni todas son la expresión del deseo de alguien como lo son las órdenes generales de nuestro modelo. (...) Es obvio que las normas jurídicas, aun cuando se trate de leyes, que son normas deliberadamente creadas, no son necesariamente órdenes dadas a *otros*" (HART H.L.A., 2011: 33). De esta forma se aleja de los modelos prescriptivistas analizados en el capítulo precedente.

pueden ser promulgadas y derogadas conforme a las reglas de cambio, y son aplicadas conforme a las reglas de adjudicación.

Un aspecto que para algunos ha sido problemático es si la regla de reconocimiento que establece los criterios de pertenencia al sistema es una regla jurídica o no. A mi entender Hart ha desestimado acertadamente el problema, resaltando que la cuestión no es relevante: puede llamársela jurídica porque determina cuál es el espacio de lo jurídico, o puede decidirse no hacerlo porque al cumplir esta función se encuentra fuera del conjunto o espacio que define. De todas formas, lo relevante es que es una regla social, a la que le es aplicable la teoría práctica de las reglas, es decir una regla interna a determinada práctica social, y no es relevante si se la define como jurídica o no sino analizar su función de ayuda a la comprensión de la práctica jurídica.

1.2 Existencia de normas

Para abordar este tema es importante realizar algunas aclaraciones sobre las nociones de existencia y validez. En referencia a la regla de reconocimiento Hart sostiene:

"...es importante distinguir entre 'dar por admitida la validez' y 'presuponer la existencia' de tal regla; aunque más no sea porque no hacerlo oscurece lo que se quiere decir al afirmar que esa regla **existe**" (HART H.L.A., 2011: 136).

Puede explicarse la idea de la siguiente forma: "existencia" puede entenderse en dos sentidos diferentes. En un primer sentido, la existencia es una cuestión de hecho, espacial y temporalmente determinada, constatable mediante métodos de verificación empírica. En un segundo sentido, que es importante diferenciar, la existencia de una regla es entendida como "validez" o "pertenencia" a una práctica

reglada. En este segundo sentido las reglas son significados, son entidades abstractas, contenidos deónticos no reducibles a datos empíricos. La validez es constatable mediante procedimientos inferenciales a partir de ciertos contenidos de significado. Para hacer referencia al primer sentido suele utilizarse precisamente la palabra "existencia", mientras que para el segundo sentido se usa generalmente "validez"²⁹⁸.

Estas dos formas de entender la existencia cobran relevancia porque en la perspectiva de Hart –antes de abordar cualquier interrogante– es necesario distinguir entre el punto de vista interno y el punto de vista externo. El primer sentido de existencia refiere a una cuestión que se presenta típicamente desde el punto de vista externo: ¿puede verificarse en un momento y un lugar determinados la existencia de una práctica regular convergente de seguir determinados criterios de conducta, de considerarlos razones para actuar de ese modo y para criticar la desviación? El segundo sentido de existencia, la "validez", se presenta como una cuestión exclusiva del punto de vista interno. La cuestión es si determinada regla pertenece al derecho en conformidad a los propios criterios del sistema jurídico, i.e., si hemos identificado de forma correcta las reglas que pertenecen al sistema jurídico. En este caso, la respuesta a la cuestión de si una regla pertenece o no, dependerá de las propias reglas del derecho y no de la constatación empírica.

La explicación de Hart al respecto en *El concepto de derecho* se presenta un poco confusa, cuando distingue entre sistemas de reglas simples y complejos (sistemas con reglas primarias y secundarias). Explica que en un sistema de reglas simple, la existencia es una cuestión de hecho, si un determinado modo de

²⁹⁸ Como puede verse, aquí el problema de la existencia no se presenta directamente de la misma forma que en algunos de los modelos considerados dentro del positivismo clásico, sobre todo aquéllos que entienden la existencia como vigencia o vigor. Podría ser una idea de existencia más similar al sentido objetivo en Kelsen o al modelo de Alchourrón y Bulygin que, como vimos, se limitan a un análisis sintáctico de los enunciados.

conducta es generalmente aceptado como pauta o criterio. En los sistemas jurídicos más complejos, donde hay una regla de reconocimiento, se hace más complejo determinar cuándo las reglas "existen". Por esto:

"El enunciado de que una regla existe puede no ser ya, como ocurría en el caso simple de las reglas consuetudinarias, un enunciado externo del **hecho** de que cierto modo de conducta es generalmente aceptado en la práctica como pauta. Ahora puede ser un enunciado interno que aplica una regla de reconocimiento aceptada, pero no expresa, y que, dicho en forma tosca, significa únicamente que la regla es 'válida según los criterios de validez del sistema'" (HART H.L.A., 2011: 137).

En relación a la existencia de reglas, es relevante resaltar que en el derecho ocupan un rol preponderante las reglas jurídicas promulgadas. Si bien son reglas sociales por cuanto surgen en un contexto social y son el producto de acciones con sentido en un tipo y un lugar determinados, tienen especificidades propias. Las reglas promulgadas forman parte del sistema jurídico desde el momento de su promulgación, aun cuando no haya habido ocasión para su aplicación (i.e. cuando no pueda evidenciarse el aspecto externo propio de las reglas sociales), por lo que no les es del todo aplicable la teoría práctica de las reglas (Hart, 2000: 34). También existen cuando, aun siendo aplicadas por los tribunales, no hay una presión social seria por parte de los ciudadanos para su seguimiento. Respecto de estas reglas, el único sentido de existencia sobre el cual puede indagarse es el segundo, existencia como validez o pertenencia. Como se dijo ya, éste es un sentido propio de quien adopta el punto de vista interno.

Esta explicación ayuda también a entender por qué Hart sostiene lo siguiente:

"Sin embargo, en este aspecto, como en otros, una regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, 'existir' aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho" (HART H.L.A., 2011: 137).

Al concebirse la regla de reconocimiento como regla última de la práctica, no tiene sentido entonces preguntarnos si ésta es válida o pertenece en virtud de los criterios proporcionados por otra regla. En este caso, parece que, respecto de las reglas sociales propias de prácticas simples, las reglas consuetudinarias o la regla de reconocimiento, estas reglas se aprenden y se usan; la pregunta por su existencia puede ser sólo una pregunta externa respecto de si puede verificarse que un grupo tiene la práctica de seguirla. El punto de vista interno respecto de la regla de reconocimiento (y de estas reglas sociales de prácticas sociales simples en general) se traduce en aprender a utilizar la regla como criterio correcto para identificar las reglas jurídicas²⁹⁹.

²⁹⁹ En relación a la existencia de reglas de una práctica simple y reglas de una práctica compleja como el derecho, Hart en la entrevista de Páramo Argüelles afirma que uno de los mayores problemas de *El concepto de derecho* es su explicación de la noción de "obligación jurídica". En esa oportunidad, él sostuvo que las obligaciones (de todo tipo) surgen de reglas sociales (en forma general). Señala que esto es de utilidad para las obligaciones que surgen de reglas de tipo consuetudinario, pero en los sistemas jurídicos compuestos de reglas primarias y secundarias las obligaciones jurídicas pueden surgir de reglas emitidas por la legislatura y aplicadas por los tribunales, aunque tales reglas no cuenten con aceptación general ni presión social, pues sin embargo continúan siendo reconocidas por los tribunales. Ambos tipos de reglas imponen obligaciones, ya que no es sólo la presión social y la exigencia de conformidad lo que hace que exista una obligación, sino "que se debería mayoritariamente aceptar que esas reglas son respuestas

En otro pasaje sobre la regla de reconocimiento Hart sostiene que ésta

"puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes los usan para identificar el derecho" (HART H.L.A., 2011: 139).

El enunciado externo que afirma la existencia de la regla de reconocimiento es un enunciado sobre la existencia de un grupo que sigue o usa determinado criterio de identificación de reglas, un enunciado sujeto a verificación empírica y lógicamente diverso a enunciados internos que afirman la validez (o pertenencia) de reglas jurídicas a un sistema jurídico específico, que no son enunciados de hecho.

En conclusión, existen reglas (en el primer sentido de existencia) cuando existen prácticas sociales que son espacial y temporalmente situadas, y cuyo contenido es contingente. Específicamente Hart hace referencia a la existencia de la regla de reconocimiento, y sostiene que ésta se manifiesta, se muestra, en la práctica de identificación de las reglas jurídicas (HART H.L.A., 2011: 127). Así

legítimas a las desviaciones, en el sentido de que son exigidas o al menos permitidas por el sistema" (PÁRAMO ARGÜELLES J.R., 1988: 344). Este pasaje, explica que tanto la presión social como las exigencias no son sólo consecuencias predecibles de las desviaciones, sino consecuencias *normativas*, porque son "legítimas". Esto refleja el punto de vista interno de los funcionarios que aceptan las reglas secundarias de reconocimiento como identificadoras de las reglas que los tribunales tienen que aplicar. Sin embargo, Hart aclara que el concepto de obligación jurídica sigue siendo moralmente neutral, y que las obligaciones morales y jurídicas son conceptualmente diferentes. Lo que legitima una obligación jurídica son reglas jurídicas positivas, mientras que lo que legitima una obligación moral son reglas o principios morales. Considero que este uso de la palabra "legítimo" oscurece este último punto, ya que el vocablo *legitimidad* es normalmente asociado a una pretensión moral o política. Tal vez, si el objetivo es distinguir entre distintos contextos donde surgen obligaciones, la idea de considerarlas "legítimas" vuelve a confundir al lector. Hart está pensando en un uso diverso de *legitimidad*, donde ésta dependerá de cada contexto específico. Creo que es un intento "legítimo", pero refleja nuevamente la misma ambigüedad de la idea de "obligación", que es la misma ambigüedad presente en la idea de "normatividad". Se retomará el problema de la "legitimidad" en el capítulo IV.

mientras la pregunta por la existencia es una pregunta externa, desde el punto de vista interno la pregunta se refiere a la validez o a la pertenencia de reglas a un sistema. Esta segunda pregunta no es equivalente a la primera. Su respuesta, y si ésta es correcta o incorrecta, dependerá de la correcta aplicación de los criterios de la propia práctica.

1.3 Descripción de normas

Como se explicó respecto del método propuesto por Hart, no es claro cuál es el punto de vista propio de un teórico o de alguien interesado en describir cuáles son las reglas de una determinada práctica social. Quienes consideran que el punto de vista interno es eminentemente práctico entienden que para describir un ordenamiento jurídico es necesario situarse en el punto de vista externo³⁰⁰. Sin embargo, y para no pasar por alto la importancia de considerar cómo entienden la práctica los participantes, se opta por el punto de vista externo moderado.

Como vimos, MacCormick, al reconstruir el punto de vista interno conforme a dos aspectos, cognitivo y volitivo, sostiene que el punto de vista de un teórico del derecho, que se precie de tal, sería el punto de vista externo no extremo, pero que a los fines de evitar confusiones respecto de la pertenencia o no a la práctica (cuestión que parece ser irrelevante), considera mejor denominar punto de vista hermenéutico (MACCORMICK N., 2010: 104). Esto, recordemos, es así porque el punto de vista interno (al menos en su versión principal) contiene el elemento "volitivo".

Por su parte Raz, en *Practical Reasons and Norms*, sostiene que los enunciados internos y externos de Hart no son suficientes para explicar los enunciados que

³⁰⁰ Véase, GUASTINI R., 1999: "Conocimiento sin aceptación". En el mismo sentido Ross sostiene: "For my part I want to add that the internal language is not of a descriptive nature. Its function is not to state or describe facts, not to confer information of any kind, but to present claims, to admonish, to exhort" (ROSS A., 1962: 118).

describen lo que debe hacerse según el derecho³⁰¹. Para realizar esto es necesario recurrir a un tercer tipo de enunciados que aquí llama "enunciados desde un punto de vista" (RAZ J., 1999: 171). Estos enunciados desde un punto de vista son verdaderos o falsos, y dentro de la teoría de Raz su importancia deriva de su posible utilidad para muchos fines prácticos. Luego, en *The Authority of Law*, los llama enunciados *detached* o no comprometidos³⁰².

Raz reconoce que Hart no estaba preocupado por el problema de la validez en cuanto fuerza vinculante, sino en cuanto pertenencia. También, que al tratar la distinción entre distintos tipos de enunciados no consideró la fuerza vinculante de las normas. Por esto, si se introduce esta variable (fuerza vinculante) Raz entiende necesario distinguir entre el enunciado interno que reconoce la obligatoriedad de una regla (enunciados sobre las razones para actuar) y un enunciado *detached*³⁰³. Este tipo de enunciados se lleva a cabo desde un punto de vista, que sería el punto de vista del sistema jurídico. Es por esto que este enunciado para él no es un enunciado condicional (cuyo antecedente sería que las normas que pertenecen a ese sistema jurídico son válidas), ni presupone que las normas que pertenecen al sistema jurídico son válidas.

Hart reconoce el valor de la distinción presentada por Raz, pero en la entrevista realizada por Páramo Argüelles aclara:

³⁰¹ Raz además considera que este tipo de enunciados, si bien puede encontrarse en el contexto jurídico, es parasitario de dos tipos de enunciados típicos del contexto jurídico, que son los enunciados que afirman cuáles razones son válidas para la acción, y los enunciados que se refieren a las creencias y actitudes de las personas en relación a las normas.

³⁰² Cf. RAZ J., 1979: "Legal Validity".

³⁰³ Duarte D'Almeida presenta una crítica a los enunciados *detached* de Raz, ya que no serían informativos, como pretenden serlo. La verdad o falsedad del enunciado parece depender entonces del punto de vista adoptado, pero adoptar un punto de vista sería considerar determinadas presuposiciones como verdaderas, lo que Raz pretende evitar. Al no hacerlo, el autor argumenta que no parece entenderse la diferencia con un enunciado externo. Véase DUARTE D'ALMEIDA L., 2011.

"Mi opinión es diferente; a mi juicio, los «enunciados jurídicos vinculados» («committed») son emitidos por quienes aceptan las reglas jurídicas como guías y pautas de crítica de la conducta, aunque no es necesario que crean en su vinculatoriedad moral. Los «enunciados jurídicos neutrales» («detached») son, pienso, emitidos desde el punto de vista de quienes aceptan las reglas jurídicas, aunque sin compartir tal aceptación" (PÁRAMO ARGÜELLES J.R., 1988: 351).

Sin embargo, en este pasaje no queda claro cuál sería para Hart la forma lógica de estos enunciados *detached*: parecería que, a diferencia de la propuesta de Raz, éstos serían enunciados en tercera persona respecto de la aceptación de otros de determinadas reglas o enunciados de forma condicional.

Hart también resalta algunos puntos en que su teoría se diferencia de la de Raz en *Legal Duty and Obligation* donde sostiene:

"I would quarrel, however, for reasons I explain later both with Raz's characterization of the legal point of view from which he considers such detached statements are made and with his account of what is involved in the judges' acceptance of the laws of their system. Into both of these Raz injects a moral element which is, I think, unrealistic but is necessary for his account of the normativity of legal statements of duty" (HART H.L.A., 2011: 155).

Aquí explica que para Raz, en virtud de su teoría de la razón práctica y de tenor cognitivista, el enunciado normativo que afirma que alguien tiene una obligación implica que existe una razón para que esta persona actúe de determinada manera. Estas razones se conciben como razones objetivas, son razones morales para la acción y, por eso, quien hace tal enunciado debe creer que

existe esta razón o hacer de cuenta que existe. Para Raz los enunciados normativos de deber son *moral claims*. En esto Hart rechaza la posición de Raz, para él la aceptación no es moral y las reglas jurídicas no son razones categóricas para la acción (HART H.L.A., 2011: 159)³⁰⁴.

En conclusión, los enunciados *detached* o no comprometidos serían útiles para la descripción del derecho, pero su relevancia depende de considerar la aceptación de una regla como el reconocimiento de que ésta es una razón concluyente para la acción. Conforme la lectura de Hart aquí propuesta, los enunciados no comprometidos serían, si son enunciados en primera persona y no enunciados condicionales (como Raz pretende), una especie dentro de la categoría de los enunciados internos. Mientras que, si su forma lógica es la de un enunciado condicional, serían análogos a los enunciados externos hermenéuticos de MacCormick.

Según la clasificación de los puntos de vista propuesta por Michael Martin, para Hart los funcionarios deben adoptar el punto de vista interno evaluativo estándar y los filósofos del derecho los puntos de vista externo o interno cognitivo (i.e., externo moderado según Hart). Sin embargo, Martin también critica la necesidad del teórico de adoptar este punto de vista interno cognitivo o hermenéutico (según nuestra interpretación, externo moderado). Se pregunta por qué no adoptar un simple punto de vista externo. Se cuestiona que sea necesario explicar la práctica con los conceptos que usan los abogados y legos (por ejemplo, el de regla): estos conceptos pueden ser útiles para fines prácticos, no teóricos (MARTIN M., 1987: 21).

Bulygin también propone una visión tripartita de los enunciados externos de Hart, que serían los únicos enunciados que pueden "describir". Los que

³⁰⁴ "I have only argued that when judges or others make committed statements of legal obligation it is not the case that they must necessarily believe or pretend to believe that they are referring to a species of moral obligation" (HART H.L.A., 2011: 161).

registran regularidades de conducta, los que registran regularidades de conducta más las reacciones hostiles y, por último, los que registran que, además, los miembros de la sociedad aceptan ciertas reglas que consideran justificadas. Los tres tipos de enunciados externos son enunciados del tipo fáctico y en su última versión constituyen lo que el autor entiende por proposición normativa (BULYGIN E., 1991 A: 178).

A su vez, Chiassoni también sostiene que en Hart pueden distinguirse tres puntos de vista externos. Uno extremo, que sólo registra regularidades de conducta; un punto de vista un poco menos extremo, que percibe regularidades y ciertas reacciones antes estas regularidades; y, finalmente, un punto de vista externo que además registra los comportamientos lingüísticos de los miembros de este grupo (CHIASSONI P., 1996: 72). Este último es según Chiassoni el punto de vista de quien quiere hacer aserciones sobre la existencia de reglas sociales en un grupo.

Hamner Hill en su interpretación de Hart como comprometido con una forma de metodología *verstehen*, sostiene:

"The question that now must be addressed is how the legal scientist it to incorporate reference to the internal aspect into a descriptive account of a legal system. It is not altogether obvious that referring to the belief structures of another requires one to share those structures. It is precisely Hart's desire that the legal philosopher 'understand what it is to be motivated by such beliefs' without actually sharing them. In fact, one might hope that there is no such requirement precisely because scientific examination of any phenomenon requires a degree of detachment from the phenomenon. It is my view that Hart cannot consistently embrace this position and still have the internal aspect or rules do to the

theoretical work he wants it to do –which is to provide a basis rejecting Austin's material reductionism. At the issue here is the point of view an investigator should adopt in order to understand and describe a social phenomenon" (HAMNER HILL H., 1990: 122).

Puede ser de utilidad para explicar la descripción de normas (descripción del contenido del derecho) en la teoría de Hart, la distinción que sugiere entre enunciados *del derecho* y enunciados *sobre el derecho*³⁰⁵. Los enunciados *del derecho* son del tipo: "La persona x tiene una obligación jurídica". Para Hart éstos son enunciados normativos, en los que se evalúa una conducta desde el punto de vista de quienes aceptan las reglas del derecho como estándar de conducta (enunciados sobre lo que las personas deben o no jurídicamente hacer). Ésta es para Hart la forma más común de describir el contenido del derecho. Estos enunciados tienen un significado distinto al de los enunciados *sobre el derecho*, que son fácticos, históricos, y describen acciones, actitudes y creencias y, nuevamente, aunque estén muy relacionados no significan lo mismo que los anteriores.

Los enunciados *del derecho* no pueden reducirse a enunciados *sobre el derecho*³⁰⁶. Los enunciados *del derecho* son asimilables a la interpretación que aquí se

³⁰⁵ En inglés se denominan: *statements of the law and statements about the law* (HART H.L.A., 2011: 144). Considero, sin embargo, que esta terminología puede ser confusa, aun más confusa que la distinción entre enunciados internos y externos. Esto por qué los enunciados *del derecho* son enunciados emitidos desde el punto de vista del derecho (en esta investigación serían enunciados internos o emitidos desde el punto de vista interno) y este nombre puede portar a confusiones con los enunciados de las fuentes del derecho. Es decir, que podría oscurecer la distinción entre disposición y norma, y luego sumado enunciado que refiere a las normas.

³⁰⁶ "The Imperative Theory, however, also fails to account for a feature of statements of legal obligation which cannot be characterized by the aid of Bentham's conceptual resources of command and habit of obedience. This feature is what is now called the 'normativity' of such statements and statements of the law or the legal position of individuals under the law. To say that a man has a legal obligation to do a certain act is not, though it may imply a statement about the law or a statement that a law exists requiring him to behave in a certain way. It is rather to assess his acting or not acting in that way from the point of view adopted by at least the Courts of the legal system who accept the law as a standard for the guidance and evaluation, of conduct, determining what is permissible by way of demands and pressure for conformity. Such statements are not historical or

propone de los enunciados internos, mientras que los enunciados *sobre el derecho* serían los enunciados externos.

Como puede verse, ésta es una cuestión muy debatida; considero, conforme a la interpretación propuesta en esta investigación, que la práctica social del derecho puede describirse desde distintos puntos de vista (i.e. externo e interno – en sus diversas variables-). La elección dependerá seguramente de los fines o propósitos de la persona interesada en la descripción³⁰⁷. Sin embargo, cuál es el punto de vista del teórico del derecho y de la dogmática es un punto que no sólo depende de la caracterización de los puntos de vista, sino de qué tipo de actividad se entienda que realiza un teórico del derecho o la dogmática. Por ejemplo, Guastini entiende el punto de vista interno como punto de vista práctico y, es por esta razón que sostiene que éste es el punto de vista de lo que ordinariamente se entiende como "ciencia jurídica":

factual statements describing the past, present or future actions, attitudes or beliefs of either subjects or officials of the legal system, but statements of what individuals legally must or must not do; similarly statements of legal rights are statements of what individuals are legally entitled to do or not to do or to have others to do or forbear from doing. Such normative statements are the most common ways of stating the content of the law, in relation to any subject matter, made by ordinary citizens, lawyers, judges, or other officials, and also by jurists and teachers of law in relation to their own or other systems of law" (HART H.L.A., 2011: 144, 145).

"Of course other, non-normative, historical, or factual forms and descriptions of the law of any society are also possible and commonly used. Instead of saying that US male citizens have a legal duty to register for the draft on attaining the age of twenty-one we could with equal truth say that on a given date Congress enacted a law requiring this to be done and providing penalties for non-compliance. This would be a historical proposition about the law, not a proposition of law, but thought both forms of statements are true and are intimately connected they do not have the same meaning. The historical statement about the law, that Congress enacted a particular statute, states facts which are part of the truth conditions of the normative statement of law, but that connection between the two statements must not blind us to the difference in meaning between them. Many attempts have been made to 'reduce' normative statements to ordinary historical or factual propositions which are felt to be less problematic" (HART H.L.A., 2011: 145).

³⁰⁷ Para Jori, Hart no dice por qué los enunciados internos serían un buen modo de referirse a o de describir el derecho, pero deja entender que esto se relaciona con su "función social". "Sullo sfonfo di questo argomento parrebbe stare la versione wittgensteiniana dell'argomento a favore del linguaggio ordinario: gli *internal statements* sono diffusi e incorporati nelle azioni e situazioni sociali, quindi sono un vanto senz'altro considerati come parte di quella più ampia e generale descrizione che è la teoria del diritto (sociologia descrittiva) di Hart" (JORI M., 1979: 184).

"El punto de vista interno, conviene añadir, es el propio del positivismo jurídico o, mejor dicho, de los 'juristas positivos', de los operadores jurídicos. El discurso interno es propio tanto de la 'práctica' (por ejemplo, la jurisprudencia), como de la 'ciencia jurídica' comúnmente entendida, esto es, de la dogmática" (GUASTINI R., 1999 A: 388).

Considero que conforme a las bases sentadas por la teoría hartiana la descripción de "normas" es siempre interna a una práctica específica y, por lo tanto, siempre hace uso de determinadas reglas constitutivas de la propia práctica³⁰⁸. Es decir que, conforme la interpretación aquí propuesta, los enunciados jurídicos internos son aquéllos que pueden describir cuáles son las reglas que pertenecen a una práctica reglada y, en este caso, cuales son las normas de un determinado ordenamiento jurídico. En términos hartianos, la descripción de normas de un sistema jurídico es la actividad cognoscitiva tendiente a la identificación de normas válidas, que se expresa mediante enunciados de validez (no de existencia) que afirman que una norma pertenece al sistema jurídico de referencia. Es por esto que los enunciados que cumplen la función de describir un ordenamiento jurídico son los enunciados internos, no los externos (en sus diversas interpretaciones), que sólo pueden describir hechos.

La posibilidad de esta interpretación es reconocida por Redondo:

"Es posible conjeturar, como lo propone la teoría de Hart, por ejemplo, que el objeto de aceptación no es el contenido de la norma identificada, sino el de la regla de reconocimiento que nos permite

³⁰⁸ Como explica Jori, "Quindi descrizione e spiegazione sono comprensione, cioè individuazione delle regole sociali che danno una struttura *interna* alle azioni, che danno loro, agli occhi degli agenti, il loro significato; tale descrizione e spiegazione è contrapposta a quella come individuazione delle cause e delle leggi naturali, dei rapporti *esterni* che connettono, secondo le teorie delle sceinze naturali, i fatti non umani" (Jori M., 1979: 171).

identificarla. (...) podemos identificar contenidos normativos que nos son indiferentes, o que inclusive rechazamos, en virtud de que aceptamos ciertos criterios últimos, que son los que guían la identificación de los mismos. Bajo esta óptica, los enunciados que identifican el contenido de las normas jurídicas válidas pueden ser entendidos como lo que pretender ser: juicios informativos sobre el contenido de normas. Sin embargo, son juicios informativos que solo pueden realizarse una vez que se ha aceptado, o adoptado el punto de vista interno respecto de una regla constitutiva de base que es la que establece las condiciones que han de satisfacerse para que una norma pertenezca al sistema jurídico" (REDONDO M.C.; 1993: 179).

1.4 Propositiones normativas

En *El Concepto de Derecho* Hart no se refiere expresamente a la distinción entre normas y proposiciones normativas. Tampoco se concentra en la posibilidad de la aplicación de la lógica al razonamiento jurídico. Sin embargo, esto no significa que no tuviera en cuenta la distinción entre el uso del lenguaje en función asertiva y el uso del lenguaje prescriptivo con sus respectivas consecuencias³⁰⁹.

Esto puede verse por ejemplo en la observación realizada por Hart en relación a la historia de la *Commonwealth*, cuando las colonias comenzaron a legislar. Se planteaba si el derecho de las colonias era un derecho independiente del derecho inglés y, por lo tanto, había dos sistemas jurídicos, o, por el contrario, existía un solo derecho. Así, el enunciado "existen dos sistemas jurídicos" y el enunciado "el Parlamento de Westminster tiene potestad para legislar en las colonias" no se encuentran en contradicción. Al respecto señalaba Hart:

³⁰⁹ En efecto puede verse esto con claridad en la introducción a *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (HART H.L.A., 1983).

"precisamente porque una de las afirmaciones es un enunciado de hecho y la otra es una proposición de derecho (inglés), las dos no están lógicamente en conflicto. Para aclarar la situación podemos decir, si así lo preferimos, que el enunciado de hecho es verdadero y que la proposición de derecho es 'correcta en el derecho inglés'" (HART H.L.A., 2011: 151).

También en *Commands and Authoritative Reasons* Hart critica a Bentham y su concepción de "orden" como un tipo específico de aserción sobre la voluntad de quién lo expresa:

"the use of the imperative mood is not as Bentham said an elliptical form of assertion: it is not a way of stating that the speaker wishes something to be done, for, when the imperative mood is used, though the speaker mentions the content of his wish or intention, he does not state that he has that wish or intention. So the way in which the commander intends his hearer to recognize that he intends him to do the act is not, via belief that something said by the commander is true but by way of an inference from the fact that he has said it irrespective of any question of truth or falsity of anything said" (HART H.L.A., 1982: 252).

El punto interesante es si los enunciados internos de Hart, que como vimos en el apartado anterior serían aquéllos útiles para describir cuáles son las reglas que pertenecen a un sistema jurídico, son en realidad un tipo de proposición normativa. Y, en este caso los distintos tipos de enunciados externos pueden entenderse como distintas formas de proposiciones normativas, propias del positivismo jurídico clásico.

Al respecto, conforme vimos la difundida interpretación, los enunciados internos son enunciados prácticos. En este sentido, por ejemplo, Bulygin señala: "La distinción entre enunciados teóricos (descriptivos) y prácticos (prescriptivos o valorativos) corresponde exactamente a la distinción de Hart entre enunciados externos e internos" (BULYGIN E., 1991:431)³¹⁰. Así para Bulygin éstos expresan la aprobación moral del derecho, y claramente no pueden ser verdaderos o falsos. La misma interpretación es compartida por Guastini, quien sostiene que las proposiciones normativas son aserciones "externas" y no "internas" (GUASTINI R., 2014: 333). Conforme esta interpretación, los enunciados internos de Hart no pueden expresar proposiciones normativas. Analizaremos en detalle los enunciados internos en el próximo apartado.

1.5 Enunciados jurídicos

Ya se han presentado los distintos enunciados propuestos en la perspectiva hartiana. La presente sección se concentra específicamente en los enunciados jurídicos internos. Para esto resulta iluminador el minucioso análisis que Muffato realiza de los enunciados internos. Él distingue dos tipos de enunciados internos diversos, que parecen corresponderse con dos momentos distintos en la obra de Hart: el primer tipo (que llama α -enunciado interno) sería aquél que Hart propone en *Scandinavian Realism*, mientras que en *El concepto de derecho* parecería adoptar otro tipo de enunciado interno (llamado β -enunciado interno) (MUFFATO N., 2010).

El primer tipo de enunciados internos es aquél en el que mediante el uso de una terminología normativa o deóntica se expresa la aceptación de reglas que se aplican y constituyen razones para obrar de determinada manera. En cambio, en el segundo tipo de enunciados internos se expresa la aceptación de una regla secundaria que se aplica para identificar las reglas del sistema. En el segundo tipo

³¹⁰ E. Bulygin, *Enunciados Jurídicos y Positvismo respuesta a Raz*, en Alchourrón C. E., Bulygin E. (1991), *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

de enunciados internos cambia la regla objeto de aceptación y aplicación: ésta es la regla de reconocimiento.

Pensemos, por ejemplo, en el enunciado "Debo llegar al seminario antes del horario de inicio":

REGLA: los asistentes a un seminario deben llegar antes del horario de inicio

HECHO: asistiré a un seminario

E.I.: debo llegar al seminario antes del horario de inicio

Este enunciado puede entenderse como el resultado de la aplicación de una regla previamente aceptada; sería un caso del primer tipo de enunciados internos. Es la conclusión de una inferencia que tiene como premisa mayor una regla y como premisa menor la descripción de los hechos del caso.

Para saber si un enunciado interno es verdadero o falso (aceptando que se trate de una aserción³¹¹) habría que hacer referencia a sus presuposiciones³¹². Sería un enunciado interno verdadero si la regla que se aplica perteneciera a la práctica en cuestión y los hechos se correspondieran con el supuesto regulado. Sin embargo, en esta lectura un enunciado interno verdadero sería equivalente a una conclusión inferida correctamente.

³¹¹ Dejemos por el momento de lado la ambigüedad respecto de si este enunciado representa un uso del lenguaje en función práctica o cognoscitiva, dado que podría interpretarse en uno u otro sentido.

³¹² Muffato presenta un análisis de diversas maneras en que puede entenderse que una aserción presupone "normas" (prescriptivas o conceptuales). Para él, las aserciones pueden presuponer normas teóricamente: "un'asserzione presuppone senz'altro da un punto di vista teorico la norma concettuale o le norme concettuali (più precisamente, le norme semantiche) che determinano il significato dei termini che in essa ricorrono e le assunzioni che costituiscono il contesto teorico in cui essa fa senso" (MUFFATO N., 2010: 161). Este tipo de presuposición es diferente de una presuposición lógica (inviabile porque las normas no tienen valor de verdad) y de una pragmática (inviabile porque no justificarían la conclusión) (MUFFATO N., 2010: 152-161).

El segundo tipo de enunciados internos se presenta cuando se considera las reglas secundarias. En este caso, explica Muffato, cambia la regla objeto de aceptación y de aplicación. Para él, en los ordenamientos simples el punto de vista interno se manifiesta simplemente en el uso de reglas primarias como guía de la conducta y de crítica. Mientras que en los sistemas de reglas complejos (como el derecho) el punto de vista interno se manifiesta en relación a la regla de reconocimiento, es decir en la aceptación y el uso de la regla de reconocimiento para identificar las reglas pertenecientes a un determinado ordenamiento jurídico. Estos enunciados internos presuponen la existencia de una regularidad de comportamiento referente a la regla de reconocimiento y la existencia de un ordenamiento eficaz; y la adopción del punto de vista interno, es decir la aceptación de la regla de reconocimiento que determina los criterios de validez de las reglas del sistema.

Como vimos, en un ordenamiento jurídico una regla jurídica (norma jurídica) puede existir aun en ausencia de una conducta regular en conformidad, si existe una regla de reconocimiento. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico argentino el art. 88 del Código Penal dispone: "Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare". Podemos pensar en el siguiente ejemplo: "El derecho argentino establece que el aborto está prohibido". Este enunciado sería la conclusión de un razonamiento inferencial del tipo siguiente:

REGLA: las normas establecidas por la asamblea constituyente pertenecen al derecho.

REGLA: las normas dictadas en conformidad a los procedimientos y dentro de los límites determinados por la asamblea constituyente y los poderes constituidos pertenecen al derecho.

HECHO: el código penal ha sido dictado de conformidad a los procedimientos y dentro de los límites determinados en la constitución.

HECHO: el legislador en el código penal establece que el aborto será penado con pena de prisión.

E.I.: la norma que prohíbe el aborto pertenece al derecho;

o

el aborto está prohibido en el derecho argentino (en forma elíptica).

En este ejemplo simplificado, la norma (o, como se ve, un conjunto de normas) que se utiliza como premisa normativa del razonamiento constituye una especie de regla de reconocimiento. Este tipo de enunciado interno no expresaría la aceptación de la regla según la cual el aborto está prohibido. La regla que se acepta (i.e. el conjunto de reglas) es la que establece que la regla que prohíbe el aborto pertenece al derecho argentino.

La diferencia, según Muffato, no está en la forma de los enunciados, sino en que en cada caso se aceptan reglas diferentes. La regla de reconocimiento en un caso y las reglas de una práctica simple en el otro. La diferencia reside entonces en cuál es la regla aplicada en cada razonamiento. Pero los enunciados internos en uno y otro razonamiento tendrían la misma forma lógica, serían la aplicación de una regla. Otra cosa sería pensar que en el caso de las prácticas simples, el enunciado "debo llegar al seminario antes del horario de inicio" se interprete como un enunciado en función práctica; entonces sí su función sería diversa³¹³. Pero si

³¹³ Más allá de sus formas gramaticales, ambos enunciados pueden leerse como la expresión del reconocimiento de determinadas reglas como parte de una práctica. El enunciado "debo llegar al seminario antes del horario de inicio" puede leerse como un enunciado de necesidad práctica, una

nos mantenemos en el discurso en función teórica o cognoscitiva, pareciera que efectivamente la diferencia no es la forma lógica del enunciado, sino sólo cuál es la regla aceptada en cada caso³¹⁴.

Me pregunto si la diferencia deviene del hecho de que la regla de reconocimiento es diversa a las reglas existentes en una práctica simple, o del hecho de que la práctica del derecho es compleja y, por eso, algunas de las reglas de esta práctica se identifican de una forma diversa a las reglas de una práctica simple. Entiendo que la respuesta sería la segunda.

La regla de reconocimiento puede entenderse ya como regla conceptual o una regla de conducta. Ambos tipos de reglas se encuentran presentes en las prácticas sociales simples. Por ejemplo, una regla de conducta que determina que los asistentes a un seminario deben llegar antes del horario de inicio, como la regla conceptual según la cual el seminario consiste en la presentación de un argumento y un espacio de tiempo para preguntas o un debate sobre el mismo. Pueden formularse enunciados internos aplicando uno y otro tipo de reglas sociales.

Entonces, no es la especial característica de la regla de reconocimiento aceptada de ser una regla conceptual lo que distingue al segundo tipo de enunciados internos. La diferencia se encuentra en las particularidades propias de la práctica jurídica, una práctica que contiene reglas primarias y secundarias, y en el caso específico de los enunciados que afirman que una regla pertenece a una práctica reglada.

Cuando se quiere aseverar cuáles son las reglas que pertenecen a una determinada práctica reglada la situación cambia por la estructura de la práctica: simple o compleja. En una práctica compleja, cuando se afirma que una regla pertenece a un ordenamiento jurídico determinado se aplica la regla de

proposición anankástica o como regla técnica que reconoce a éste como un enunciado verdadero (sería un tipo de prescripción autónoma para Von Wright).

³¹⁴ Un aspecto problemático es si las reglas conceptuales son equivalentes a las reglas que regulan la conducta o a las prescripciones.

reconocimiento aceptada para identificar la regla en cuestión. En cambio, cuando afirmamos que una regla forma parte de una práctica reglada simple ("La regla que establece que 'el Rey sólo puede avanzar de a un casillero por jugada' pertenece al juego del ajedrez"), la situación cambia. Aquí no se acepta una regla secundaria de reconocimiento; la regla aceptada es la regla que ha sido identificada como parte de la práctica. En contraposición al caso de la identificación de reglas de una práctica compleja, la regla aceptada no es "aplicada", sino que su aceptación es aseverada en un enunciado. Sería equivalente a un enunciado de una práctica compleja que explicitara los criterios que conforman una regla de reconocimiento, los que (como ya explicó Hart) no son frecuentemente realizados; por el contrario, la regla de reconocimiento se aplica directamente para formular enunciados de identificación de las demás reglas de la práctica compleja.

Ambos tipos de enunciados internos son casos de aceptación de reglas sociales que han sido previamente aprendidas en una práctica. Pero, en el caso de la regla de reconocimiento la práctica social es más compleja y está conformada por diversos tipos de reglas. Por esto, el enunciado interno de aplicación de la regla de reconocimiento permite el reconocimiento de las reglas jurídicas pertenecientes al ordenamiento en cuestión.

Entonces, el reconocimiento de reglas jurídicas tiene sus peculiaridades propias, se da cuando se satisfacen los criterios de la regla social de reconocimiento necesariamente aceptada. Recordemos que mantener el aspecto "volitivo" separado de la aceptación nos permite comprender las proposiciones normativas internas respecto de una regla de reconocimiento específica, y diferenciarlas de proposiciones anankásticas o de necesidad práctica formuladas en virtud de ellas o de la aplicación de reglas jurídicas a casos particulares (también expresables mediante enunciados internos de aplicación, donde la regla aceptada y aplicada no es la regla de reconocimiento sino la regla jurídica previamente identificada).

En definitiva, el enunciado "el aborto está prohibido en el derecho argentino" puede interpretarse como el caso de un enunciado sobre la pertenencia de una norma jurídica a un ordenamiento jurídico, una vez aplicados los criterios de la regla social de reconocimiento (es claro que la forma gramatical del enunciado podría cambiar). Todo parece indicar que podemos decir que se trata de una proposición normativa interna.

Ahora bien, lo que se ha manifestado en el análisis de estos razonamientos internos en que los enunciados internos parecen ser el producto de una inferencia que tiene reglas en sus premisas. Por lo tanto, se presenta el problema de determinar si éstos pueden ser considerados vero-funcionales y aptos para fundar un discurso teórico sobre el derecho.

Hart en la introducción a *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, sostiene expresamente (en contra de la reconstrucción anterior) que en el ensayo de 1953 *Definition and Theory in Jurisprudence*:

"I should not have claimed that statements of legal rights and duties were not 'descriptive', or have suggested, as I did by calling them 'conclusions of law' and 'the tail ends of legal calculations', that such statements were always put forward as inferences drawn by their authors" (HART H.L.A., 1983: 2).

Y agrega, en relación a los enunciados sobre derechos jurídicos o sobre corporaciones:

"It was wrong to say that such statements are the conclusions of inferences from legal rules, for such sentences have the same meaning on different occasions of use whether or not the speaker or writer puts them forward as inferences which he has drawn. If he does put such a statement forward as an inference, that is the force of

the utterance on that occasion, not part of the meaning of the sentence [significado convencional]. What compounds my error is that though I speak of such sentences as capable of being true or false I deny that they are 'descriptive' as if this were excluded by the status which I wrongly assign to them as conclusions of law, and my denial that such sentences are 'descriptive' obscure the truth that for a full understanding of them we must understand what it is for a rule of conduct to require, prohibit, or permit an act" (HART H.L.A., 1983: 5).

El problema central es si, como pensaba Hart, puede atribuirse a los enunciados internos valor de verdad, y si éstos pueden o no cumplir la tarea de fundar un discurso teórico sobre el derecho. Según el análisis presentado estos enunciados no tienen valor de verdad al ser el resultado de una inferencia que tiene normas en sus premisas. Sin embargo, si consideramos que todos nuestros usos lingüísticos (lo que incluye usos del lenguaje en función práctica y en función teórica) son guiados por reglas conceptuales, todo discurso puede concebirse como el resultado de una inferencia que tiene una regla en sus premisas. Es en este sentido que todo enunciado es interno respecto de un determinado marco conceptual. El problema de en qué medida las aserciones presuponen reglas conceptuales y cómo esto afecta la posibilidad de discursos descriptivos no políticamente comprometidos se verá específicamente en el último capítulo.

2. Reglas conceptuales vs. reglas de conducta

En la sección anterior se presentó una interpretación del modelo hartiano. En esta sección se analiza específicamente la distinción entre reglas conceptuales y

reglas que regulan la conducta³¹⁵, que adquiere relevancia en el contexto de este modelo. En primer lugar, se abordará el problema respecto de si la regla de reconocimiento es un tipo de regla de conducta o una regla conceptual. Se presentarán diversos argumentos utilizados por los filósofos del derecho y se argumentará a favor de la opción de considerarla una regla conceptual. En segundo lugar, se analizará la cuestión de si existen diferencias entre la aceptación de reglas conceptuales y reglas de conducta, y si la aplicación de reglas en uno y otro caso constituye un caso de *seguimiento de reglas*, o en realidad estamos ante fenómenos diversos. La relevancia de este punto reside en que tanto la lectura presentada en la primera sección de este capítulo respecto de la distinción entre enunciados internos y externos, como la metodología general considerada en el primer capítulo, dependen de la posibilidad de concebir la aplicación de reglas conceptuales como un caso de seguimiento de reglas³¹⁶.

2.1 La regla de reconocimiento: ¿regla conceptual o regla de conducta?

Bulygin explica la diferencia entre reglas conceptuales y normas de conducta de la siguiente manera:

"Las normas de conducta establecen deberes y prohibiciones; respecto de ellas tiene sentido hablar de obediencia o desobediencia, mientras que las reglas conceptuales se limitan a definir un concepto, no establecen prohibiciones ni obligaciones y carece de sentido hablar de obediencia o desobediencia a tales reglas" (BULYGIN E., 1991 C: 269).

³¹⁵ Como se verá, generalmente se hace referencia a esta distinción utilizando las locuciones "reglas conceptuales" y "normas de conducta". Es por esto que se considerarán sinónimas las expresiones "normas de conducta" y "reglas que regulan la conducta" o "reglas de conducta".

³¹⁶ Contra esta posición, veremos por ejemplo Guastini, para quien las reglas conceptuales (o "constitutivas") son definiciones y aplicar una definición es algo muy distinto a seguir una regla (GUASTINI R., 1999A).

Las reacciones críticas en ambos casos son diversas: en uno consisten en una reacción contra la desobediencia, en el otro contra la ignorancia.

Bulygin sostiene en *Sobre la regla de reconocimiento*³¹⁷ que la regla de reconocimiento es una regla conceptual (ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E., 1991). En este sentido se trata de una definición y no de una norma de conducta. Nuevamente, en *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos* defiende la misma posición (BULYGIN E., 1991 C). Aclara que probablemente para Hart (como para la mayoría de sus comentaristas) la regla de reconocimiento sea una genuina norma que prescribe el deber a los jueces de aplicar las normas jurídicas identificadas (BULYGIN E., 1991 C)³¹⁸. Sin embargo, entiende ventajoso comprender la regla de reconocimiento como una regla conceptual que hace posible la identificación de las normas del sistema. La identificación de las reglas constituye una actividad anterior y necesaria para la identificación de los deberes. En este sentido,

"el orden lógico de las cosas es el siguiente: primero el juez tiene que tener un criterio de identificación de las normas jurídicas; luego usando este criterio identifica las normas y son éstas las que le dicen qué debe hacer. Luego actúa (dicta sentencia) y usa las normas para justificar su acción" (BULYGIN E., 1991 C: 275).

Así, la regla de reconocimiento permite la identificación de las normas del sistema y da unidad a éste, pero no es el *fundamento* de los deberes jurídicos. El fundamento se entiende como la respuesta a la cuestión de por qué debo aplicar o seguir una norma, para dar respuesta debe recurrirse a otra norma, y si nos preguntamos por qué debemos, a su vez, obedecer ésta, sería necesario invocar otra norma. Bulygin explica que para justificar una acción no sólo debemos

³¹⁷ Artículo publicado por primera vez en 1976.

³¹⁸ En el mismo sentido, BULYGIN E. 1991 A: 179.

mencionar una norma, sino que es necesario *usarla* (BULYGIN E., 1991 C: 273). Por esto, "si uno quiere saber qué debe hacer, tiene que usar una norma y no preguntar por su fundamento" (BULYGIN E., 1991 C: 274).

Ruiz Manero en *Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin*, defiende la idea de que la regla de reconocimiento es una norma de conducta (RUIZ MANERO J., 1991). Según este autor, corresponde diferenciar entre la regla de reconocimiento como norma de conducta aceptada por los jueces, de los criterios de identificación que, basados en la regla de reconocimiento, usan los observadores externos (teóricos del derecho y consejeros jurídicos privados) para delimitar el sistema jurídico (RUIZ MANERO J., 1991: 281). E insiste:

"una cosa (...) es la norma última del sistema que prescribe a sus órganos de aplicación aplicar las normas que satisfagan determinados criterios y otra cosa –y parasitaria de la anterior- es el criterio conceptual basado en una proposición normativa que describe cuáles son los criterios de validez jurídica contenidos en dicha norma última" (RUIZ MANERO J., 1991: 282).

Ruiz Manero critica a Bulygin porque al dejar de lado la *fundamentación* se pierde de vista el problema de la justificación de usar determinada norma. Agrega:

"lo que sostengo en *Jurisdicción y normas* (cap. segundo, III, 4, págs. 166-179) –y no soy en ello, desde luego, nada original, sino que sigo las huellas de autores como Raz o Nino- es que al ser la regla de reconocimiento una norma que ordena a los jueces usar otras normas como fundamento de sus decisiones, y al imponer estas normas deberes a personas distintas de los propios jueces, la aceptación de la

regla de reconocimiento por parte de los jueces sólo puede justificarse por razones morales" (RUIZ MANERO J., 1991: 289, 290).

Por otro lado, Ruiz Manero argumenta que los enunciados de identificación de las normas independientes que dan identidad a los ordenamientos jurídicos (que forman parte de la regla de reconocimiento) deben considerarse enunciados vero-funcionales a riesgo de no poder diferenciar entre ordenamientos jurídicos "reales" o "imaginarios". Esto último es lo que sucede con una teoría como la de Bulygin, para quien las normas independientes se conciben como un axioma del ordenamiento jurídico.

Bulygin, a su vez, considera que Ruiz Manero confunde lo que es un problema conceptual con lo que es un problema empírico. El primero involucra la identificación de las normas que componen un sistema jurídico, y el segundo determina si estos sistemas son vigentes (BULYGIN E., 1991 D). Para Bulygin las normas independientes forman parte del sistema en virtud de la definición recursiva de ordenamiento jurídico. En efecto:

"las normas independientes identificadas (...) ocupan una posición similar a la de los axiomas de un sistema deductivo. De aquí se desprende que el enunciado que identifica las normas independientes de un sistema no es un enunciado empírico, no dice nada acerca del mundo y, por ende, no es ni verdadero ni falso respecto del mundo" (BULYGIN E., 1991 D: 313).

Finalmente, Bulygin entiende que la cadena de normas que justifica el deber de obedecer otras normas es infinita, y que por esto siempre termina en una decisión que no es a su vez justificada (con independencia de que se trate de normas jurídicas o morales, o de cualquier tipo) (BULYGIN E., 1991 D: 313).

La interpretación de Ruiz Manero de la regla de reconocimiento como una norma de conducta es compartida por los comentaristas tradicionales de Hart: Raz y MacCormick.

Raz trata en *The Identity of Legal Systems*, en *The authority of Law*, el problema de la identidad de los sistemas jurídicos ("cuáles son los criterios o conjuntos de criterios que proporcionan un método para determinar si un conjunto de enunciados normativos constituyen, sin son verdaderos, una descripción completa de un sistema jurídico"), y explica que Hart busca resolver este problema mediante la regla de reconocimiento. Raz indica que Hart no es claro cuando se refiere a la regla de reconocimiento, y por esto propone una interpretación de lo que dice su maestro.

Me permito citar *in extenso* el argumento de Raz sobre la forma lógica de la regla de reconocimiento:

"Hart holds that the conditions for the existence of social rules are practices of those people to whom the rules are addressed. **It follows**, then, that the rule of recognition is addressed to the officials of the legal system. **Furthermore, Hart's explanation of social rules is basically an explanation of duty-imposing rules. The only other type of rules Hart recognizes are power-conferring rules**, but he does not consider what social practices constitute the existence of a customary power-conferring rule. **Therefore**, since the rule of recognition is a customary rule, it must be interpreted as duty-imposing. Besides, all the legal powers of officials are conferred on them by the rules of change and adjudication, authorizing them to make new laws and to settle disputes. To claim the rule of recognition is a power-conferring rule is to confuse it with either rules of change or rules of adjudication" (RAZ J., 1979: 92, 93).

Los resaltados me pertenecen y me llaman profundamente la atención. Raz entiende que del hecho de que un enunciado sobre la existencia de un ordenamiento jurídico requiera que haya una práctica social de reconocimiento donde (en un caso extremo) al menos los funcionarios (*officials*) identifiquen normas jurídicas y las apliquen, se desprende que la regla de reconocimiento se dirige solamente a los funcionarios. El punto es más que oscuro, y el hecho de que el propio Raz reconozca que en *El Concepto de Derecho* Hart explica cómo la regla de reconocimiento es usada por funcionarios y particulares, deja ya el inicio del argumento trunco. Veamos algunos pasajes de *El Concepto de Derecho*:

"En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, **ya por los súbditos o sus consejeros.**" (HART H.L.A., 2011: 127).

"Hay, por supuesto, una diferencia entre el uso que los tribunales hacen de los criterios suministrados por la regla, y **el uso que otros hacen de dichos criterios:** porque cuando los tribunales llegan a una conclusión particular sobre la base de que una regla particular ha sido correctamente identificada como derecho, lo que ellos dicen tiene un status especial revestido de autoridad en mérito a lo establecido por otras reglas" (HART H.L.A., 2011: 127).

"**El uso, por los jueces y por otros,** de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema es característico del punto de vista interno. Quienes las usan de esta manera manifiestan así su propia aceptación de ellas en cuanto reglas orientadoras, y esta actitud trae aparejado un

vocabulario característico, distinto de las expresiones naturales del punto de vista externo" (HART H.L.A., 2011: 127, 128).

Sin embargo, como razón adicional, Raz sostiene que según el mismo Hart (lo que es patentemente incorrecto) o según su propia interpretación (algo extraña y, al parecer, compartida por MacCormick), Hart sólo reconoce dos tipos de reglas: las que imponen deberes y las que otorgan facultades, y nada más; estos dos tipos de reglas conforman categorías excluyentes. En esta interpretación, según Hart las reglas sociales sólo son del tipo de reglas que imponen deberes, y la regla de reconocimiento, al ser una regla social, es una regla que impone deberes. Que las reglas sólo cumplan estas dos funciones resulta extraño, por ejemplo, en los siguientes pasajes donde Hart se refiere a las reglas de los juegos (reglas sociales), y puede verse cómo nombra expresamente la función de las reglas de "definir" o determinar casos de corrección e incorrección:

"La protesta natural es que la uniformidad impuesta sobre las reglas por esta transformación de ellas oculta los modos en que las mismas operan y las maneras en que los jugadores las usan al guiar actividades orientadas por propósitos, y oscurece así la función de esas reglas en la empresa social cooperativa, aunque competitiva, que es el juego" (HART H.L.A., 2011: 51).

"...los jugadores observan una actitud crítica reflexiva en relación con este patrón de conducta [cómo mover la reina en el juego del ajedrez]: lo consideran un criterio o pauta para todo aquel que practique el juego. Cada jugador no sólo mueve la reina de cierta manera, sino que 'tiene opinión formada' sobre la corrección de todos los que mueven la reina de esa manera" (HART H.L.A., 2011: 71).

"En este aspecto, como en muchos otros, la regla de reconocimiento de un sistema jurídico se asemeja a la regla de tanteo de un juego. En el curso del juego, la regla general que **define** las actividades que modifican el marcador (p. ej.: lo que es un gol) rara vez es formulada; en lugar de ello **es usada por las autoridades y por lo jugadores al identificar** las fases particulares que tienen relevancia para ganar. También aquí las declaraciones de las autoridades tienen un status especial revestido de autoridad, atribuido por otras reglas. Además, en ambos casos existe la posibilidad de un conflicto entre estas aplicaciones de la regla dotadas de autoridad, y el acuerdo general sobre lo que la regla obviamente exige según sus términos" (HART H.L.A., 2011: 127).

En el mismo sentido que Raz, MacCormick sostiene:

"La regla de reconocimiento, en cuanto norma pública y compartida sobre cómo los jueces toman correctamente sus decisiones, es en un sentido muy significativo una regla convencional; (...) Es una regla convencional que se refiere a los deberes que atañen a los jueces en el ejercicio de su función judicial. Si un juez trata de apartarse de la práctica de aplicar en sus decisiones únicamente las reglas que pudieran satisfacer los criterios de validez jurídica contenidos en la regla de reconocimiento, estaría actuando incorrectamente –ilícitamente, para ser más precisos-. Este juez está abierto a una crítica justificada desde el punto de vista interno. De este modo, la norma compartida que es reconocida por los jueces es, de modo suficientemente claro, una regla que impone deberes. Los jueces deben actuar de acuerdo con el derecho válido de

la comunidad cuando ejercen sus poderes de decidir casos, imponer sanciones, etcétera" (MACCORMICK N., 2010: 205, 206).

Si bien no comparto los argumentos de Raz y MacCormick, es necesario reconocer que algunos pasajes de Hart podrían dar lugar a confusión. En especial me parece oportuno citar a Hart en *Legal Duty and Obligation*, donde la regla de reconocimiento también parece presentarse como una norma de conducta.

"So, if a judge in deciding a case before him declares that an individual has a legal obligation, e.g. under some statute duly enacted by the legislature, his will be a committed statement since the judge making it accepts in common with other judges of the legal system the rules of recognition of the system which includes enactment by the legislature as a criterion for identifying the laws which **they must apply and enforce**. Satisfaction of such a criterion by subordinate laws of the system constitutes for a judge who accepts in common with other judges this rule of recognition a specific kind of reason which I shall call an authoritative legal reason for himself conforming to such laws so far as they require him to act in certain ways, and to treat them as standards for the evaluation of the conduct of others to whom they apply as legally right or wrong, so determining what demands may be properly made upon them" (HART H.L.A., 2011: 160).

Al respecto considero importante la interpretación propuesta por Guastini. Él sostiene que en este debate parece pasarse por alto el hecho de que en la regla de reconocimiento de Hart se confundirían al menos tres cosas³¹⁹:

³¹⁹ GUASTINI R., 1999: "Conocimiento sin aceptación"; GUASTINI R., 2017: "Problemi concettuali del normativismo".

"a) el criterio (el macrocriterio, el conjunto de criterios) de validez; b) las normas sobre la producción jurídica, a las que el criterio de validez hace referencia; c) y, finalmente, la metanorma que obliga a obedecer las normas válidas (una norma, por otra parte, absolutamente vacua, puesto que no prescribe ninguna conducta que no esté ya prescrita por las normas válidas)" (GUASTINI R., 1999 A: 399).

El criterio de validez es para Guastini la definición de "norma válida" (siguiendo en este punto a Bulygin) y, para él, una definición claramente no es una norma de conducta. Es importante notar, señala Guastini, que no es lo mismo aceptar una definición que aceptar una norma³²⁰. En este sentido:

"Las definiciones no dirigen el comportamiento: no son reglas de conducta sino, según la feliz expresión de Bulygin, 'reglas conceptuales'. Como tales, son moralmente neutras, no comprometidas. Por esta razón, la 'aceptación' de una definición –si es que es lícito hablar de aceptación a este respecto- es una actitud meramente cognoscitiva, o teórica, que no implica ningún tipo de moral commitment" (GUASTINI R., 1999 A: 406).

En tanto, la aceptación de normas de conducta no sería moralmente neutra. Veremos esto en la siguiente sección.

³²⁰ Explica Guastini: "Se puede convenir que la aceptación de esta metanorma iteradora presupone lógicamente la aceptación de la definición de 'norma válida': de otro modo, no sería posible identificar las normas a las que se debe obediencia. Pero la inversa no vale: se puede aceptar la definición de 'norma válida' sin por ello aceptar también la metanorma que obliga a obedecer a las normas válidas" (GUASTINI R., 1999 A: 405).

2.2 Seguimiento de reglas conceptuales y seguimiento de reglas regulativas

Tanto la lectura propuesta de los enunciados internos como la metodología sugerida en el primer capítulo, como útiles para el conocimiento de prácticas sociales, se apoyan en la idea que es necesario seguir ciertas reglas conceptuales para la descripción y el conocimiento de la realidad social. Esta visión encuentra una notable similitud, en algunos aspectos, respecto de la propuesta de Searle sobre el conocimiento y la descripción de hechos institucionales³²¹. Los hechos institucionales son aquéllos que, a diferencia de los hechos brutos, para su existencia requieren de la existencia de instituciones humanas. Estas instituciones son para Searle sistemas de reglas constitutivas³²². Por esto, para conocer este tipo de hechos, por ejemplo “tener dinero en el bolsillo”, “mi amiga Laura contrajo matrimonio”, “he ganado una beca de estudios”, debo realizar un acto de aplicación³²³ de las respectivas reglas constitutivas que los hacen posibles³²⁴. Esto quiere decir que realizo actos de aplicación de estas reglas, lo que implica que es necesario usarlas. La identificación de un hecho institucional implica el uso de

³²¹ Véase SEARLE J., 2010; 2015; 2018. Sin embargo, la teoría de Searle no es totalmente análoga a la posición presentada en este trabajo. Por un lado, Searle enfatiza el aspecto "intencional", que la visión de las reglas como usos, parte de una práctica, tiende a erradicar o minimizar. Por el otro, la propuesta de Searle parece dirigirse a la comprensión de la ontología social, como diversa a la natural (o bruta), mientras que la presente investigación se enfoca más en el aspecto semántico, es decir las reglas que conforman un determinado marco o esquema conceptual, la gramática de ciertos usos lingüísticos.

³²² Es importante aclarar que las reglas constitutivas no son siempre definidas de la misma forma: sobre reglas constitutivas véase, por ejemplo, CONTE A., 1995: A y B; ROVERSI C., 2017.

³²³ Puede verse que, en el argumento, "uso" y "aplicación" son términos equivalentes, los uso como sinónimos.

³²⁴ Raz hace una crítica a Searle en *Practical Reasons and Norms*. Raz argumenta que toda regla es constitutiva y regulativa a la vez (RAZ J., 1999: 107/111). Entiende que las reglas que en esta investigación se consideran conceptuales no son "normas", "no tienen fuerza normativa", dado que no guían el comportamiento. Para Raz, estas reglas tendrían sólo fuerza normativa indirecta en cuanto están lógicamente conectadas con otras reglas que regulan el comportamiento, respecto de las cuales determinan parcialmente su interpretación y aplicación (RAZ J., 1999: 117).

estas reglas constitutivas que los hacen posibles³²⁵. Y, por esto, los enunciados que afirman la existencia de estos tipos de hechos son enunciados siempre internos a las reglas que los constituyen³²⁶.

Para complejizar más la situación podemos agregar, como parece entender también Searle, que las reglas se encuentran no en forma aislada, sino en sistemas de reglas. Estos sistemas pueden reconstruirse de manera que algunas adquieran la forma de reglas conceptuales y otras reglas de conducta (SEARLE J., 2005: 45). Argumentamos que el uso y el seguimiento de ambos tipos de reglas tiene este aspecto en común, pero podemos ahora agregar que en una práctica determinada

³²⁵ La similitud que sugiero es aquella entre lo que denomino reglas conceptuales y las reglas constitutivas de Searle. Al respecto, Redondo ha explicado que las reglas constitutivas pueden entenderse como reglas semánticas, pero como un tipo especial de reglas semánticas, ya que éstas no sólo definen un concepto, sino que designan acciones, entidades, propiedades que sólo son concebibles en virtud de la regla constitutiva. Por lo que estas reglas crearían una necesidad no sólo conceptual, sino ontológica (REDONDO M.C., 2018 A: 134).

³²⁶ Esta relación entre Hart y Searle ha sido sugerida también, aunque remarcando algunas diferencias, por Roversi: "This phenomenon of rule-created concepts connected with an internal point of view, namely, an attitude of general acceptance of the rules, is similar to the one that John R. Searle describes in terms of constitutive rules" (ROVERSI C., 2018: 140). Sin embargo, el autor sostiene que el punto de vista interno de Hart y las reglas constitutivas de Searle no son suficientes para comprender el marco conceptual de una institución y el comportamiento de los agentes que intervienen en ella. Esto en virtud de que ambos se limitarían a relevar lo que él denomina la perspectiva "estructural", dejando de lado las perspectivas "teleológica", "axiológica", "estratégica" y "sociológica". En su trabajo Roversi busca completar las propuestas de estos autores, luego de analizar todas las perspectivas sugeridas, proponiendo seis tipos diferentes de puntos de vista internos. Al respecto, puede sugerirse que desde una perspectiva teórica como la aquí adoptada, la perspectiva "estratégica" sería irrelevante, y sólo útil desde un punto de vista práctico. La "perspectiva sociológica" sería (como también reconoce Roversi) externa, y en este sentido no apta para la *comprensión* de la práctica. En relación a la perspectiva "teleológica", Roversi analiza los conceptos "meta-institucionales", los cuales bien pueden entenderse como conceptos pertenecientes a una práctica general (o juego del lenguaje) dentro de la cual se inserta la institución específica analizada. En este sentido, estos conceptos "meta-institucionales" serían reformulables dentro de la perspectiva estructural de la práctica más general. Y, por último, en relación a la "perspectiva axiológica", parece que en este análisis nuevamente se entrecruzan las ambigüedades analizadas precedentemente respecto de las nociones de "aceptación" y "punto de vista interno", ya que Roversi sostiene que esta perspectiva se conforma con el conjunto de valores asociados a la práctica. En este sentido, puede responderse a Roversi que una cosa es valorar una institución (mediante valores externos) y otra es conocer los valores internos a la propia institución (determinados por sus propias reglas constitutivas).

no se usan y siguen reglas aisladas sino como parte de un conjunto que contiene reglas de uno y otro tipo.

Es por esto que, por un lado, tiene sentido distinguir entre enunciados internos y externos en relación a reglas de conducta y a reglas conceptuales; y, por otro, lo que resulta aun más explicativo, tiene sentido distinguir entre enunciados internos y externos en relación a determinados sistemas de reglas (que contienen reglas conceptuales y de conducta).

Esta posición se relaciona con su tesis general, según la cual hablar un lenguaje y, por lo tanto, realizar enunciados, es formar parte de una conducta gobernada por reglas que es necesario haber aprendido y dominado, es hacer actos de habla (SEARLE J., 2015: 22, 25, 31, 46, 51, 201). Estas reglas hacen que los hablantes deban necesariamente seguirlas y comprometerse con ellas, de lo contrario todo enunciado debería entenderse formulado en *oratio obliqua*. Pero esto imposibilitaría la propia noción de argumento deductivo válido, que requiere el uso comprometido de los términos.

"Puedes emplear incluso las formas de habla para hablar normalmente y, sin embargo, estar hablando en *oratio obliqua* disfrazada, o lo que has denominado un sentido antropológico neutro. Pero obsérvese que esto es realmente completamente irrelevante y no muestra que haya sentidos diferentes de las palabras incluidas, o que el enunciado original sea una evaluación disfrazada, pues ha de señalarse que se puede hacer exactamente lo mismo con cualquier palabra que se quiera. Se puede adoptar un sentido antropológico neutro hacia la geometría, y, efectivamente, un antropólogo escéptico de otro planeta adoptaría justamente esta actitud. Cuando él dice «X es un triángulo» podría no querer decir más que «X es lo que ellos, los celtíberos, llaman un triángulo», pero

esto no muestra que haya dos sentidos de «triángulo», un sentido comprometido o evaluativo y un sentido neutro o descriptivo. Esto tampoco prueba que Euclides era un moralista disfrazado, puesto que sus demostraciones requieren un uso 'comprometido' de los términos que incluyen" (SEARLE J., 2015: 199-200)³²⁷.

Una crítica a esta forma de comprender el conocimiento de hechos institucionales y, en este sentido, al derecho es presentada por Guastini³²⁸. Guastini sostiene que al no distinguirse adecuadamente entre reglas conceptuales y normas de conducta se derivan algunos problemas³²⁹. Afirma que en uno y otro caso la aceptación es radicalmente diferente: una cosa es aceptar un criterio conceptual y otra muy diferente una norma de conducta. La diferencia para Guastini reside en que la aceptación de una norma de conducta implica alguna forma de *moral commitment*, y los enunciados al respecto no son parte del discurso cognoscitivo, sino genuinos enunciados normativos –i.e. prescriptivos-. Esta aceptación no se da

³²⁷ Sin embargo, Searle no se limita a esto sino que argumenta en contra de la gran división, sosteniendo que es posible derivar premisas normativas de premisas fácticas haciendo uso del concepto de "regla constitutiva". Si bien creo que el aporte de Searle es esencial para la comprensión del uso del lenguaje, y efectivamente acierta el punto en distinguir entre el discurso que hace uso de las reglas que constituyen las instituciones y aquél que no, no estoy de acuerdo con su argumento contra la gran división. Al menos no de la forma presentada por él: parece evidentemente pasar por alto el hecho de que dentro de las premisas hay reglas y, es por esto que puede derivar conclusiones normativas. Creo que no sólo se trata de un entimema, sino que hay una confusión con el estatuto lógico del enunciado de una regla (enunciar una regla o una proposición sobre una regla). Sin embargo, el problema es que todo enunciado puede entenderse como la conclusión de un razonamiento que tiene reglas conceptuales en sus premisas, lo que nos llevaría a una revisión del discurso en función cognoscitiva o descriptiva.

³²⁸ Guastini sugiere que esta posición de Searle puede asimilarse a la teoría normativista de la ciencia jurídica (GUASTINI R., 1983: 277). En ésta se encuentra este tipo de enunciados "normativos" que de forma extraña mezclan elementos descriptivos (pueden ser verdaderos o falsos) y prescriptivos (presuponen la aceptación de normas que usan), como así también enunciados que describen hechos institucionales en Searle, como los *internal legal statements of law* de Hart, o los *Sollsätze* de Kelsen.

³²⁹ Guastini presenta este argumento en una crítica a Scarpelli. Véase GUASTINI R., 1999: "Conocimiento sin aceptación".

en el simple uso de criterios de validez. Los enunciados que hacen uso de criterio de validez son para él sólo internos respecto de la definición de norma válida.

Específicamente en su trabajo *Reglas Constitutivas y Gran División*, Guastini analiza la propuesta de Searle, y explica que éste propone una teoría de los actos del lenguaje donde el criterio de significado pasa del ámbito semántico al pragmático, basada en las ideas del último Wittgenstein sobre “juegos del lenguaje”. Sostiene que Searle ataca la gran división defendiendo un cognitivismo lúdico, también llamado "legalismo o formalismo (meta-)ético". Guastini afirma:

“de una actividad dotada de sentido se puede hablar descriptivamente de dos modos distintos. De un lado, se puede describir aquella actividad como tal, relegando el sentido que le da una regla, y por ello sin mencionar la regla misma (que le da ese sentido). De otro lado, se puede describir conjuntamente aquella actividad con su sentido; esto es, se puede describir conjuntamente la actividad y la regla que se refiere a ella. En su caso, se expresa una proposición que se refiere a hechos desnudos, a hechos solamente ('Ticio se ha sacado el sombrero'). En el otro caso se expresa una proposición que se refiere, en conjunto, tanto a hechos como (metalingüísticamente) a una regla ('Ticio ha saludado'). Por el contrario, los sucesos producidos en el interior de una institución, precisamente porque constituyen aplicación (o resultado de aplicaciones) de reglas, no pueden ser descriptos sino conjuntamente con las reglas mismas. **Esto no quiere decir que tales reglas necesariamente deben ser aceptadas por el observador.** Esto quiere decir que tales reglas deben ser tomadas en cuenta por éste” (GUASTINI R., 1990: 282).

“La (obvia) distinción, que entiendo aquí reclamar, es aquella entre aceptación de reglas y conocimiento de las mismas. Conocer una regla significa comprobar su existencia (en algún caso), comprender su formulación, eventualmente destacar su observancia. Aceptar una regla significa: conferirle el propio asentimiento, conformarse a ella la propia conducta, usarla para producir valoraciones, u cosas similares. Searle rechaza obstinadamente que se puede hablar de una institución (como la promesa), sin previa aceptación de las reglas constitutivas de esa institución. (Salvo para agregar que dicho discurso ‘interno’ a la institución es a pesar de todo, descriptivo)” (GUASTINI R., 1990: 287).

“Este rechazo es insensato. Como ha teorizado el positivismo jurídico desde hace un siglo, las reglas, y por tanto las instituciones, son susceptibles de conocimiento sin aceptación” (GUASTINI R., 1990: 287).

“...Una cosa es (re)conocer que un acto recibe, dentro de una comunidad, sentido de promesa y otra cosa es conferirle tal sentido. Por lo tanto, el enunciado ‘Ticio ha prometido’ puede, después de todo, tener significado descriptivo, porque el hablante conozca las reglas de la promesa, sin por ello aceptarlas. Pero el mismo enunciado tendrá significado valorativo (o prescriptivo), si quien lo pronuncia acepta las reglas de la promesa. Las reglas constitutivas ofrecen, sí, esquemas de descripciones del comportamiento, pero sólo a los espectadores interesados, y no a los jugadores en cuanto tales” (GUASTINI R., 1990, 287).

Los puntos controvertidos son dos. Por un lado, qué se entiende por aceptación (a) y, por otro, si las reglas conceptuales (o constitutivas) son reglas, es decir que de alguna forma *guían el comportamiento* (b).

(a) Respecto a la primera cuestión Guastini en primer lugar explica el sentido que Searle da a la "aceptación", pero entiendo que luego al analizar la descripción y el conocimiento de hechos institucionales cambia el contenido de "aceptación", retomando el uso común de ésta y dejando de lado el sentido en que Searle usa el término. El problema, entonces, y según creo, parecería ser meramente lingüístico, y no habría así un desacuerdo genuino en este punto. Un primer paso para comprender este debate es resolver los problemas meramente verbales que se dan por el uso del término "aceptación", y luego, sí, ver en qué se diferencian la propuesta de Guastini y la de Searle, que el propio Guastini asimila a la teoría "normativista" de la ciencia jurídica.

Guastini concede que las reglas constitutivas ofrecen esquemas para poder describir el comportamiento, pero remarca que esto no es sólo para los jugadores o participantes, sino también para los espectadores interesados. Y aquí el eje central de la propuesta de Searle: si uno entiende "aceptación" cómo él, como reconoce Guastini, "por un lado una aceptación *necesaria*, y por otro lado una aceptación *no ética sino teórica*", describir hechos institucionales necesariamente implica *aceptar* sus reglas constitutivas (GUASTINI R., 1983: 277)³³⁰.

³³⁰ Creo que esta interpretación de "aceptación" en Searle de Guastini como teórica es correcta. Al respecto, aunque Searle no lo expone expresamente, pueden citarse los siguientes pasajes, si bien luego aclara que esto no significa que su argumento general sobre la posibilidad de derivar «debe» del «es» no tenga repercusiones sobre cuestiones morales: "En particular debemos evitar, al menos inicialmente, el ponernos a hablar de ética o moral. Estamos interesados en «debe», no en «debe moralmente». Si se acepta esta distinción, podría decirse que estoy interesado en una tesis de filosofía del lenguaje, no en una tesis de filosofía moral" (SEARLE J., 2015: 179/180); "Hemos derivado entonces (en un sentido tan estricto de «derivar» como cabe en los lenguajes naturales) un «debe» a partir de un «es». Y las premisas adicionales que se han necesitado para hacer funcionar la derivación no han sido en ningún caso de naturaleza moral o evaluativa. Consistían en suposiciones empíricas, tautologías y descripciones del uso de palabras" (SEARLE J., 2015: 184);

Aquí deberíamos distinguir entre usar la regla constitutiva para poder conocer el hecho institucional, sea que llamemos a este uso “aceptación” o no, y luego la actitud frente a este hecho. Es decir, luego de su conocimiento podrán además valorarse positiva o negativamente calificaciones, sentidos, valores que las reglas constitutivas dan a los hechos brutos, y asumirlos como patrones para la propia conducta o no hacerlo, pero todas estas actitudes ya hacen de quien conoce y describe estos hechos institucionales un jugador o participante de la práctica, y esto hace que su discurso sea parte del discurso interno (aunque no prescriptivo) y no un mero espectador.

Tal vez un ejemplo ayude a explicar el punto. Es distinto (re)conocer que una comunidad llama al acto X “saludo”, que llamar al acto X “saludo”. Ahora bien, *a la genovesa*, corresponde comenzar a distinguir. La palabra “saludo” en el lenguaje natural tiene varios significados dados por el conjunto de reglas del lenguaje natural; pensemos para el ejemplo uno de ellos: **saludo** es un acto comunicacional en que una persona hace notar a otra su presencia generalmente a través del habla o de algún gesto. Es un conocimiento del lenguaje natural aprendido con la socialización.

Dentro de diversos juegos del lenguaje qué cuenta o no como saludo depende de las reglas específicas de ese juego particular. Podríamos saber perfectamente qué es “saludar” y no comprender que un determinado acto en un

“...hay dos maneras radicalmente diferentes de interpretar la frase «comprometerse con uno mismo a (aceptar) la institución de prometer». Por una parte, significa algo parecido a (a) «asumir el uso de la palabra "prometer" de acuerdo con su significado literal, significado literal que está determinado por las reglas constitutivas internas de la institución». Un modo completamente diferente de interpretar la frase consiste en interpretarla con el significado siguiente: (b) «aprobar la institución como institución buena o aceptable». Ahora bien, cuando yo asevero literalmente que una persona ha hecho una promesa, intento comprometerme a mí mismo con la institución en el sentido de (a); es más, precisamente porque el significado literal me involucra en este compromiso, puede llevarse a cabo la derivación. Pero no me comprometo a mí mismo en el sentido de (b). Es perfectamente posible que una persona que aborrezca la institución de prometer diga literalmente «Juan ha hecho una promesa» comprometiéndose entonces a sí mismo con el punto de vista de que Juan asumió una obligación” (SEARLE J., 2015: 197/198).

contexto específico es, para quienes participan de las actividades con sentido dentro de ese contexto, un saludo. Tampoco podríamos decir cuáles de los actos efectuados por los miembros de este grupo cuentan como saludo para el resto, y cuándo estos sujetos se equivocan en la forma de saludar.

En algunos contextos altamente formalizados como, por ejemplo, en el ejército, existen formas específicas de ejecutar el saludo. Este es claramente un ejemplo de comportamiento reglado. Vemos cómo para quienes forman parte de esta práctica la regla establece el criterio conforme al cual uno debe comportarse para saludar; la ejecución incorrecta es una razón para la crítica de quienes no lo hacen de esta forma.

Pensemos en la descripción de los siguientes hechos brutos: vemos cómo un sujeto lleva su mano derecha a la sien con los dedos juntos manteniendo su cuerpo erguido (descripción ya dependiente de las reglas del lenguaje natural). Así, dentro de las Fuerzas Armadas o el ejército encontramos “la venia” o “saludo militar”, consistente en llevar la mano derecha con los dedos juntos a la sien. Utilizo una regla para describir un hecho institucional, es decir el “saludo militar”. Aquí estaríamos en lo que Searle llama descripción de un hecho institucional, para el cual necesariamente hacemos uso de reglas constitutivas.

No es necesario que seamos militares para decir que un determinado comportamiento cuenta como saludo militar. Simplemente mientras leemos este trabajo podemos reconocer tal acto institucional, esto es porque hacemos uso de la regla constitutiva de qué cuenta como saludo militar, y podemos pensar en casos conformes a la regla y en casos no conformes a la regla. En este sentido somos participantes, aceptantes de la regla, con el alcance dado por Searle a ser aceptante o participante de la práctica.

Otra cuestión es si no vemos las cosas bajo esta lupa, y vemos sólo hechos brutos; digamos que algunas personas, cuando se encuentran frente a otras, llevan

su mano derecha a la sien con los dedos juntos y el cuerpo erguido. Podemos a su vez observar cómo estas personas llaman saludar a esta actitud. Sin embargo, esta observación no presupone la aceptación de la regla constitutiva del saludo militar: simplemente se describe lo que un grupo de personas hace y dice. Ahora bien, dentro de este tipo de descripciones es limitado el número de aserciones que puedo producir. Veamos así a qué me refiero: si uno de los sujetos del grupo observado alzara su mano derecha moviéndola de izquierda a derecha y de derecha a izquierda con movimientos cortos y repetitivos, y sostuviera que éste es un saludo militar, sólo podríamos concluir que uno de los miembros del grupo entiende otra cosa por saludo militar. Podríamos también hacer estadísticas al respecto y contar cuántos miembros entienden una cosa y otra por saludo militar, podríamos también formular predicciones de cómo entenderán el saludo en el futuro, sin embargo hasta aquí podría llegar nuestro análisis.

No obstante, hay quienes llevan este tipo de análisis más allá, toman un criterio valorativo (por ejemplo, atender al significado dado por la mayoría) y de este tipo de observaciones obtienen conclusiones con contenido prescriptivo, a saber: “saludo militar” es cuando un sujeto lleva su mano derecha a la sien con los dedos juntos y el cuerpo erguido. Es decir de la observancia de los hechos, extraen el contenido de una regla constitutiva. Creo que este enfoque es problemático y es el enfoque que atenta contra la “gran división”. De constatar el hecho de la aceptación colectiva o de la conducta convergente sólo se siguen enunciados externos o empíricos sobre lo que creen o hacen determinadas personas. Esto no puede usarse para fundar enunciados internos. Los enunciados internos no serán verdaderos o falsos en virtud de la constatación de ciertos hechos, sino por la correcta aplicación de ciertas reglas ya aceptadas. Son dos tipos de discursos y se violaría la gran división si uno usara un enunciado externo como fundamento o justificación de un enunciado interno.

(b) El otro punto central es que las reglas conceptuales para Guastini no guían el comportamiento, no dicen que uno debe o no debe comportarse de cierta forma. Son definiciones.

Redondo explica que cuando las reglas conceptuales se entienden como verdades analíticas, es decir como proposiciones necesariamente verdaderas³³¹, no se entienden como reglas, dado que no establecen una relación de imputación (REDONDO M.C., 2018 A: 133). O que, como no "dirigen" o guían el comportamiento no son normas. Esto implicaría presuponer un concepto de norma según el cual éstas son sólo aqueéllas que determinan que una acción es permitida, prohibida u obligatoria. Pero, para Redondo sería mejor no asumir ese concepto. Siguiendo a von Wright, se puede sostener que las reglas constitutivas son normas:

"Da una parte, esse non sono enunciati necessariamente veri (verità analitiche), ma enunciati né veri né falsi. D'altra parte, esse stabiliscono un tipo di relazione che può dirsi normativa, nello stesso senso in cui sono normative le regole regolative. Concretamente, seguendo von Wright, i concetti deontici di permesso, obbligo, divieto (i.e. le modalità deontiche proprie delle regole regolative) possono essere adeguatamente intesi alla luce della loro analogia con i diversi modi della verità (la necessità, la possibilità, la contingenza). Allora, così come le regole regolative possono dirsi normative nella misura in cui 'istituiscono' o 'creano' delle necessità, impossibilità e possibilità deontiche, anche le regole costitutive possono dirsi normative nella misura in cui 'istituiscono' o 'creano' un altro gruppo di concetti modali. Creano delle necessità, impossibilità o possibilità concettuali. In altre parole si può concludere che entrambi i tipi di

³³¹ Respecto de las reglas conceptuales como proposiciones analíticas véase ROVERSI C., 2017: 110.

enunciati, regolativi e costitutivi, stabiliscono delle relazioni di imputazione ed esprimono norme" (REDONDO M.C. 2018 A: 133/134).

Además, en este trabajo se ha adoptado una concepción del significado que sigue los lineamientos del segundo Wittgenstein, y al respecto se ha sostenido:

"... Wittgenstein se refiere a las reglas o normas en general, pero a nosotros nos interesa el caso particular constituido por los significados. Por lo demás, el argumento de Wittgenstein es completamente general, y se aplica a toda entidad de naturaleza normativa. Los conceptos son también normas, en el sentido antes definido; el concepto de rojo es tal que divide algunas acciones –no necesariamente acciones lingüísticas- en correctas e incorrectas";

y además ,

"Hablando de modo más general: los conceptos se 'ejercen' en la formación de juicios u opiniones; en virtud de la naturaleza de los conceptos, los juicios formados mediante a ellos pueden ser correctos o incorrectos" (GARCÍA-CARPINTERO M, 1996: 386).

Puede verse ahora con mayor claridad por qué muchos autores interpretan el punto de vista interno de Hart como necesariamente normativo o práctico. Para quienes no aceptan que las reglas conceptuales son normas (Raz, Bulygin, Guastini), sólo tiene sentido hablar de punto de vista interno respecto de las reglas de conducta.

Ahora bien podemos entender que las reglas conceptuales son genuinas reglas que guían la comprensión y la conducta lingüística³³² y **negar**, al mismo

³³² De todas formas, es importante aclarar que no se pretende aquí abordar la discusión respecto de si existen diferencias entre reglas conceptuales y reglas regulativas, o la posibilidad de reducción de las reglas conceptuales (o constitutivas) a las reglas regulativas. Al respecto véase, por ejemplo, RAZ J., 1999; GONZÁLEZ LAGIER D., 1993; SCHAUER F., 1991.

tiempo, que nuestra conducta esté orientada a determinar siempre cómo debemos actuar. Podemos aun diferenciar entre uso del discurso en función práctica y discurso en función cognitiva. En este último caso seguimos reglas para conocer y comprender, y nuestro discurso se usa en función cognitiva.

Es llamativo que en el caso de las reglas conceptuales el uso o seguimiento parece necesario, mientras que en el otro no. Da la impresión de que en el caso de las reglas de conducta podemos decidir si conformamos nuestra conducta con lo establecido por la regla o no. Sin embargo, aunque a primera vista esto parece convincente, las cosas no son tan sencillas. No hay un seguimiento necesario de las reglas conceptuales, es decir, no estamos causalmente determinados a seguir determinadas reglas conceptuales ni estamos obligados a hacerlo³³³. Parece que si identificamos ciertos hechos institucionales, necesariamente hemos usado estas reglas, pero esto no quiere decir que necesariamente debemos usarlas, que necesariamente debemos identificar estos hechos institucionales. Si identifico un movimiento de ajedrez como "enroque" necesariamente aplico las reglas del ajedrez; lo cual no implica que necesariamente tenga que seguir estas reglas e identificar ciertos actos. Si tengo un interés en hacerlo, entonces para poder identificarlos necesariamente tengo que usar las reglas del ajedrez. En este sentido, la respuesta parece que depende en parte de qué se entienda por "guiar el pensamiento o la conducta lingüística". Desde ya que estas reglas conceptuales no obligan a realizar determinados actos de habla o a pensar y comprender las cosas de cierta forma, pero determinan un criterio de cómo hacerlo i.e.: *la forma correcta de hacerlo*³³⁴.

³³³ Podríamos decir que cuando comprendemos o cuando realizamos actos lingüísticos necesariamente usamos reglas conceptuales, esto no quiere decir que necesariamente se usen determinadas reglas conceptuales, éstas son contingentes.

³³⁴ Al respecto véase en forma similar lo que sostiene von Wright sobre las reglas de la lógica y las reglas de los juegos (VON WRIGHT G.H., 1979: 24-26).

Es cierto, que muchas reglas conceptuales son presupuestas y no explicitadas por los usuarios, lo que hace menos consiente su seguimiento que, por ejemplo, el caso de una regla que nos obliga a pagar impuestos³³⁵. Sin embargo, las reglas conceptuales son analizadas muchas veces desde puntos de vista políticos y morales³³⁶. Por ejemplo, para reivindicar sus tradiciones determinadas comunidades deciden mantener sus idiomas ancestrales, rechazan la contaminación lingüística externa y hasta existe una presión social seria frente al uso de otras lenguas. Lo mismo sucede con las reglas metodológicas que los científicos siguen, y no es claro que las presuposiciones metodológicas no tengan un contenido político o susceptible de crítica conforme a un sistema de reglas diferente³³⁷.

³³⁵ Menos común, pero no inexistente, es el caso de quienes siguen reglas regulativas de forma irreflexiva.

³³⁶ Puede pensarse, por ejemplo, en el uso *politically correct* del lenguaje.

³³⁷ Quienes dicen que las reglas conceptuales son simples definiciones, responderían que la discusión reside en si hay o no una regla de conducta que prescriba el uso de determinadas definiciones.

Capítulo IV. Poniendo en contexto los enunciados jurídicos

"El lenguaje es un laberinto de caminos.

Vienes de un lado y sabes por dónde andas;

vienes de otro al mismo lugar y ya no lo sabes."

Wittgenstein, *Investigaciones Filosóficas*, §203.

1. El problema de la objetividad y la distinción interno/externo

El interés de esta investigación es comprender el discurso en función cognoscitiva o descriptiva sobre el derecho (i.e. la expresión lingüística del conocimiento de reglas). En el capítulo anterior se ha caracterizado los enunciados internos y externos con base a la teoría de Hart. Una posible conclusión parcial es que los enunciados externos (en sus distintas versiones, extremos y moderados) no son extraños al positivismo jurídico clásico; muy por el contrario, con otro nombre, representan lo que en ese contexto se entiende por proposiciones normativas. De este modo, como vimos en el capítulo segundo, las proposiciones normativas son aserciones sobre la existencia de normas que pueden ser verdaderas o falsas, conforme al positivismo clásico, según la verificación de ciertos hechos empíricos. La pregunta a este punto es si los enunciados internos son también un tipo de proposición normativa, es decir, si pueden o no formar parte del discurso en función cognoscitiva.

Considerar los enunciados internos como tipos de proposiciones normativas es, sin embargo, problemático. En un sentido genérico, si el conocimiento de una práctica es interno a esta propia práctica, es decir si la posibilidad de comprensión de una práctica depende del entrenamiento que tengamos en ella, entonces el conocimiento que podemos tener de esta práctica varía según la posición del sujeto cognoscente. Específicamente, si las proposiciones normativas son internas a una determinada regla de reconocimiento, entonces parece que la posibilidad de

conocimiento y descripción de lo que el derecho permite, obliga o prohíbe hacer, depende de haber aprendido a aplicar esta regla de reconocimiento. Éste es el problema de la objetividad.

1.1 Objetividad y posición del sujeto cognoscente

El debate respecto del método de conocimiento del derecho y el estatus de "científico" que podamos asignarle está íntimamente relacionado con el problema de la objetividad. Así, si sostenemos que el significado de los enunciados jurídicos depende del contexto en que éstos son proferidos, parece ponerse en duda que pueda haber objetividad en el discurso. En este sentido, si las condiciones que hacen de una aserción sobre el derecho una aserción correcta dependen de la posición del sujeto cognoscente, parece que no puede haber un conocimiento objetivo o científico del derecho.

Al respecto se ha sostenido:

"Problemas epistemológicos muy interesantes –y discutidos hoy en día en la literatura pertinente- surgen en relación a las condiciones de verdad de las proposiciones que dan cuenta del Derecho como práctica social, ya que los hechos institucionales, que en buena medida constituyen esta práctica, son –siguiendo a Searle- ontológicamente subjetivos, de modo que su existencia depende, además de reglas constitutivas, de creencias compartidas. Por lo tanto, los procedimientos de verificación de la correspondencia entre las proposiciones de las ciencias sociales y los hechos institucionales tienen que ser distintos de los procedimientos de verificación en las ciencias naturales, que se ocupan en general de fenómenos ontológicamente objetivos. En mi opinión, esto sigue afectando al grado de objetividad epistemológica de las proposiciones acerca del

Derecho como práctica social, que me parece muchas veces inferior al grado alcanzado por las proposiciones de la ciencia naturales. Dicho de otra forma, es mucho más difícil que se formen paradigmas en las ciencias sociales, como sí suele pasar en las ciencias naturales y formales" (COMANDUCCI P., 2010: 182).

Este problema de la objetividad ha sido expresamente abordado por Caracciolo. En "Conocimiento de normas" él advierte una tensión entre una determinada concepción de las reglas y la posibilidad de conocimiento de éstas. Caracciolo sostiene que si adoptamos una determinada concepción de las reglas -à la Wittgenstein-, no puede haber un conocimiento objetivo de ellas. Esto llevaría a que, si se asume esta concepción, cualquier discurso cuyo ámbito cognoscitivo fuera un conjunto de reglas carecería de carácter científico³³⁸.

Caracciolo presenta su argumento sobre las condiciones en que es posible el conocimiento de las normas³³⁹. Estipula cinco condiciones que entiende mínimas para poder hablar de "conocimiento objetivo", y concluye que si entendemos las reglas según una de las posibles lecturas de Wittgenstein, tal como parece hacer Hart, el conocimiento de éstas no puede ser objetivo.

Las cinco condiciones mínimas que Caracciolo enuncia para hablar de "conocimiento objetivo" son:

"I) este conocimiento es siempre susceptible de ser formulado lingüísticamente; II) los enunciados que lo expresan tienen que ser objetivamente verdaderos; III) las expresiones de carácter directivo (normas, mandatos, órdenes) como así también las que expresan deseos, preferencias o valoraciones, no son aceptables en el discurso

³³⁸ Se ha señalado una analogía entre la crítica que Caracciolo lanza a la teoría de las reglas sociales de Hart y el desafío escéptico con que Kripke reanaliza el seguimiento de reglas en Wittgenstein. Véase BOUVIER H., 2013.

³³⁹ Caracciolo señala expresamente que usa los términos "regla" y "norma" en forma indistinta.

‘objetivo’, ya que no es posible su calificación en la dicotomía verdadero-falso; IV) los enunciados cognoscitivos transmiten información que puede ser aceptada (cuando son verdaderos) o rechazada (cuando son falsos) mediante acuerdos intersubjetivos; y V) el rechazo o aceptación del conocimiento objetivo no son arbitrarios, se produce recurriendo a razones” (CARACCILO R., 2009: 134,135).

Que existan normas, explica Caracciolo, significa que hay criterios para discriminar entre opciones que se conforman y opciones que no se conforman a la norma. Sostiene que los conjuntos de normas se presentan como conjuntos de expresiones lingüísticas, y que esto vale tanto para normas que tienen origen en actos deliberados como para aquéllas que son producto de la práctica de comportamiento. Específicamente se pregunta por el significado de los enunciados normativos, y afirma que estos enunciados son aquéllos “cuya referencia esté constituida por normas o por propiedades de normas” (CARACCILO R., 2009: 134). Para Caracciolo “...esta conexión inmediata con el lenguaje implica que el conocimiento objetivo de normas es posible si, y solo si, es posible la construcción de un metalenguaje acerca del lenguaje en que se expresan las normas” (CARACCILO R., 2009: 135).

De todas formas, para Caracciolo lo que importa no es el aspecto sintáctico de las expresiones lingüísticas, sino los contenidos de estas formulaciones, es decir sus significados³⁴⁰. Caracciolo explora la posición que Wittgenstein presenta en

³⁴⁰ Analiza entonces diferentes aproximaciones a la idea de “significado”. Primero, una teoría “clásica” sobre el significado, los significados de las expresiones lingüísticas pertenecen a la clase de los objetos ideales que no pueden encontrarse en la experiencia sensible. La rechaza porque esta no puede garantizar que el conocimiento sea compartido intersubjetivamente. Luego analiza una tesis “decisionista”, que consiste en crear una semántica que contenga variables para los “significados”, lo cual sería el producto de una decisión práctica no justificable teóricamente que haría del lenguaje normativo una especie de semántica formal, que para los usuarios de la praxis sería un modelo

Investigaciones Filosóficas: el significado de una expresión como su uso reglado en el lenguaje. Explica que para Wittgenstein los usos del lenguaje son como juegos y que una expresión puede tener distintos usos y, por eso, distintos “significados”. Cada juego determina los movimientos admisibles y el límite del uso significativo del lenguaje en el contexto definido por las reglas del juego. Estas reglas definen el juego, pero no determinan anticipadamente todas las jugadas, sino que dan criterios para decidir caso por caso. Por esto,

“para conocer el juego no es suficiente meramente conocer sus reglas, además hay que practicarlo, aprender la técnica. Así: Comprender un lenguaje significa dominar una técnica. La comprensión y no la observación, figura aquí como el recurso cognoscitivo relativo al lenguaje” (CARACCILO R., 2009: 142).

Entonces, según este modelo, el significado de un enunciado normativo X depende del contexto y de las reglas aplicables. Identificar el “significado” de X en un contexto depende de la identificación de una regla, usada para decir que X significa S. El correspondiente enunciado sobre el significado de X es verdadero *en relación* a una regla. Pero a su vez, como siempre es posible una nueva interpretación de esa regla, y por consiguiente de X, es que se afirma que la interpretación por sí sola no puede fijar el significado. En este sentido,

“el término ‘interpretación’ tiene que ser limitado a los casos en que se sustituye una formulación de la norma por otra equivalente, es decir, a una sustitución que no modifica el significado. Lo que implica que tiene que existir una manera no mediatizada por el lenguaje de captar el significado, de identificar la regla R, que no es

normativo. En tercer lugar, analiza la dimensión de la práctica concreta del significado de normas. Aborda así, la cuestión del significado en referencia al análisis de actos lingüísticos (la actuación de los sujetos que usan ese lenguaje).

una interpretación, manera que se exhibe en los casos de ‘obedecer’ y ‘desobedecer’ la regla y que en conjunto constituye la práctica” (CARACCILO R., 2009: 143).

Caracciolo explica que lo que hace Wittgenstein es recurrir a la práctica concreta: “la regla determina la conducta, pero la conducta determina el contenido de la regla. La regla se ‘muestra’ en la práctica, pero se ‘expresa’ en el lenguaje” (CARACCILO R., 2009: 144).

Para Caracciolo hay distintas formas de entender el argumento de Wittgenstein. Una es asimilarlo a un enfoque conductista donde no habría que postular la existencia de reglas³⁴¹. Pero, si aceptamos que el lenguaje consiste en seguir reglas, nos encontramos frente a un problema cognoscitivo. Para el observador externo que no participa de un determinado juego, éste sería un ámbito clausurado. Si hay reglas, los usuarios del lenguaje tienen una posición privilegiada, ya que “ha[n] aprendido las reglas del juego lingüístico, esto es, el lenguaje –mediante un adiestramiento del que carecen los que no son miembros de la comunidad lingüística” (CARACCILO R., 2009: 144). Por eso, según Caracciolo, para esta concepción de las reglas, sólo quienes tienen el punto de vista interno tienen un genuino conocimiento de normas, y es imposible un metalenguaje neutral acerca de su significado que pueda ser corroborado más allá de los límites de la comunidad lingüística. Concluye así que el conocimiento de reglas no puede ser objetivo.

³⁴¹ Rechaza el enfoque conductista atento que solo puede proponer hipótesis empíricas que recogen la recurrencia de comportamientos ante ciertos estímulos; este sirve para mostrar relaciones causales, pero “no puede captar que los usuarios están dispuestos a justificar su comportamiento, lo que implica la posibilidad de corrección o incorrección de su conducta. Solo si se admite que al usar el lenguaje se siguen reglas es posible advertir la manera en que sus expresiones significan para los miembros de una comunidad lingüística.” (CARACCILO R., 2009: 141). Es por esto que el enfoque conductista no puede captar lo que los usuarios “significan” y se corre el riesgo de que el “significado” sea una decisión arbitraria de un observador externo.

Aquí nos enfrentamos de lleno al problema del conocimiento de reglas, cómo conozco yo las reglas que sigo, y si puedo conocer las reglas que siguen otros grupos. Cuando admitimos que el significado es producto de una práctica reglada, la pregunta por el significado de un enunciado nos lleva a la pregunta por el seguimiento de reglas. En este sentido Winch afirma: "... so the question: What is it for a word to have a meaning? leads on to the question: What is it for someone to follow a rule?" (WINCH P., 1958: 28).

Este problema ha sido desarrollado en el capítulo I, donde, como vimos, Kripke presenta una lectura según la cual el objetivo de Wittgenstein era justamente responder al escéptico que niega que puedan conocerse las reglas, y por lo tanto en las *Investigaciones Filosóficas* se plantearía una paradoja escéptica cuya solución consistiría en abandonar la idea de significado como dependiente de las condiciones de verdad, o en otros términos, que conocer una regla sea poder identificar determinados hechos³⁴².

Sin embargo, la lectura de Kripke ha sido muy criticada en la literatura especializada³⁴³, y se acepta la idea de que Wittgenstein no presenta una posición escéptica, y parecería que tampoco toma en serio el desafío escéptico. Sobre todo considerando que no rechazaba la idea de que una proposición sea verdadera en virtud de ciertos hechos, sino que su interés era la relación entre los usos del lenguaje y el significado, no entre el lenguaje y la realidad³⁴⁴.

En contra de la idea de que Wittgenstein presentaba un desafío escéptico, Winch sostiene:

³⁴² KRIPKE S.A., 1982. En *Wittgenstein on Rules and Private Language* explica que según Wittgenstein no habría ningún hecho que me diga que tengo qué hacer, o qué significa determinada regla. Así, según esta lectura no existen hechos que puedan fijar el significado; ni externos al sujeto, ni internos, es decir ni siquiera hechos sobre la propia vida pasada o estados mentales. Esta es la denominada "paradoja escéptica".

³⁴³ BAKER G.P. Y HACKER P.M.S., 1984.

³⁴⁴ BAKER G.P. Y HACKER P.M.S., 1984: 429.

“Wittgenstein does not say that every act of identification in fact needs a further check in the sense that we can never rest contented with our judgments. That so obviously leads to an infinite regress that it is difficult to imagine anyone maintaining it who did not want to establish a system of complete Pyrrhonian scepticism such as is very far indeed from Wittgenstein’s intention. In fact Wittgenstein himself is very insistent that “Justifications have to come to an end somewhere”; and this is a foundation stone of many of his most characteristic doctrines: as for instance his treatment of the “matter of course” way in which rules are, in general, followed” (WINCH P., 1958: 38,39).

Debemos agregar, en la misma dirección de Winch, que los significados no son constantemente puestos en cuestión o revisión dentro de una práctica (no estamos constantemente preguntándonos por las condiciones de verdad o corrección de los enunciados, o no sobre todos al mismo tiempo; sino que en la práctica éstos se usan). Seguir reglas es participar en una práctica. Conocer las reglas consiste en aprender una práctica, aprender a hacer algo³⁴⁵. Conocer las reglas es saber aplicarlas en forma correcta. Por esto, quien no ha adquirido este entrenamiento no puede identificar las reglas que en un sentido explican la práctica.

Luego de estas consideraciones, y volviendo a la inquietud de Caracciolo, ¿qué respuesta puede darse a quien dice que esta concepción de las reglas no permite su conocimiento objetivo? Si por conocimiento objetivo se entiende aquél que podría obtenerse desde un punto de vista arquimediano, debe sostenerse que este tipo de conocimiento no es posible o, más correctamente, que conforme a esta perspectiva no es sensato. Todo conocimiento es contextual, aun el conocimiento

³⁴⁵ Conocer reglas depende de lo que ha sido llamado proceso de enculturación: MEDINA J., 2006.

científico, por cuanto todo esquema conceptual depende de un juego del lenguaje específico, es decir de una práctica social determinada. Por lo que (aun si es una obviedad, merece la pena repetirse) muchos debates filosóficos podrían disolverse especificando los contextos desde los que distintas posturas entran en tensión.

En relación al discurso jurídico, en el caso de los enunciados de validez (enunciados que afirman la pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico), el discurso interno hace uso de los criterios de validez propios de un sistema jurídico para identificar cuáles son las normas que forman parte del sistema. En este punto el problema de la objetividad adquiere un matiz diverso, que analizaremos a continuación:

1.2 Objetividad como ausencia de valoración

Scarpelli sostiene que la adopción de una definición o regla conceptual es siempre un acto políticamente comprometido³⁴⁶. Una de las características distintivas del positivismo jurídico es la distinción conceptual entre el derecho y la moral, entre el derecho tal como es y los valores con los cuales éste se evalúa o juzga. Sin embargo, sostiene Scarpelli que esta forma de entender la separación entre derecho y valores morales depende de una elección moral o política a favor del positivismo jurídico. Por esta razón, la propia adopción del positivismo jurídico es un acto moralmente comprometido.

En este sentido, para Scarpelli el positivismo clásico aceptaría una definición de derecho ligada a la idea de Estado moderno y al principio de efectividad. Esta

³⁴⁶ Corresponde aclarar que Scarpelli no sostiene que la regla de reconocimiento de Hart sea una definición o regla conceptual. Podríamos afirmar que para él la regla de reconocimiento es ya un principio que guía la conducta. Sin embargo, Scarpelli entiende que Hart (y los positivistas en general) adoptan un concepto de derecho que es pragmáticamente orientado. Afirma: "...vediamo con piena chiarezza la funzione pragmatica di tale definizione del concetto di diritto, la sua portata orientativa. Una dedinizione, e vieppiù una definizione generale del campo di un universo di discorso, non è mai neutrale, indifferente, ha sempre una portata orientativa" (SCARPELLI U., 1997: 192- 193).

definición sería usada como criterio para identificar qué cuenta como derecho de una manera "no políticamente comprometida", pero que (en realidad) tiende a la conservación de la forma de Estado moderno y a formar a los juristas al servicio de este Estado³⁴⁷. Por esto, el conocimiento del derecho sería siempre políticamente comprometido, no por la interpretación en este caso, sino porque la identificación del derecho depende de la adopción de un concepto de derecho que no puede ser políticamente neutro³⁴⁸.

Nuevamente, la identificación del derecho aquí no consiste en una actividad puramente epistemológica, sino ideológica. Por lo que estos enunciados de identificación de normas serían siempre enunciados que buscan mantener o hacer efectivo determinado orden jurídico³⁴⁹. Bajo esta visión no habría tampoco un conocimiento objetivo, pero a diferencia del argumento de Caracciolo, en virtud de que el conocimiento estaría siempre determinado por una función política. La idea de objetividad aquí no se refiere a que la posición del sujeto cognoscente influya en el conocimiento, sino a que la objetividad, asociada a la neutralidad valorativa, no puede alcanzarse. Siempre queda espacio para aplicar una definición diversa.

Si cada vez que usamos ciertas definiciones, estamos otorgándoles nuestro apoyo, parece no quedar lugar para ningún tipo de conocimiento, ni para un uso del lenguaje descriptivo que no sea políticamente comprometido. De esta forma, el interrogante que surge es si el juego del lenguaje tendiente a la descripción es o no

³⁴⁷ "La definizione giuspositivistica del concetto di diritto dirige la scienza e la pratica del diritto, una scienza e una pratica del diritto operanti da un punto di vista interno, a mettersi al servizio del diritto positivo come sistema di norme poste con atti da volontà da esseri umani, al servizio della volontà politica che nel diritto positivo trova la sua forma. Questo orientamento politico generale avrà poi la sua specificazione nell'accettazione del principio fondamentale del singolo sistema di diritto positivo, in cui volta a volta la scienza e la pratica del diritto di indirizzo giuspositivistico procederanno ai loro giudizi di validità e compiranno le loro operazioni" (SCARPELLI U., 1997: 193).

³⁴⁸ *Ibid.*: 151. Con este argumento puede verse cómo el positivismo jurídico como "teoría" propuesto por Bobbio, que depende de la suscripción a la noción de Estado moderno, sería también una forma de positivismo jurídico ideológico.

³⁴⁹ Enfatiza Scarpelli que los juicios de validez en un sistema sólo son posibles gracias a la aceptación que implica una elección política en relación al sistema. Cf. SCARPELLI U., 1997: 180.

siempre moral o políticamente comprometido. Este punto abre toda un área de investigación que excede este trabajo, respecto de si, sobre todo respecto de fenómenos sociales, su descripción se compromete con una forma de statu quo. Sin embargo, conforme a lo que se ha sostenido hasta aquí, podría simplemente aventurar una respuesta según la cual aprehendemos prácticas cuya existencia depende en parte de un statu quo pero, sin embargo, esto no disuelve la posibilidad de revisarlas y analizarlas críticamente. Nuestras prácticas son abiertas y cambiantes, y la misma posibilidad de crítica depende de que sea posible su conocimiento.

Cuando se sostiene que la descripción de un sistema de normas implicaría adhesión o apoyo al mismo, se niega la posibilidad de distinguir entre conocer, valorar y aplicar reglas, por un lado, y, por otro, se confunde diversos juegos del lenguaje (i.e. el de describir y el de instar a mantener o sostener determinado estado de cosas).

Sostener que la elección entre diversas definiciones o reglas conceptuales depende de una elección política parece también requerir la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo. Podríamos acordar que desde un punto de vista externo son diversos los criterios que pueden elegirse para conceptualizar y comprender determinada realidad de una práctica social: claramente la elección dependerá de una elección y se valorará la utilidad de esta elección en virtud de los fines u objetivos que se hayan tenido en mente a la hora de conceptualizar. Pero, nuevamente, si consideramos la práctica social desde un punto de vista interno, entonces sostener que las reglas conceptuales de esta práctica dependen de una elección política parece distorsionar la realidad y el sentido de la práctica misma.

Al interno de una práctica social tiene sentido preguntarnos si hemos o no errado al conceptualizar la práctica, o si erramos al aplicar determinadas reglas

conceptuales de la práctica. Pensemos nuevamente en el derecho: puesto que los criterios de identificación son el contenido de una regla social, la identificación puede ser exitosa cuando se usan los criterios correctos, y fallar cuando no se hace. Como ya se ha explicado, los criterios crean una necesidad conceptual.

Otra cuestión, que excede ampliamente este trabajo, es si estamos obligados a aplicar las reglas conceptuales de las prácticas en que participamos. En esta sede la única respuesta que puede darse a este problema es una parcial y seguramente insatisfactoria. Si la finalidad de la comunicación es informar o describir cuáles son las normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico, desde el punto de vista pragmático, aplicamos los criterios de pertenencia correctos (con independencia de nuestros juicios éticos respecto de dichos criterios o respecto de las normas identificadas). En este caso estamos dentro del juego del lenguaje de la descripción, y sería un sin sentido aplicar reglas que no forman parte de la práctica. Claro está que esto no implica negar que muchas veces la finalidad de la comunicación sea otra (diversa a la de dar información), a saber: dar apoyo a la práctica, instar a cambiar o abandonar la práctica, etc. Pensemos en el derecho, muchas veces es claro que los enunciados jurídicos no son proferidos con una función cognoscitiva, sino ideológica. En estos casos el objetivo es hacer prevalecer un determinado criterio de pertenencia (porque se entiende sería mejor, más útil para la práctica, más acorde a determinados valores éticos, o correcto en relación a otra práctica – por ejemplo, acorde con los mandatos de cierta religión).

En la práctica jurídica podríamos afirmar que en el juego del lenguaje que tiene como *point* la descripción de normas, o lo que es permitido, obligatorio o prohibido hacer, los criterios de validez se toman como los axiomas o verdades por definición que operan a un nivel metalingüístico. Las preguntas sobre por qué son éstos los criterios de validez, son generalmente entendidas como preguntas por la *legitimidad* de los criterios, es decir de los criterios de pertenencia aceptados (o de la

definición aceptada)³⁵⁰. Éste es un juego del lenguaje claramente diverso de aquél de la descripción.

2. Participantes, observadores e identificación del derecho

Juan Carlos Bayón en “Participantes, observadores e identificación del derecho” crítica la denominada tesis de la identificación objetiva del derecho y afirma que el derecho identificado por los participantes no coincide necesariamente con aquél que identifica un observador (BAYÓN J.C., 1996). Pierluigi Chiassoni y Eugenio Bulygin contestan este argumento en "Osservatori positivisticci e quinte colonne" (CHIASSONI P., 1996) y “Sobre observadores y participantes” (BULYGIN E., 1998), respectivamente.

Este debate es de utilidad en esta investigación en virtud de que toca muchos puntos y presentan muchas de las ambigüedades que han sido hasta aquí analizadas. En este sentido, la presentación de los enunciados internos, el problema del seguimiento de reglas conceptuales y las consideraciones realizadas en relación al problema de objetividad son útiles para dar una respuesta más adecuada al debate. En primer lugar se presentará los argumentos propuestos por Bayón, y las respectivas respuestas de Chiassoni y Bulygin. En segundo lugar se hará un análisis crítico del debate; y, finalmente, se ensayará una posible respuesta al mismo.

2.1 Crítica a la tesis de la identificación objetiva del derecho

Bayón, basándose en la clásica distinción de Hart entre punto de vista interno y punto de vista externo, distingue entre participantes y observadores de la

³⁵⁰ Por ejemplo, al igual que sucede en la ciencia empírica con el principio de verificación: la proposición que lo expresa no es falseable. Lo mismo sucede con los enunciados sobre los criterios de validez: éstos tienen una función constitutiva del sistema, y su aceptación permanece como una cuestión ajena a la práctica de aplicarlos. Véase SCARPELLI U., 1997: 127.

práctica jurídica. Para él, participantes son quienes participan en la argumentación y buscan justificar sus decisiones conforme al derecho. Bayón analiza y defiende la tesis según la cual a partir de la distinción entre la perspectiva del observador y la del participante se llega a la conclusión de que la identificación del derecho –en un momento y lugar determinados- puede tener resultados diversos según se la realice desde una u otra perspectiva. En sus términos, “che ciò che ‘è diritto’ nella prospettiva di un partecipante non coincide senz’altro con ciò che ‘è diritto’ nella prospettiva di un osservatore” (BAYÓN J.C., 1996: 47).

Para mostrar esto, explica, debe superarse una fuerte intuición denominada “tesis de la identificación objetiva del derecho” (que adscribe a los teóricos positivistas), según la cual la verdad de un enunciado jurídico no depende del punto de vista del sujeto que lo formule. De acuerdo a esta tesis, es indiferente a los fines cognoscitivos si quien pretende identificar el derecho asume la posición de observador o de participante. Identificar el derecho es una operación de carácter cognoscitivo, en donde simplemente se hace uso de criterios conceptuales y se constatan datos empíricos. Lo que intenta Bayón en su artículo es sostener que la tesis de la identificación objetiva se funda en una serie de malos entendidos y, en última instancia, es insostenible.

Bayón distingue entre dos formas de entender la “tesis de la identificación objetiva del derecho”. Según una de éstas, que él considera correcta, corresponde distinguir entre la actividad de conocer un hecho y la actitud práctica que la misma persona pueda tomar luego. Sin embargo, la tesis de la identificación objetiva puede entenderse de otra forma, según la cual el valor de verdad de una proposición sobre la validez de una norma no es relativo a la posición del sujeto cognoscente. Esta segunda forma de entender la tesis de la identificación es la que critica Bayón.

El argumento que propone parte de la teoría de Hart y del concepto de regla social. Según Bayón, Hart parece suponer una identidad esencial entre el contenido de la regla como fenómeno social y el contenido de la regla en la mente de aquéllos que la aceptan. Para Bayón la idea de regla social en Hart es la de una copia de la regla que está en la mente de cada uno de los aceptantes, pero con una existencia supraindividual.

En un primer momento analiza la situación que denomina “simple”, centrándose solamente en el conocimiento de reglas consuetudinarias. Afirma que, por definición, las reglas sociales consuetudinarias no tienen una formulación verbal canónica. Pero que, sin embargo, Hart presenta la idea de que los aceptantes tienen un enunciado normativo en sus mentes, al cual se adecua la mayor parte de las conductas observables. Por esto, cuando un observador afirma que “existe la regla social N”, N sería la reproducción del enunciado normativo operativo en la mente de los aceptantes (BAYÓN J.C., 1996).

Bayón explica que esto es problemático porque un conjunto de conductas puede presentarse como instancias de lo prescripto por innumerables reglas diferentes. Es posible que la regla que acepta cada uno de los participantes sea diversa, ya sea más o menos amplia, y no haya acuerdo sobre cuáles son las circunstancias exactas de aplicación³⁵¹. El problema para Bayón es que en la teoría

³⁵¹ En este punto del argumento Bayón expresamente sostiene que no es necesario entrar en la discusión de Wittgenstein sobre “seguir una regla”. No comparto esta intuición del autor y creo que uno de los problemas que vemos aquí es justamente el problema del seguimiento de reglas. Repárese especialmente en el parágrafo §202 de *Investigaciones Filosóficas*: «Por tanto, “seguir la regla” es una práctica. Y *crear* seguir la regla no es seguir la regla. Y por tanto no se puede seguir “privadamente” la regla, porque, de lo contrario, crear seguir la regla sería lo mismo que seguir la regla». Parece que según la explicación que Bayón presenta de regla social en Hart, cada participante sigue una regla propia que puede o no coincidir, o hacerlo solo en parte con la regla que siguen los demás miembros de la práctica. Estamos frente a la cuestión de si los propios participantes pueden conocer la regla que están siguiendo los demás, problema que Bouvier llama “Cartesianismo individual” (BOUVIER H., 2013).

de Hart se da por sentado que el contenido de una regla en la mente de los aceptantes es uniforme.

Como esta uniformidad parece ser muy improbable, para Bayón no es claro cuál sería exactamente la regla social existente que podría conocer un observador. Por esto, Bayón reconstruye la idea de regla social existente para Hart como la parte en que se sobreponen o convergen las reglas aceptadas por cada uno de los participantes.

De todas formas, parece que el problema para el observador es que no tiene un hecho dado que pueda identificar como regla social existente. El observador en su discurso, sostiene Bayón, usa el concepto de regla social existente, como aquella que es el resultado del área de sobreposición o convergencia de las reglas sociales aceptadas por cada uno los participantes. Pero, para individuar el contenido de esta regla social existente, el observador debe superar la dificultad que nace de la relación entre las normas y el lenguaje. Explica Bayón que los participantes aceptan normas, no formulaciones normativas, es decir que no aceptan enunciados, sino el contenido de significado de un enunciado. Por esto, para identificar la regla social existente, el observador debe identificar cada una de las reglas aceptadas por los participantes y, para hacer esto, debe poder extraer el significado de los enunciados o formulaciones normativas mediante las cuales cada uno de los participantes expresa sus actitudes internas.

Para poder hacerlo el observador debe usar las reglas semánticas propias del lenguaje en el que los participantes formulan estos enunciados. Ahora Bayón se pregunta cuáles son las reglas semánticas que debe usar el observador. Explica que el observador no puede usar las reglas semánticas que prefiera, expresamente afirma: “gli enunciati tramite i quali gli accettanti esprimo i loro atteggiamenti interni non possono essere considerati come ‘scatole nere’ che tollerano, letteralmente, qualsiasi attribuzione di significato” (BAYÓN J.C., 1996: 54/55).

Pero ahora Bayón nos sugiere que con las reglas semánticas sucede lo mismo que con el resto de las reglas sociales, y que “in senso stretto, le regole semantiche usate da ciasun membro di una comunità di parlanti sono inafferrabili ed irraggiungibili per l’osservatore, posto che: da un lato, l’osservazione del modo in cui costui le usa non permette di identificare completamente; dell’altro, l’intento, da parte di chi le usa, di esprimerle non può realizzarsi, giustamente, che tramite un linguaggio che deve, a sua volta, essere interpretato” (BAYÓN J.C., 1996: 55). Esto quiere decir que tampoco las reglas semánticas existentes son un hecho dado, sino también construcciones conceptuales creadas en el juego lingüístico que constituye el lenguaje del observador. Bayón explica que el valor de verdad del enunciado “existe la regla social N”, formulado por un observador, no depende directamente de datos empíricos. Por el contrario, depende de éstos sólo de forma indirecta, puesto que la relación entre el enunciado y el mundo es definida por los criterios internos del discurso del observador.

Bayón aclara que la “tesis de la identificación objetiva” es correcta si la entendemos como lo que él denomina “tesis de la igualdad de posibilidades epistémicas”. Él está de acuerdo con que la identificación de la “regla social existente” entendida conforme al discurso del observador –i.e. como área de sobreposición o convergencia de reglas aceptadas por los participantes- tiene igual resultado ya sea que la realice un observador o un participante. Sin embargo, lo que quiere subrayar es que la “tesis de la identificación objetiva” es incorrecta como negación de que “la regola dal punto di vista degli dell’oservatore non coincide con la regola dal punto di vista degli accettanti” (BAYÓN J.C., 1996: 56), porque observador y participante tienen un concepto diverso de regla social. Por esto, para Bayón, la afirmación sobre la existencia de una regla asume significados diversos en los discursos del observador y de los participantes.

Para expresarlo claramente, las reglas no son hechos dados sino construcciones conceptuales dependientes del discurso. El concepto de regla es diferente en el discurso del observador y en el del participante y, por esto, la identificación que realizan de las reglas puede dar resultados no coincidentes. Entonces, para Bayón lo que se entiende por derecho desde la perspectiva del participante puede no coincidir con lo que se entiende por derecho desde la perspectiva del observador.

Él no pone en duda que exista el derecho como un fenómeno social, ni tampoco acepta la idea de que si no se puede identificar objetivamente el derecho pierda sentido la idea de juzgar conforme a derecho. Para Bayón esto sería insostenible ya que “se prese davvero sul serio, esse privano il diritto della sua capacità di dirigere le condotte di una comunità: inverò, l’interazione sociale guidata dal diritto presuppone l’esistenza di un intendimento comune di ciò che vuol dire agire secondo diritto” (BAYÓN J.C., 1996: 59).

Explica el autor que el entendimiento común y una reciprocidad de expectativas son posibles no sólo gracias a los usos lingüísticos vigentes, si no también a una práctica social más compleja.³⁵²

³⁵² Bayón señala que Hart pasa por alto este punto y que expresamente reconoce su omisión. En realidad lo que dice Hart es: “...there is a more serious defect in my argument on this point... treats the indeterminacy of legal rules as if this was always a purely linguistic matter, that is, solely a function of the indeterminacy of the constituent words used in the formulation of a particular rule. In fact, as I come later to see and to say in Essay 4, **the question whether a rule applies or does not apply to some particular situation of fact is not the same as the question whether according to the settled conventions of language this is determined or left open by the words of that rule.** For a legal system often has other resources besides the words used in the formulations of its rules which serve to determine their content or meaning in particular cases. Thus, (...) the obvious or agreed purpose of a rule may be used to render determinate a rule whose application may be left open by the conventions of language, and may serve to show that words in the context of a legal rule may have a meaning different from that which they have in other contexts.” (HART H.L.A., 1983: 7,8). Para Bayón, lo que hace posible el entendimiento común y la reciprocidad de expectativas es la existencia de significados compartidos por los miembros de una determinada práctica. Entiendo que esto es lo que Hart resalta respecto de la dependencia de reglas sociales propias de cada contexto, y en este punto siguiendo claramente a Wittgenstein, respecto de que para que haya comunicación no es suficiente usar las mismas "definiciones". Es necesaria una

Para Bayón, conforme la teoría de Hart, es común asumir que la existencia de un sistema jurídico implica la existencia de una práctica social de reconocimiento. En este punto, evita entrar en la discusión sobre si la regla de reconocimiento propuesta por Hart es una regla conceptual o una regla prescriptiva, puesto que respecto de ambos tipos de reglas, tiene sentido decir que existen socialmente. Y, en ambos casos, que existe este tipo de reglas sociales significa que hay diferentes individuos que usan las reglas conceptuales o aceptan las reglas prescriptivas, que se sobreponen o convergen sólo en parte.

Esto implica extender el análisis que elabora en la primera parte de su trabajo sobre la idea de regla social existente a la regla de reconocimiento. Y, concluye que lo que puede ser identificado como regla de reconocimiento socialmente existente desde el punto de vista de un observador, no coincide con lo que se identifica como regla de reconocimiento socialmente existente desde el punto de vista de cada uno de los participantes. Esto es así porque lo que identifica un observador, como regla de reconocimiento socialmente existente, es el área de convergencia o sobreposición de las reglas de reconocimiento aceptadas por los participantes. Entonces, el sistema jurídico identificado conforme a los criterios de esta regla de reconocimiento socialmente existente será a su vez diverso del sistema jurídico identificado por la regla de reconocimiento aceptada por cada participante. Para Bayón, si se acepta esta conclusión se debe aceptar que lo que se identifica como derecho desde la perspectiva del observador no coincide con lo que se identifica como derecho por los participantes.

La respuesta de Chiassoni

Chiassoni entiende que el argumento de Bayón refleja un modo de entender el método y el objeto de la teoría del derecho contrarios al positivismo jurídico

coincidencia en el comportamiento, en las "formas de vida": modos de actuar regularmente, en último extremo sin justificación racional, que son parte de una cierta manera de ser.

(como lo hacen también, por ejemplo, Greenwalt, Dworkin, Nino); y consiste en una crítica a esta corriente por aceptar la tesis de la identificación objetiva del derecho. Chiassoni intenta hacer una defensa "de oficio" del positivismo jurídico.

Según él, Bayón parte de dos tesis o "intuiciones teóricas". La primera: "tesis de la no coincidencia" entre los juicios de validez de los observadores y los de los participantes. La segunda: "tesis de la identificación objetiva", según la cual identificar normas es una actividad cognoscitiva diferente de la actividad práctica de aplicar las normas identificadas. Para Chiassoni, Bayón sostiene que ambas tesis no pueden seguirse simultáneamente (CHIASSONI P., 1996: 66). Sin embargo, como se explicó, esto no es exactamente lo que sostiene Bayón. Según Bayón, para defender la tesis de la no coincidencia es necesario superar la tesis de la identificación objetiva, pero entendida no como la describe Chiassoni, sino como negación de la tesis de la coincidencia (i.e. que el valor de verdad de los enunciados de validez es relativo a la posición del sujeto cognoscente) (BAYÓN J.C., 1996: 48).

Chiassoni intenta precisar en qué consiste la tesis de la no coincidencia que defiende Bayón. Por un lado, si se trata de que los enunciados en función cognoscitiva de un observador no coinciden con los enunciados en función cognoscitiva de un participante, o si los enunciados cognoscitivos de los observadores no coinciden con los enunciados normativos de los participantes. Por otro, si se trata de una tesis que sostiene que de hecho estos juicios no coinciden, una tesis según la cual por razones epistemológicas ambos tipos de enunciados no pueden coincidir, o según la cual éstos no coinciden por razones lógicas. Concluye:

"quella cui, se non m'inganno, Bayón aderisce parrebbe (...):
'Per ragioni epistemologiche, gli enunciati giuridici conoscitivi (veri) di un osservatore non possono in alcun caso coincidere esattamente con gli enunciati giuridici conoscitivi (veri) di un partecipante'.

Soltanto se intesa in questo modo, invero, la tesi della non coincidenza appare incompatibile con la tesi dell'identificazione oggettiva" (CHIASSONI P., 1996: 69).

El primer argumento para criticar a Bayón es un análisis "exegetico" de algunas tesis positivistas. Para los positivistas, como Hart o Laporta, el observador no es una suerte de alienígena que sólo puede registrar regularidades estadísticas, sino que puede dar cuenta de la aceptación de las normas como razones para la acción y pautas de críticas³⁵³. Para Chiassoni la caracterización del observador positivista de Bayón no es correcta (por que parecen pensar que en un grupo hay una sola regla social y una concepción mentalista de la regla social). El observador positivista que describe Bayón sería un observador externo extremo o al menos "distráido" (CHIASSONI P., 1996: 75).

Luego Chiassoni se concentra en las cuestiones conceptuales del argumento de Bayón, y sostiene que la tesis de este último se funda en una serie de premisas metateóricas que no son aceptadas por los teóricos positivistas. Éstas serían: que para el observador "regla social" es el resultado de una reconstrucción parcial del contenido de las reglas aceptado por cada participante; que el observador no debe entender por "regla social" una regularidad de hecho aceptada y usada por la mayor parte del grupo, porque esto sugiere que conoce cosas que para él serían incognoscibles; que el observador siempre debe encontrar una regla social en el grupo. Esta forma de entender el rol de los observadores es para Chiassoni engañosa, porque sólo sirve para demostrar la insostenibilidad de una tal teoría. Explica que, siguiendo la argumentación de Bayón los enunciados cognoscitivos del observador y del participante parecen coincidir en el área de sobreposición; y

³⁵³ Sin embargo, reconoce que para Laporta el participante se diferencia del observador porque éste opera en la experiencia jurídica. Por eso, la diferencia sería que el enunciado del participante sería normativo o que el observador no ha desarrollado correctamente su tarea. De lo contrario ambos deberían llegar a los mismos resultados. Y, sería un tipo de enunciado externo de Hart (Cita: F. Laporta, *Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista*, cit. p. 134.).

qué estos no coinciden cuando el observador hace enunciados cognoscitivos y el participante enunciados que pertenecen al lenguaje en función prescriptiva (CHIASSONI P., 1996: 80).

Chiassoni resalta que Bayón no distingue entre lo que es relevar las interpretaciones de un cierto enunciado y atribuir significado a un cierto enunciado. Y, además, no distingue entre dos tipos de actividades interpretativas: "interpretación en función cognoscitiva" e "interpretación en función pragmática". La primera realizada por quien intenta conocer lo más exactamente posible los posibles significados de un texto, y la segunda por quien quiere tomar posición respecto del significado que debe darse a un enunciado para llevar adelante algún fin práctico (CHIASSONI P., 1996: 83). En este punto sostiene que, aun asumiendo que la interpretación del lenguaje del legislador es del tipo pragmática, no es cierto que quien esté interesado en conocer no pueda basarse en las interpretaciones pragmáticas que hacen otros, sino que daba siempre hacerlas él.

Concluye Chiassoni que para quienes aceptan la tesis de la identificación objetiva sólo es posible un cierto tipo de enunciados de conocimiento científico de la experiencia jurídica: "empírico-analíticos", y esto es igual tanto para observadores como para participantes: "I positivisti rifiutano ogni duplicazione della conoscenza giuridica oggettiva. Per essi, chi pretenda di 'conoscere scientificamente' il diritto, in modi diversi da questo, s'inganna; oppure cerca d'ingannare gli altri" (CHIASSONI P., 1996: 85).

La respuesta de Bulygin

Bulygin analiza los argumentos presentados y se concentra específicamente en la tesis de Bayón sobre el lenguaje. Sostiene que hay dos posibles interpretaciones de ésta, una fuerte y una débil. Según Bulygin, no es claro cuál de las dos tesis sería la que defiende Bayón; sin embargo, la primera debería

rechazarse porque nos lleva a consecuencias totalmente inaceptables. Por el otro lado, la segunda interpretación implicaría una tesis sencillamente *trivial*.

En primer lugar, Bulygin presenta la interpretación fuerte de la objeción de Bayón a la tesis de la identificación objetiva: las reglas semánticas usadas por los hablantes son inaccesibles para un observador. Entonces, el observador no conoce cuáles son las reglas semánticas que sigue cada participante y no puede determinar cuál es el área de sobreposición o convergencia para conocer la “regla semántica socialmente existente”.

Parece que para poder identificar las reglas sociales existentes el observador no podría extraer los significados de los enunciados por medio de los cuales los participantes expresan sus actitudes internas –porque no conoce cuáles son las reglas semánticas existentes. Así, este razonamiento podría extenderse hasta la regla de reconocimiento de Hart. Bulygin entiende que esto parece sugerir un subjetivismo extremo, donde cada participante hace uso de una especie de lenguaje privado³⁵⁴. Lo cual pondría en cuestión toda posibilidad de comunicación o entendimiento.

Asimismo, explica Bulygin que para Bayón las reglas sociales no son “hechos dados”, sino construcciones conceptuales creadas por el discurso del observador o del participante; pero esta forma de ver el asunto podría hacernos pensar que en realidad no existe nada que sea un “hecho dado”, y que todo es en sí mismo una construcción conceptual. Lo explica del siguiente modo: “por tal caso no sólo no habría reglas sociales, sino tampoco habría objetos físicos: árboles, casas, perros... pues si no tenemos un lenguaje común ¿cómo podemos saber si nuestros congéneres ven el mismo árbol que veo yo desde mi ventana?” (BULYGIN E., 1998: 43). Explica Bulygin que siguiendo la tesis de Bayón no podríamos hablar de objetos físicos, ni aun entendidos como construcciones lógicas o conceptuales,

³⁵⁴ Bulygin no se detiene a analizar la posibilidad de un lenguaje privado.

dado que no podríamos comparar los distintos datos sensoriales que cada uno percibe.

Todo esto hace que, para Bulygin, el argumento deba ser rechazado, puesto que si se admitiese entraría en contradicción con otra de las tesis que Bayón parece aceptar: que dado un hecho, una cosa es su conocimiento y otra la actitud práctica frente al mismo. Esto porque, como insiste Bulygin, si interpretamos la tesis de Bayón de rechazo a la tesis de la identificación objetiva como tesis sobre la incognoscibilidad de estados mentales, se volvería ilusoria toda posibilidad de comunicación.

La segunda interpretación del argumento de Bayón ("interpretación débil") sostiene que las reglas semánticas del discurso de los participantes no son *completamente* inaccesibles. Expone Bulygin que "en esta versión de la tesis habría un lenguaje compartido, pero ese lenguaje común estaría teñido por un matiz de subjetividad irremediable" (BULYGIN E., 1998: 45).

En primer lugar, Bulygin critica la distinción de la que parte Bayón entre observadores y participantes. Para él la distinción puede dar lugar a confusiones, dado que no son dos categorías que podamos encontrar en forma "pura", es decir que cada participante es a su vez un observador. Según Bulygin, los participantes no aceptan reglas puramente subjetivas, que sólo serían válidas para ellos mismos, sino que por el contrario aceptan reglas sociales, que entienden son aceptadas por la mayoría de los miembros del grupo social. Esto es posible porque cada participante es observador de su propia práctica -i.e. del comportamiento de los otros participantes-, lo que incide en cómo éste identifica las reglas. De esta forma, las reglas que los participantes aceptan tienden a la unificación.

Bulygin también menciona que este problema puede reducirse con la formulación oficial de reglas por medio de órganos especializados. Claro está que no desconoce que esto inevitablemente nos lleva al campo de la interpretación y al

problema de las reglas utilizables para interpretar estas formulaciones. Problema al que se enfrentan todas las formulaciones lingüísticas, y que no implica que los hablantes no compartan un lenguaje común; “lo que se requiere para la existencia de un lenguaje común es que haya un núcleo central coincidente, aún cuando este núcleo esté envuelto en un halo de indeterminación donde puede haber discrepancias” (BULYGIN E., 1998: 47).

Por esto, el problema es el mismo ya sea que estemos interesados en la identificación de normas consuetudinarias o normas legisladas, ya que si la norma es el significado de la formulación lingüística, la identificación de las normas legisladas dependerá de las reglas semánticas del lenguaje usado, lo cual, explica Bulygin, nos lleva a los mismos problemas de identificación que las reglas prescriptivas consuetudinarias.

Bulygin parece conceder que hay casos en que la aplicación de una regla genera desacuerdos entre distintos participantes, pero aclara que esta diferencia en la aplicación se presenta en los casos marginales o atípicos, lo que no autoriza a afirmar que en realidad cada uno esté pensando en diferentes reglas. Explica que esto es lo que se conoce como vaguedad o textura abierta del lenguaje, que consiste simplemente en que todos los términos descriptivos del lenguaje son potencialmente vagos. Sin embargo, remarca:

“para la existencia de reglas sociales, sean éstas consuetudinarias o legisladas, es esencial la existencia de un acuerdo sobre los casos claros que caen dentro del núcleo central de la norma. Esto ocurre no solo con todas las reglas sociales, tanto prescriptivas, como conceptuales, sino con todos los conceptos (descriptivos) de nuestro lenguaje. (...) las posibles discrepancias respecto de situaciones atípicas no prueban más que eso: que el concepto de norma es vago. Pero no prueba en absoluto que el observador tenga un concepto de

norma distinto del que manejan los participantes” (BULYGIN E., 1998: 48).

2.2 Análisis del debate

En resumen, conforme a los argumentos expuestos, en primer lugar Bayón inicia su análisis partiendo de la distinción entre “participantes” y “observadores”, y acepta el hecho de que tanto los participantes como los observadores puedan conocer determinados hechos y que, para esto, su calidad de participantes u observadores es indiferente. Aplicado al derecho esto se traduce en la denominada tesis de la identificación objetiva del derecho, entendida como “igualdad de posibilidades epistémicas”. En segundo lugar, para Bayón, si partimos de la distinción entre participantes y observadores, nos encontramos frente a dos conceptos de regla social existente diferentes, el de los participantes y el de los observadores. En tercer lugar, parece que el concepto de regla social para los participantes es el de una regla social “individual”, y la formulación de cada una de las reglas sociales en enunciados mostraría que los participantes pueden no coincidir respecto de cuál es la regla que aceptan. Por esto, un observador sólo podría identificar como “regla social existente” a aquella identificada por la mayoría de los participantes. Por último, Bayón no niega la existencia de un entendimiento común entre participantes, pero advierte que éste depende de una práctica compleja que incluye pero no es únicamente relativa a los usos lingüísticos.

Lo que me parece más importante, y creo es lo que quiere resaltar Bayón, es la idea de que para ver lo que hay que identificar es necesario recurrir a determinado concepto. Y es en este punto donde lanza su advertencia: no todos entienden las reglas de la misma forma. Él afirma que, conforme a su

reconstrucción, el concepto de regla no es el mismo en el discurso de los participantes de la práctica que en el de los observadores³⁵⁵.

La idea, en términos simples, es que la pretensión de identificar objetivamente cualquier objeto –un árbol, los gustos musicales de mi compañero de piso, las reglas del ajedrez o las normas jurídicas- tiene sentido siempre que estemos refiriéndonos a la misma clase de cosas. Bulygin usa en su respuesta el ejemplo de “árbol”: que “árbol”, como todo término del lenguaje natural, tenga casos dudosos de aplicación no implica que no haya una zona de acuerdo respecto de los casos claros de árboles que podemos identificar en el mundo.

Éste parece ser el punto central del desacuerdo entre Bayón y Bulygin: cuando participantes y observadores se refieren al derecho, ¿se refieren a lo mismo? Bayón dice que no necesariamente. Bulygin dice que sí. Si bien Bayón acierta en percibir que las consideraciones pragmáticas propias de cada discurso influyen en la forma en que conceptualizamos el mundo, en la forma en que lo comprendemos y en cómo describimos diferentes prácticas, creo que sus argumentos no logran justificar esto. En parte, creo, debido a la deficiente caracterización de "participantes" y "observadores", y a sus respectivos conceptos de "regla social", como señala Chiassoni.

El problema está en que Bayón hace una reconstrucción que considero errada de “regla social existente” en la teoría de Hart. Parece que en la lectura de

³⁵⁵ El punto sugerido por Bayón puede verse como un problema general, de sumo interés, y es cómo diferentes construcciones teóricas tienen distintos marcos conceptuales. En esta cuestión, parece que Bayón aborda una intuición que creo válida, pero que los argumentos que ha desarrollado no han justificado. Ésta le sirve para sostener luego cómo distintas teorías del derecho están entendiendo “derecho” de distinta forma. Específicamente, para Bayón las teorías positivistas no entienden “derecho” como éste es entendido por los participantes de la práctica. Bulygin, en su respuesta, no ha tratado esta cuestión, que creo que de suma importancia.

Un argumento orientado en el mismo camino es el propuesto por Dworkin en *Law's Empire*, analizado por Hart en su *Post scriptum*. Dworkin critica a los teóricos positivistas acusándolos de no poder reconocer los desacuerdos teóricos sobre los fundamentos del derecho, ya que esto llevaría a que la palabra “derecho” signifique distintas cosas y cada usuario con la misma palabra estaría refiriéndose a cosas distintas.

Bayón la regla social, dejaría de ser “social”. Para el autor, cada participante acepta una regla individual, que puede no coincidir o hacerlo sólo en parte con la regla que aceptan los demás participantes de la práctica. Entiende que la conducta externa no es suficiente para conocer si como participantes están siguiendo la misma regla³⁵⁶. Y, dado que los propios participantes no saben o no pueden saber si están siguiendo la misma regla, el observador no puede conocer “la” regla social existente, sino “las” reglas sociales que cada participante acepta. Entonces, como los participantes aceptan no una, sino varias reglas sociales, la regla social para el observador sería un promedio o una estadística respecto de las reglas aceptadas por los participantes de la práctica jurídica.

Bayón parece presentar una idea de regla social para los participantes como epistémicamente privada. Es decir una entidad que aunque sea conocida por un sujeto, este nunca puede saber si los demás tienen el mismo conocimiento³⁵⁷. Esta idea es rechazada por Bulygin en su primera interpretación del texto de Bayón.

Me parece importante resaltar que el problema de las reglas sociales es un problema general, y podemos ver cómo se extiende a todo concepto que pensemos normativo, desde los significados a las normas jurídicas. Así, lo que Bayón presenta como el problema de conocimiento de reglas sociales consuetudinarias, es

³⁵⁶ Este problema es lo que Bouvier denomina “Cartesianismo individual”, y es específicamente lo que se pregunta Kripke en *Wittgenstein on Rules and Private Languages*. Igual es importante aclarar un punto de la presentación de Bayón que no es claro, y es si los participantes no pueden conocer las reglas que siguen los demás participantes, o en realidad, como el participante “usa” la regla, entonces en el *uso* no sigue la misma regla que siguen los demás.

³⁵⁷ García Carpintero explica la idea de entidad epistémicamente privada de la siguiente forma, “Una comunidad cognoscitiva es un grupo al que pertenecen más de un sujeto cognoscente. Una entidad mutuamente conocida es una cuyo conocimiento (a) comparten, y (b) saben que comparten los miembros de una comunidad cognoscitiva. Una entidad epistémicamente privada es una entidad que no puede ser mutuamente conocida por los miembros de una comunidad cognoscitiva. Un sujeto cognoscente puede, desde luego, conocerla; y quizás sucede que, de hecho, comparte ese conocimiento con otros sujetos cognoscentes. Pero ninguno de ellos puede saber que comparte con otro tal conocimiento.” (GARCÍA-CARPINTERO M., 1996: 384)

el mismo problema que existe respecto del significado³⁵⁸. Esto, me parece, sería aceptado por Bayón, dado que afirma que su presentación de las reglas se extiende también a las reglas semánticas existentes: “...per le regole semantiche vigenti in una comunità di parlanti un linguaggio naturale (in quanto regole concettuali) vale quanto si è appena finito di dire con riguardo alle regole sociali in generale (e alle regole sociali autenticamente prescrittive, in particolare)...” (BAYÓN J.C., 1996: 55).

Como consecuencia, al contrario de lo que sostiene Bayón, la discusión sobre el “seguimiento de reglas” es ineludible para comprender este debate. El problema es el siguiente: Bayón parece sugerir que en la teoría de Hart nos encontramos con que los participantes tienen un concepto de regla social de tinte mentalista, distinto del concepto de regla social que manejaría un potencial observador.

Claramente le respondería que, hasta aquí, él mismo parece aceptar que “los participantes tienen un concepto de regla social”; si los participantes tienen un concepto de regla social, al parecer ya no tendría sentido su argumento de que cada participante tiene un concepto de regla social operativo en su mente, que puede o no coincidir sólo en parte con el concepto de regla social de otro participante. Es decir, parece aceptar que hay un concepto de regla social en el discurso de los participantes, aunque sea dependiente de los fines de la práctica. Sin embargo, analicemos el argumento pormenorizadamente.

Conforme la propuesta de Bayón, dentro del discurso de los participantes – i.e. aquéllos que utilizan las reglas identificadas para su razonamiento práctico- el problema sería que no saben si están o no siguiendo la misma regla, y que en

³⁵⁸ Es importante aclarar, que no es unánimemente aceptado en filosofía del lenguaje que el significado sea una cuestión dependiente de reglas. Sin embargo, desde el capítulo uno se ha aceptado esto como una premisa. En este sentido García Carpintero sostiene que “...Wittgenstein se refiere a las reglas o normas en general, (...) el argumento de Wittgenstein es completamente general, y se aplica a toda entidad de naturaleza normativa. Los conceptos son también normas, en el sentido antes definido; el concepto de rojo es tal que divide algunas acciones –no necesariamente acciones lingüísticas- en correctas e incorrectas.” (GARCÍA-CARPINTERO M., 1996: 386).

definitiva, como “usan la regla en su razonamiento práctico”, no siguen la misma regla. Entonces la idea de que el participante *usa* la regla -o concepto-, parece sugerir que ésta está dentro de su mente y no está relacionada con los *usos* que realizan los demás miembros de la práctica.

Ahora bien, conforme se ha presentado en la sección anterior, la distinción entre puntos de vista interno y externo se basa en la aceptación de determinadas reglas. Esto significa que los enunciados formulados por los aceptantes, es decir desde el punto de vista interno, son aquéllos que presuponen la existencia de determinadas reglas, y son enunciados derivados de la aplicación de estas reglas. La regla relevante para determinar el punto de vista interno es aquélla presupuesta por el enunciado. El objeto sobre el que versa el enunciado puede o no ser a su vez una regla. El punto central es que quien profiere un enunciado aplica determinadas reglas, hace inferencias a partir de ellas.

La respuesta a Bayón, creo, es sumamente intuitiva: que un sujeto X reconozca o use una regla/un concepto/criterio/estándar como pauta no significa que lo haga “aisladamente”; en sí misma, la idea de una regla/un concepto/criterio/estándar implica la idea de corrección o incorrección, y es confuso o al menos extraño el modo en que esto sería posible sin la dependencia de la comunidad³⁵⁹. Como vimos, esto es válido para todos los casos de aplicación de reglas, y todos los tipos de enunciados que en este sentido se consideran internos.

³⁵⁹ Nos encontramos ante el problema filosófico de si es o no posible seguir privadamente una regla. Al respecto “...la noción de concordancia comunal estaría inscrita de modo esencial en las condiciones de aseverabilidad de una oración que atribuye a un individuo el seguimiento de una regla o la aplicación consistente de una palabra.” (...) “...no sugerimos que un estado mental de Pérez garantice sus aplicaciones correctas del signo, sino que consideramos primarias las aplicaciones. De este modo, admitimos a un individuo en la comunidad, o lo excluimos de ella, según que ese individuo concuerde o no con la práctica comunitaria. (...) el contexto comunal ofrece una base para la normatividad del significado: para distinguir las condiciones bajo las que es aseverable que a un individuo meramente le parece que sigue una regla y las condiciones bajo las que es aseverable que realmente la sigue, (...)” (GARCÍA SUÁREZ A., 2011: 470-471).

Parece extraño el caso en el cual el observador quiere describir una práctica cuyos participantes disienten sobre la regla existente. Ciertamente, de los argumentos de Bayón se seguiría que cuando los participantes desacuerdan sobre cuál es la regla existente, el observador no puede decir nada. Sin embargo, es aquí donde se articula la respuesta de Bulygin: los participantes disienten sólo en parte o en la “zona de penumbra”. Me parece importante aclarar que muchas veces los participantes no disienten sobre cuál es la regla social existente, sino que no están de acuerdo con ella; conforme algún otro criterio aceptado la valoran negativamente y, otras veces, sencillamente no existe una regla aplicable a determinada situación.

Un punto importante, que entiendo no es suficientemente explicitado, es que esta situación no es diferente de aquélla en la que los participantes no disienten. En ambos casos –i.e., acuerdo o desacuerdo entre participantes sobre las reglas existentes- lo que el observador no participante puede decir es siempre en tercera persona, en referencia a lo aceptado o no por los participantes. Pero esto, otra vez, no es el resultado de que tengan distinto concepto de regla social -o distintos propósitos-, sino que simplemente el observador no acepta o no *usa* las reglas propias del juego de los participantes. El observador no puede formular enunciados internos porque estos enunciados son instancias de aplicación de las reglas aceptadas; es precisamente el no uso de estas reglas lo que coloca a un hablante en la posición de observador no participante.

Ahora bien, con respecto a la forma en que Bayón presenta la posibilidad de que cada participante acepte una regla más o menos amplia, creo que aquí el problema es que se mezcla la expresión en el lenguaje de la regla y la existencia de la misma. Éste es claramente el problema que presenta Wittgenstein en los párrafos $\delta 198$ y ss. de *Investigaciones Filosóficas*, cuya complejidad escapa a la posibilidad de un análisis en esta investigación. Sin embargo, y sólo a los fines de presentarlo,

creo que puede explicarse de la siguiente forma: no es la interpretación de la regla - su formulación en el lenguaje- lo que determina su significado³⁶⁰. Explica Wittgenstein que las interpretaciones cuelgan en el aire, y que en última instancia para comprender la regla debemos aprender una técnica, dominar una práctica, es decir actuar conforme a la regla³⁶¹.

Esto parece una explicación un tanto vaga, y nos deja con sabor a poco, pero el punto es que los propios participantes de la práctica, quienes para Bayón usan las reglas en su argumentación, conocen las reglas y las siguen, y esto no depende de su formulación en el lenguaje o de su interpretación. Justamente es lo que el propio Bayón quiere enfatizar al final de su trabajo: la existencia de reglas depende de una práctica compleja que abarca, pero no es reducible solamente a, los usos lingüísticos.

2.3 Especificaciones respecto de la distinción entre participantes y observadores

Como ya se adelantó, Bayón parece resaltar que participantes y observadores tienen distintos conceptos de regla social, puesto que como los primeros las *usan* en sus razonamientos prácticos, éstas parecen tener alguna diferencia con la “regla” tal como es entendida por un observador. Bulygin pone

³⁶⁰ Nuevamente García Carpintero explica este punto, “En resumen, tanto si definimos las palabras mediante otras palabras, como si las definimos mediante signos ostensivos, las definiciones (las “interpretaciones”) no pueden ser los significados, porque no determinan una distinción entre cursos de acción correctos y cursos de acción incorrectos.” (GARCÍA-CARPINTERO M., 1996: 393).

³⁶¹ “...a form of human activity can never be summed up in a set of explicit precepts. The activity ‘goes beyond’ the precepts. For instance, the precepts have to be applied in practice and, although we may formulate another, higher-order, set of precepts prescribing how the first set is to be applied, we cannot go further along this road without finding ourselves on the slippery slope pointed out by Lewis Carroll in his paper, justly celebrated amongst logicians, ‘What the Tortoise Said to Achilles’ (...) Learning to infer is not just a matter of being taught about explicit logical relations between propositions; it is learning to do something” (WINCH P., 2008: 55/57); “...I want to say that the test of whether a man’s actions are the application of a rule is not whether he can formulate it but whether it makes sense to distinguish between a right and a wrong way of doing things in connection with what he does” (WINCH P., 2008: 58). La distinción que resulta importante cuando vemos reglas es que quien la usa (punto de vista interno) puede distinguir entre correcto e incorrecto, o conforme o no con la regla.

en tela de juicio la distinción entre participantes y observadores tal como es planteada en el texto de Bayón, resaltando que no existen como categorías “puras”. Y Chiassoni, a su vez, cuestiona por un lado la caracterización de los "observadores" y, por otro, que no resulta claro si la no coincidencia se establece entre enunciados en función cognoscitiva de observadores y participantes, o (como parece surgir de la definición de participantes de Bayón) entre enunciados en función cognoscitiva de los observadores y enunciados en función práctica de los participantes.

Aquí surge nuevamente el problema del uso y del seguimiento de reglas conceptuales dentro de la formulación de enunciados en función cognoscitiva lo que oscurece el debate.

En primer lugar, tiene sentido referirnos a observadores y participantes si previamente especificamos la práctica concreta con respecto a la cual pensamos que determinado sujeto asume la posición de un observador o de un participante. En este sentido, para comprender cuáles son las reglas que presuponen uno u otro, cuáles son las reglas usadas.

Vemos cómo la realidad social presenta numerosas prácticas significativas – i.e. la comunicación por medio del lenguaje, prácticas jurídicas, religiosas, deportivas, académicas, etc.- y podemos ver cómo un mismo individuo podría ser un participante en una práctica y un observador de otras. Así, sería participante si *usa* los criterios de una práctica específica, sea que los use para realizar acciones físicas, para formular enunciados cognoscitivos sobre lo que la práctica manda, permite o prohíbe hacer, o para referirse a la corrección o la incorrección de las acciones o los enunciados formulados por otros participantes. Los observadores de las prácticas son observadores en la medida en que, y cuando, no *usan* los criterios propios de cada práctica específica.

Ahora bien, luego de lo expuesto, resulta claro que la distinción entre observadores y participantes requiere explicitar cuál es la práctica social en relación a la cual la distinción se proyecta. Así, podemos ver que todos los participantes de la práctica del lenguaje natural podemos ser observadores de muchas prácticas en las que no hemos sido adiestrados al momento, respecto de las cuales somos observadores.

Parece tener más sentido, en esta discusión, afirmar que la diferencia entre participantes y observadores no reside en que cada uno cuenta con un concepto distinto de regla social. Ambos, son “participantes” en cuanto respecta a la práctica del lenguaje, por lo que ambos (participantes y observadores) comparten el concepto de “regla social existente” (que bien puede ser vago, ambiguo y cambiante en el tiempo). La distinción entre ser participante u observador tiene más sentido en relación a otras prácticas diversas –u otros juegos del lenguaje-, por ejemplo: aquélla de las reglas sociales consuetudinarias existentes en determinado lugar y momento usadas por un grupo. Estas reglas podrían ser las de determinada práctica religiosa, las de determinado deporte o juego de mesa, o las reglas del derecho³⁶².

La idea central es diferenciar entre ver regularidades, entre constatar que hay criterios compartidos por un grupo, y entre conocer y usar esos criterios. Sólo en el último caso hablamos de participantes de una práctica. Si tanto el observador como los participantes pueden comunicarse en un lenguaje natural común o al menos traducible, podemos afirmar que los dos son participantes de esta práctica común, y en cuanto tales comparten y usan un conjunto de criterios –reglas-comunes. Ahora bien, esto no quita la posibilidad de que dentro de esta práctica general existan otras prácticas particulares donde no todos los usuarios del

³⁶² Nuevamente, no se sugiere que todas las reglas del derecho sean reglas de tipo consuetudinario, sino que la práctica del derecho depende en parte de reglas de este tipo (como, por ejemplo, la regla de reconocimiento).

lenguaje participan, y de las cuales no todos conocen ni usan los criterios o reglas específicas que las componen.

2.4 El caso de la identificación de “derecho”

Pasando del concepto de “regla social” al concepto de “derecho”, vemos cómo el colorario de la propuesta de Bayón es que diferentes formas de hacer teoría del derecho entienden distintas cosas por derecho³⁶³. Es aquí donde el argumento de Bayón sobre los distintos conceptos de regla social existente puede trasladarse al derecho. Para pensar específicamente este problema dentro del ámbito jurídico, creo que es ilustrativo recurrir a la distinción presentada por Redondo entre criterios conceptuales y criterios de validez o pertenencia de un sistema jurídico particular.

En este sentido sostiene Redondo:

“I need to introduce a clear distinction between two kinds of criteria: the conceptual criteria that delineate what law is and the validity criteria that set up the conditions for a norm to be part of a specific legal system (...) When we identify something as a property that every legal system satisfies we are making a general statement about the [conceptual] criteria that delineate the concept of law or legality. On the contrary, when we identify something as a feature that all the norms belonging to a legal system satisfy, we are making a parochial (committed or detached) statement on the [validity] criteria provided

³⁶³ En este sentido sostiene Redondo que “It is usually admitted that different legal theories have different understandings about the concept of law. From this point of view, the core subject matter of legal philosophy is a conceptual debate, and different legal theories –paradigmatically Legal Positivism and Natural Law theory- can be distinguished taking into account their specific explanations and proposals about the c/criteria we use to identify something as a legal item.” (REDONDO M.C., 2014: 779/780).

by one or many specific rules of recognition” (REDONDO M.C., 2014: 774).

Haciendo uso de esta idea, podemos ver cómo estos diversos criterios – conceptuales y de validez- no difieren en la forma en que se presentan y operan en el razonamiento de los agentes. La diferencia es simplemente que se refieren a diversas prácticas o juegos del lenguaje. Así, se puede ver cómo los criterios conceptuales son los propios de la práctica del lenguaje natural, y los criterios de validez jurídica corresponden específicamente al juego particular de un sistema jurídico específico. Esto es útil para mostrar cómo todos los usuarios del lenguaje natural somos participantes de esa práctica aunque seamos observadores respecto de un sinnúmero de otras prácticas.

A modo de síntesis, del análisis del debate llego a las siguientes conclusiones:

- Cuando se recurre a la distinción entre participantes y observadores es necesario explicitar cuál es la práctica con respecto a la cual se proyecta la distinción.
- Cuando nos referimos a la práctica del derecho, no podemos sostener que participantes y observadores tienen distinto concepto de regla y, por lo tanto, de derecho.
- Los conceptos de regla social y de derecho forman parte de la práctica del lenguaje natural y son comunes, aunque exista un grado de textura abierta, a los participantes y observadores de la práctica del derecho.
- Es el *uso* de criterios de validez lo que distingue entre participantes y observadores de la práctica jurídica, para realizar enunciados tanto en función práctica como en función cognoscitiva.
- Los enunciados sobre el derecho en el discurso del participante y del observador no necesariamente expresan la misma proposición, pero no porque

participantes y observadores tengan distinto concepto de regla social, o de derecho, sino porque no necesariamente *usan* los mismos criterios de validez (las mismas reglas conceptuales), i.e., podrían usar reglas diferentes³⁶⁴. Como se señaló en la sección anterior, en relación al derecho, los observadores realizan enunciados externos, que no aplican la regla de reconocimiento, sino que (al menos en su versión no extrema o hermenéutica) constatan el hecho de que los participantes tienen una práctica social de reconocimiento. Estos enunciados expresan en tercera persona que otros identifican ciertas normas como parte de su práctica de reconocimiento.

3. Una tipología de enunciados jurídicos

Se ha señalado que el conocimiento del derecho, entendido como descripción de aquello que es permitido, prohibido u obligatorio en un sistema jurídico determinado (sea para su aplicación, valoración, crítica, reformulación, enseñanza, etc.), requiere la adopción del punto de vista interno o, en otras palabras, de aprender la práctica jurídica. Sin embargo, como vimos los enunciados jurídicos pueden expresarse desde diversos puntos de vista y con distintas finalidades. En este sentido Comanducci sostiene que un defecto de las teorías de la interpretación y del derecho es el de su unilateralidad:

"A menudo, estas teorías han asumido tan sólo uno de los posibles puntos de vista para observar el fenómeno jurídico. Han asumido el del juez, el del ciudadano o el del legislador, pero nunca han intentado dar cuenta del fenómeno jurídico en su conjunto –y de la interpretación en particular– desde los distintos puntos de vista posibles. Dado que estos puntos de vista son radicalmente diferentes

³⁶⁴ No la regla conceptual de que significa "regla", sino la regla conceptual que define los criterios de validez de una práctica jurídica específica.

entre sí, si se asume una perspectiva unilateral el objeto "Derecho" no resulta bien descrito en su totalidad" (COMANDUCCI P., 2010: 106).

Por esto resulta interesante considerar cómo, aplicando la metodología aquí propuesta, puede distinguirse distintos tipos de enunciados. Se ha argumentado que para comprender el significado de los enunciados jurídicos es importante considerar no sólo la función del lenguaje que llevan a cabo o su fuerza ilocucionaria, sino también el contexto en que los encontramos. Esta última consideración se puede explicar mediante la distinción entre una interpretación interna y una externa de los enunciados jurídicos. En el primer caso el intérprete se vale de las reglas propias de la práctica jurídica para interpretar un enunciado, mientras que en la interpretación externa no se utiliza estas reglas. La regla de reconocimiento será específicamente aquélla considerada para determinar el contexto. Ambos análisis (cuál es la función del discurso, y si se trata de un discurso interno o externo) pueden combinarse, resultando así cuatro interpretaciones posibles de los enunciados jurídicos.

En este apartado propongo una clasificación de los enunciados jurídicos considerando estos dos aspectos. Por un lado, si forman parte del discurso en función práctica o en función cognoscitiva. Y, por el otro, desde qué punto de vista se expresan (o desde qué punto de vista se interpretan) en relación a la regla de reconocimiento, es decir si son enunciados internos o externos. De esta forma puede verse que los enunciados jurídicos del tipo "En Italia está prohibida la eutanasia" tienen cuatro posibles interpretaciones: (A) Una interpretación externa descriptiva; (B) una interpretación externa prescriptiva; (C) una interpretación interna descriptiva; y (D) una interpretación interna prescriptiva. Seguidamente se analiza cada caso en particular.

(A) Una interpretación externa descriptiva

Bajo esta interpretación los enunciados jurídicos tienen dos características definitorias. En primer lugar, como sugiere su nombre, son enunciados descriptivos, resultado de un acto de habla asertivo. En segundo lugar, la regla de reconocimiento no es presupuesta cuando son formulados.

Es importante recordar que no hay enunciados completamente externos. Estos enunciados son externos sólo en relación a la regla de reconocimiento (i.e. a los criterios de validez o pertenencia). Además, no son externos en relación a otros conjuntos de reglas, como las reglas del lenguaje. En este sentido hacen uso de conceptos comunes como "derecho" o "sistema jurídico".

El enunciado "En Italia está prohibida la eutanasia" interpretado como un enunciado externo descriptivo expresa algo como lo siguiente: "Las personas relacionados con el ordenamiento jurídico italiano sostienen que la eutanasia está prohibida en el ordenamiento jurídico italiano". Como puede verse claramente, este enunciado descriptivo se centra en las creencias de ciertas personas sobre el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, surgen algunas dudas respecto del siguiente enunciado: "En Italia los jueces generalmente deciden imponer sanciones de prisión a quienes cometan actos tendientes a poner fin a la vida de otros (aun con su consentimiento); por lo que es probable que, si tienen lugar otros casos con estas características, los jueces los juzguen de la misma forma".

¿Se trata de un enunciado externo? Debemos considerar dos formas de entender este enunciado. La palabra "jueces" puede ser usada en este enunciado con dos significados diferentes. Si se identifica "jueces" como aquéllos definidos por el derecho, este enunciado no puede ser considerado totalmente externo. Los hechos identificados para producir estas generalizaciones sólo pueden ser reconocidos si el intérprete aplica algunos criterios de validez. Al menos, el

intérprete debe presuponer algunas reglas secundarias de competencia para identificar a los jueces³⁶⁵. Si esto es así, surge entonces otro problema. No es claro por qué algunos de los criterios son usados y otros no a la hora de identificar qué es lo que un ordenamiento jurídico permite, prohíbe u obliga a la gente a hacer. No hay una justificación metodológica clara de por qué alguien decide considerar algunas de las reglas del ordenamiento jurídico (i.e. reglas de competencia) y no otras (i.e. reglas de reconocimiento). Además, surge el problema de cómo identificar estas reglas de competencia sin aplicar los criterios de validez de la regla de reconocimiento.

Sin embargo, es posible entender este enunciado de otra forma, donde sí se trataría de un enunciado descriptivo totalmente externo. Aquí los jueces se identifican de forma indirecta: son aquéllos que los participantes consideran que son jueces. El problema que podría presentarse para este tipo de descripciones es que las reglas presupuestas no son las mismas que las utilizadas por los participantes cuando identifican quiénes son jueces o cuál es el contenido del derecho. Como ya vimos, éste es un problema recurrente y no hay acuerdo respecto de si una buena descripción de una práctica social debe considerar siempre el punto de vista de los participantes de esta práctica. Además, si los significados sólo pueden comprenderse aplicando reglas sociales a ciertos hechos, entonces describir una práctica social requiere no sólo considerar, sino usar algunas de las reglas de estas prácticas sociales. Por esto, este tipo de enunciados

³⁶⁵ Para una presentación diferente de este viejo problema véase ROSS A., 2006. Ross sostiene que para identificar el derecho vigente es necesario observar cuales son las normas que efectivamente aplican los tribunales, i.e. la aplicación judicial del derecho. El reconoce que mientras las nociones de "juez" o "tribunal" no son simplemente fácticas sino que solo pueden entenderse en referencia al derecho vigente, este tipo de razonamiento parece circular. Evade el problema reconociendo que la identificación del derecho vigente se realiza siempre considerando el derecho como un todo, considerando como actúan los jueces y también que ellos actúan "como jueces". Además, la identificación del derecho vigente no puede ser solo una interpretación del comportamiento (observación externa de regularidades); sino que debe ser una interpretación ideológica (una hipótesis respecto a la ideología que motiva al juez).

no podría cumplir con éxito la tarea de describir el derecho (como tradicionalmente sostenía el positivismo clásico). Sin embargo, debe notarse que las descripciones desde el punto de vista externo pueden ser útiles para ciertos fines, como predecir ciertos comportamientos.

(B) Una interpretación externa prescriptiva

Los enunciados externos también pueden expresar una prescripción. O pueden ser usados en función práctica. En igual sentido que los enunciados analizados anteriormente, los enunciados externos prescriptivos no usan ni presuponen los criterios de validez de la regla de reconocimiento. De esta forma, los enunciados externos prescriptivos se entienden como enunciados sobre cómo debe ser el derecho.

Tomemos el enunciado "En Italia está prohibida la eutanasia": éste podría ser expresado en virtud de que alguien considera de que es bueno prohibir la eutanasia con arreglo a sus deseos o convicciones morales.

Podría también pensarse en otros dos usos de este tipo de enunciados en el discurso jurídico. Por ejemplo, aquellos enunciados usados para atribuir significado a un término o frase, cuya definición no está prevista en el ordenamiento jurídico o se encuentra claramente fuera del "marco de significado" establecido por la práctica jurídica. Consideremos el bien conocido ejemplo de Dworkin, donde la legislatura aprueba una ley que establece "los contratos sacrílegos desde ahora serán inválidos"³⁶⁶. Hasta ese momento en la práctica jurídica no había reglas interpretativas específicas para adscribir significado al término "sacrílego". En estos casos es usual justificar la atribución de significado usando una regla interpretativa que reenvía al significado común (si es que esta regla existe en la práctica de referencia), o decidir con base en las creencias

³⁶⁶ DWORKIN R., 1985: 19.

personales imponiendo un significado que no es establecido por la práctica jurídica. En casos de este tipo no se expresa cuál es el significado de "sacrílego", sino que se decide cuál debe ser su significado en ese caso particular.

El otro tipo de uso de estos enunciados externos prescriptivos es aquél en donde se resuelve una laguna. Sería dudoso el caso de resolución de antinomias, por ejemplo, en un sistema jurídico donde hay dos normas, una que determina que los contratos sacrílegos son válidos y la otra que prescribe que son inválidos; ¿un enunciado que expresara que un contrato sacrílego específico es válido (o inválido) sería un tipo de enunciado externo prescriptivo o no? Si la solución a la antinomia depende de un criterio dado por el ordenamiento jurídico, podríamos decir que el enunciado es interno. En cambio, si no puede resolverse conforme a los criterios de resolución considerados por el sistema, entonces cualquier solución se sigue y la decisión adoptada no depende de lo establecido por el sistema. Es decir, es un enunciado que expresa una decisión tomada sin basarse en un criterio perteneciente al derecho. El enunciado será un enunciado externo prescriptivo.

(C) Una interpretación interna descriptiva

Considerando lo que se dijo respecto de la necesidad de usar las reglas de una práctica social para comprenderla, los enunciados internos descriptivos son los más interesantes e importantes para llevar a cabo la tarea de describir el derecho. Son el producto de un acto de habla asertivo. Como tal pueden ser verdaderos o falsos. Además, presuponen la regla de reconocimiento. Por esto, son usados para identificar las reglas de un sistema jurídico, como así también hechos que dependen de las reglas jurídicas para tener sentido (i.e. hechos institucionales). El enunciado "En Italia está prohibida la eutanasia" interpretado como un enunciado interno descriptivo expresa que "Hay una regla en el ordenamiento jurídico italiano que prohíbe la eutanasia".

De la misma forma, enunciados como "Emma contrajo matrimonio" y "Sandra y Samara celebraron un contrato" pertenecen a esta categoría. El valor de verdad de estos enunciados depende de ciertos hechos, pero también del uso de la regla de reconocimiento y de algunas reglas del derecho privado del sistema jurídico.

Es interesante el hecho de que los enunciados que expresan las proposiciones normativas como han sido considerados por el positivismo clásico (segundo capítulo), también podrían entenderse como enunciados descriptivos internos, pero no ya en relación a la regla de reconocimiento, sino a la definición de derecho adoptada en cada uno de estos modelos respectivamente.

(D) Una interpretación interna prescriptiva

Este tipo de enunciados expresa una prescripción y, al mismo tiempo, presupone la regla de reconocimiento. Los ejemplos más claros de este tipo de enunciados son aquellos proferidos por los jueces y otras autoridades.

Como se vio, como este tipo de enunciados implica un uso del lenguaje prescriptivo, no son ni verdaderos ni falsos. Sin embargo, cuando se prescribe o se promulga una norma, algunas reglas pueden ser presupuestas. Por ejemplo, la regla de reconocimiento puede ser presupuesta, en virtud de que provee los criterios de validez para determinar cuáles son las reglas del sistema jurídico y, entre ellas, cuáles son las reglas secundarias que les atribuyen competencia para dictar nuevas reglas.

Bajo esta interpretación, el enunciado "En Italia está prohibida la eutanasia" expresa una prescripción. Podría ser el caso de que aplicando los criterios de validez alguien identifica que una regla que prohíbe la eutanasia pertenece al sistema jurídico italiano. Al mismo tiempo, esta persona considera que el hecho de ser una regla del sistema jurídico es también una razón para que las personas la

obedezcan, por lo que este enunciado expresaría una razón para no cometer eutanasia.

La clasificación aquí propuesta presenta una manera de comprender el significado de los enunciados jurídicos, tomando en cuenta dos ambigüedades que no siempre son consideradas en el discurso de la práctica del derecho y en el de la teoría del derecho (ambigüedad entre uso descriptivo y prescriptivo, y entre enunciados internos y externos respectivamente).

Entiendo que uno de los puntos más importante que saltan a la luz es la necesidad de expresar las reglas que aceptamos y seguimos (sobre todo) cuando realizamos afirmaciones teóricas. Este enfoque propuesto nos lleva a nuevas preguntas que generarán a su vez diferentes discusiones sobre cómo determinar los contextos relevantes para interpretar los enunciados jurídicos y cómo justificar estas elecciones metodológicas.

Consideraciones finales

En la presente investigación se indagó respecto del significado de los enunciados que buscan describir qué es permitido, obligatorio o prohibido en un ordenamiento jurídico particular. Se partió de la base de que hablar un lenguaje es realizar un tipo de actividad, y que ésta puede tener finalidades diversas. Así mismo, del hecho de que los contextos en los que nos expresamos son diversos, y esto influye en el significado de aquello que expresamos. Esto se refleja, por ejemplo, en la distinción entre enunciados en función cognoscitiva y enunciados en función práctica, y entre enunciados internos y externos respectivamente.

Se ha analizado en primer lugar cómo el positivismo clásico entendía el significado de los enunciados jurídicos. Se advirtió cómo, en los modelos analizados, el interés principal era buscar los hechos de la realidad que volvieran verdaderas las proposiciones descriptivas sobre el derecho (realismo metafísico). Sin embargo, luego se analizó la propuesta hartiana y el modo en que ésta introduce un nuevo paradigma de análisis en la teoría del derecho.

A este punto debe reconocerse que, luego de haber relevado tanta literatura que analiza la obra de Hart y sus derivados, y tantas polémicas, no parece una cuestión de utilidad alimentar el debate respecto de qué era lo que Hart realmente entendía por punto de vista interno. El objetivo de este trabajo es por un lado menos ambicioso, pero por otro (creo) de mayor alcance. Se ha presentado una posible interpretación de la propuesta de Hart, basada en elementos wittgenstenianos y de algunos filósofos del lenguaje ordinario, que se percibe útil para el análisis del discurso jurídico. Del positivismo jurídico hartiano podemos obtener algunos elementos metodológicos centrales para el conocimiento del derecho, o mejor dicho, para la comprensión del discurso en función cognoscitiva del derecho u otras prácticas sociales en particular. Claro está que esta investigación constituye sólo el inicio de un programa de trabajo en el que muchos

de los debates contemporáneos de la filosofía del derecho podrían revisarse bajo la luz de la distinción aquí presentada como fundamental: enunciados internos y enunciados externos.

Conforme a esta perspectiva, el punto más importante no es en encontrar el fundamento empírico respecto de qué hace verdadera una proposición sobre el derecho, sino, por el contrario, establecer una relación de significado, qué es lo que estamos afirmando cuando decimos que una norma forma parte del sistema jurídico. Se utilizó esta misma metodología para comparar los cuatro modelos del positivismo jurídico clásico (Kelsen; von Wright; Guastini y Alchourrón y Bulygin). Se indagó qué es lo que se afirma desde cada modelo cuando se dice "En el ordenamiento jurídico italiano está prohibida la eutanasia".

Conforme a estas consideraciones, las proposiciones normativas, tal como son concebidas por el positivismo jurídico clásico, serían en un sentido enunciados externos y en otro enunciados internos. Serían enunciados externos en relación a los criterios de validez propios de cada sistema jurídico, respecto de los cuales sólo constatarían que cierto grupo los aplica al identificar el derecho. Pero, también pueden entenderse como enunciados internos: internos a la definición de derecho aceptada por el teórico positivista.

A este punto, la metodología aquí sostenida puede ser útil para ver que tanto los enunciados internos como los enunciados externos jurídicos hacen uso de criterios, siguen determinadas reglas (definiciones). En relación al derecho en el caso de los enunciados internos se usa los criterios de validez propios de cada sistema jurídico; en cambio, en el caso de los enunciados externos se usa el criterio (o la definición) de lo que es derecho (¿qué es el derecho?). El positivismo clásico describe el derecho mediante estos enunciados externos. La neutralidad valorativa estaría garantizada, ya que se evade la asunción de los criterios propios del sistema jurídico como correctos. Sin embargo, la identificación de qué cuenta como derecho

depende del concepto general de derecho, que difícilmente sea neutro o cuya adopción difícilmente carezca de consecuencias, y esto parece dejarse sobre la alfombra.

La diferencia central entre el positivismo clásico o prescriptivista y la metodología que puede derivarse de la propuesta, aquí presentada como hartiana, es que la corrección de los enunciados internos de validez depende de los criterios de validez específicos de cada práctica jurídica. Es decir que la descripción de lo que un determinado sistema jurídico permite, obliga o prohíbe hacer siempre es interna a la práctica.

Esta perspectiva, de alguna manera es más amplia a la presentada por el positivismo clásico, ya que permite abarcar el discurso sobre los sistemas normativos sin asumir una específica concepción del Estado u otros posibles sistemas de organización política. Podría decirse que es una metodología que toma el derecho como un tipo de práctica reglada más, ya que la misma metodología puede usarse para identificar las reglas de los juegos, del lenguaje, de diversas instituciones. Sin embargo, podría criticarse por cuanto no se ocupa de diferenciar el derecho o de decir qué es lo particular de ésta práctica que la diferencia de las otras o qué tienen todos los casos de derecho en común.

En este sentido, los criterios para la descripción de aquello que un ordenamiento jurídico permite, obliga o prohíbe, dependen de cada práctica jurídica y no pueden ser establecidos de antemano por la "teoría". Sin perder de vista la oposición característica de los teóricos positivistas a la idea de derecho natural, esta forma de positivismo jurídico permite aun distinguir entre juicios de validez y juicios de valor. Más aun, hace posible mantener un compromiso con los valores metodológicos de claridad conceptual, coherencia lógica y terminológica, capacidad explicativa, honestidad intelectual y neutralidad valorativa

(*Wertfreiheit*)³⁶⁷. En esta dirección parece oportuno distinguir entre el discurso interno, aceptados ya determinados criterios de validez, y las valoraciones de estas normas identificadas en relación a ciertos valores (religiosos, morales, políticos, estéticos, prudenciales). Así el discurso interno puede seguir su compromiso con los valores epistémicos y con los criterios de pertenencia.

Se ha intentado ofrecer un marco epistémico específico para la descripción del derecho positivo italiano, el derecho positivo argentino, etc. (descripción de lo que un determinado ordenamiento jurídico permite, obliga o prohíbe hacer). Esto permite considerar distintos juegos del lenguaje que tienen lugar en la práctica jurídica, y que si confundimos todos entre sí parecerían perder su propio *point*.

Considero, conforme a la interpretación propuesta en esta investigación, que la práctica social del derecho puede describirse desde distintos puntos de vista (i.e. externo e interno –en sus diversas variables). La elección dependerá seguramente de los fines o propósitos de la persona interesada en la descripción. El camino iniciado por Hart, o (si se prefiere) esta particular interpretación del discurso interno sobre el derecho, sugieren una revisión de algunos dogmas del positivismo jurídico clásico. Se sugiere una epistemología en la descripción de lo que es permitido, obligatorio o prohibido, según la cual ésta dependerá siempre de los criterios de cada práctica específica. Esta tesis se basa en concebir el derecho como una práctica social, y prescribe la explicitación del punto de vista del sujeto cognoscente: quién se expresa, a quién se dirige, en qué contexto y con qué finalidad. O, en otras palabras, exige el reconocimiento del carácter interno de nuestros discursos descriptivos respecto de ciertos esquemas conceptuales que (y esto no es negado por nadie) difícilmente sean valorativamente neutros. Esto es lo que propongo al sugerir que debemos contextualizar la descripción del derecho.

³⁶⁷ Entendida, claro como neutralidad respecto de valores éticos.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E. (1991) *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E. (1996) "Norma Jurídica" en E. Garzón Valdés, F.J. Laporta (eds.), *El derecho y la Justicia*, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11, Trotta, Madrid.
- ALCHOURRÓN C. E., BULYGIN E. (1987) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- AUSTIN J. L. (1979) [1961] *Philosophical Papers*, 3ra. Edición, Oxford University Press, Oxford.
- AUSTIN J. L. (1975) *How to Do Things with Words*, segunda edición, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- BAKER G. P., HACKER P. M. S. (1984) 'On misunderstanding Wittgenstein: Kripke's Private Language Argument', en *Synthese*, Vol. 58, N° 3, *Essays on Wittgenstein's Later Philosophy*, pp. 407-450.
- BARBERIS M. (2002) "Seguire norme giuridiche, ovvero: mai a che fare Wittgenstein con dell'interpretazione giuridica?" en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasciolo 1, giugno 2002, pp. 245-273.
- BARBERIS M. (2011) "Un poco de realismo sobre el realismo «genovés»" en *El realismo jurídico genovés*, editado por Ferrer Beltrán J. y Ratti G.B., Marcial Pons, Madrid, pp. 201-215.
- BAYÓN J. C. (1991) *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BAYÓN J. C. (1996) "Participanti, osservatori, e identificazione dle diritto" en *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, G. Giappichelli editore, Torino.
- BAYÓN J. C. (2012) "¿Cómo se determina el objeto de la Jurisprudencia?" en *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 17-39.

- BENTHAM J. (2010) *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Edited by Philip Schofield, Clarendon Press, Oxford.
- BIX B. (2006) "H. L. A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del derecho" en *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Madrid.
- BLACK M. (1976) [1962] *Models and Metaphors*, Cornell University Press, London.
- BLACK M. (2011) [1969] "Austin on Performatives" en *Symposium on J.L. Austin*, editado por K.T. Fann, Routledge, Nueva York, pp. 401-411.
- BLACKBURN S. (1984) "The Individual Strikes back" en *Synthese* 58, 281-301.
- BLOOR D. (1983) *Wittgenstein. A Social Theory of Knowledge*. The MacMillan Press Ltd, Hong Kong.
- BOBBIO N. (1993) *El positivismo jurídico*, Editorial Debate, Madrid.
- BOBBIO N. (2011) [1967] "Essere e dover essere nella scienza giuridica" en *Saggi sulla scienza giuridica* pp. 117-142, G. Giappichelli editore, Torino.
- BOUVIER, H., (2013) "Reglas y conocimiento", *Infojus*, Año II, N° 3. ps. 187-200
- BULYGIN E. (1991 A) "Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos" pp. 169-193 en *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; publicado por primera vez en 1982.
- BULYGIN E. (1991 B) "Sobre la estructura Lógica de las Proposiciones de la Ciencia del Derecho" en *Análisis lógico y derecho* pp. 331-338, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; publicado por primera vez en 1961.
- BULYGIN E. (1991 C) "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 9.
- BULYGIN E. (1991 D) "Regla de Reconocimiento: ¿Norma de Obligación o Criterio Conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 9.
- BULYGIN, E. (1996) "Filosofía analítica, lógica e diritto" en *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, G. Giappichelli, Torino.

- BULYGIN, E. (1998) 'Sobre observadores y participantes', *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 21, pp. 40-48.
- BULYGIN, E. (1999) "True of False Statements in Normative Discourse" en Eigidi, Rosaria (ed.) *Search of a New Humanism*. Dordrecht: Luwer.
- BULYGIN E. (2000) "On Norm Propositions" en *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio* pp. 129-134, Duncker & Humblot, Berlin.
- BULYGIN E. (2003) "El papel de la verdad en el discurso normativo" en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, pp. 79-85.
- BULYGIN E. (2015) *Essays in Legal Philosophy*, C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzaresse, J. J. Moreso, P. Navarro, S. L. Paulson editores, Oxford University Press, Oxford.
- CARACCILO, R. (2009) "Conocimiento de normas" en *El Derecho desde la Filosofía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- CHIASSONI P. (1996) "Osservatori positivistic e quinte colonne" en *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, G. Giappichelli editore, Torino.
- CHIASSONI P. (2016 A) *da Bentham a Kelsen*, G. Giappichelli editore, Torino.
- CHIASSONI P. (2016 B) *El discreto placer del positivismo jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Colombia.
- COMANDUCCI P. (2010) *Hacia una teoría analítica del Derecho*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, pp. 93-113.
- CONTE A. (1995) [1981] "Regola costitutiva in Wittgenstein" en *Filosofia del linguaggio normativo I*, G. Giappichelli editore, Torino., pp. 235-254.
- CONTE A. (1995) [1983] "Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein", en *Filosofia del linguaggio normativo II*, G. Giappichelli editore, Torino., pp. 265-321.
- DUARTE D'ALMEIDA L. (2011) "Legal Statements and Legal Language" en *Law and Philosophy*, Vol. 30, N° 2, pp. 167-199.

- DWORKIN R. (1985) "Is There Really No Right Answer in Hard Cases?" en *A Matter of Principle*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, pp. 119-145.
- DWORKIN R. (1986) *Law's Empire*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts.
- ENDICOTT T. (2016) "Law and Language", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/law-language/>>.
- FRIEDRICH C. J. (1969) *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, 2ª edición, cuarta impresión. The University of Chicago Press, Chicago.
- GARCÍA SUÁREZ A. (2011) *Modos de significar*, Tecnos, Madrid.
- GARCÍA-CARPINTERO M. (1996) *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la filosofía del lenguaje*, Ariel, Barcelona.
- GIANFORMAGGIO L. (1987) "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio" en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 4, pp. 87-108.
- GLOCK H. J. (1996) *A Wittgenstein Dictionary*, Blackwell Published, Oxford.
- GOLDSWORTHY J. D. (1990) "The Self-Destruction of Legal Positivism" en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 10. N° 4. pp. 449-486.
- GONZÁLEZ LAGIER D. (1993) "Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle" en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 1, pp. 265-276.
- GUASTINI, R. (1983) "Cognitivismo Ludico e Regole Costitutive" en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Diritto e cultura moderna 26, edizioni di comunità, Milan.
- GUASTINI R. (1985) "Produzione di norme a mezzo di norme" en *Informatica e diritto*, N° 11, pp. 7-31.

- GUASTINI, R. (1990) "Reglas constitutivas y gran división" en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, Vol. 5 N° 14, May-Ago 1990, 269-293.
- GUASTINI, R. (1997) "Aspetti notevoli di Normative Systems" en *Analisi e diritto*, Giappichelli editore, Torino.
- GUASTINI, R. (1998) 'Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems' en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* pp.317-341, Editado por Stanley L. Paulson y Bonnie Litschewski Paulson, Clarendon Press, Oxford.
- GUASTINI, R. (1999 A) 'Conocimiento sin aceptación' en *Distinguiendo*. Gedisa, Barcelona.
- GUASTINI, R. (1999 B) 'Scienza giuridica' en *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. XVIII, UTET, pp. 175-180, Turín.
- GUASTINI, R. (2006) "Eugenio Bulygin e Tecla Mazzaresse su interpretazione e proposizioni normative", en *Diritto e questioni pubbliche*, pp 97-100.
- GUASTINI, R. (2008) "Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación" en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 31, 143-155.
- GUASTINI, R. (2011) *Interpretare e Argomentare*, Dott. A. Giuffrè editore, Milan.
- GUASTINI, R. (2012) 'Normativismo magico' en *Ontología e analisis del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra*, volume I, Giuffrè Editore, Milano.
- GUASTINI, R. (2014) *Otras distinciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- GUASTINI, R. (2014 B) "Releyendo a Hart" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, N° 37, pp. 99-110.
- GUASTINI, R. (2016 A) *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- GUASTINI, R. (2016 B) *Las fuentes del dercho. Fundamentos teoricos*, Raguel ediciones, Lima.
- GUASTINI, R. (2017) *Discutendo*, Marcial Pons, Madrid.

- GUASTINI, R. (2018) "Normative Propositions Reconsidered" en *Analisi e diritto*, 1/2018, edizioni ETS, pp.153-157.
- GUASTINI, R. (2018 B) "Dos concepciones de las normas" en *Revus* 35.
- HACKER P. M. S. (1997) "Hart's Philosophy of Law" en *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, pp. 1-25.
- HACKER P. M. S. (2005) "Analytic Philosophy: Beyond the Linguistic Turn and Back Again", pp. 1-20
- HAMNER HILL H. (1990) "H.L.A. Hart's Hermeneutic Positivism: On Some Methodological Difficulties in the Concept of Law", en 3 *Can. J. L. & Jurisprudence* 113.
- HART H. L. A. (1997) "Postscriptum" en Bonilla, D., et al. *La Decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, pp. 89-141.
- HART H. L. A. (2001) [1983] *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford.
- HART H. L. A. (2011) *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HART H. L. A. (2011 B) [1982] *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford.
- HARTNEY M. (1991) "Introduction: The Final Form of The Pure Theory of Law" en *General Theory of Norms*, Clarendon Press, Oxford.
- HUND J. (1991) "Wittgenstein versus Hart. Two Models of Rules for Social and Legal Theory" en *Philosophy of the Social Science*, Vol. 21 N° 1, pp. 72/85.
- JORI M. (1974) "Il giurista salvaggio. Un contributo alla metodologia della descrizione sociale" en *Sociologia del Diritto*, rivista semestrale 1974/I, Giuffrè, Milano, pp. 85-108.
- JORI M. (1976) *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Dott. A Giuffrè, Milano.

- JORI M. (1979) "Hart e l'analisi del linguaggio" en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año IX, N° 2, diciembre, il Mulino, Boloña.
- JORI M. (2010) *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Edizioni ETS, Pisa.
- KELSEN H. (1991) *General Theory of Norms*, Clarendon Press, Oxford.
- KELSEN H. (2006) [1949] *General Theory of Law & State*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey.
- KELSEN H. (2011) *Teoría Pura del derecho*, Ediciones Colihue, Buenos Aires.
- KRIPKE, S. A. (1982) *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Blackwell Publishing.
- LACEY N. (2004) *A life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, Oxford.
- MACCORMICK N. (1978) "Appendix: On the 'Internal Aspect' of Norms" en *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford.
- MACCORMICK N. (2010) *H. L. A. Hart*, Marcial Pons, Madrid.
- MARMOR A. (2005) *Interpretation and Legal Theory*, Revised Second Edition, Hart Publishing, Oregon.
- MARMOR A. (2014) *The Language of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- MARTIN M. (1987) *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart. A Critical Appraisal*, Temple University Press, Philadelphia.
- MARRA R. (2012) "Liberi da Kelsen. Per un vero realismo giuridico" en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XLII, N° 1, giugno, il Mulino, Boloña.
- MAZZARESE T. (1990) "'Enunciato descrittivo d'una norma'. Osservazioni su una nozione imbarazzante" en *Annali della Facolta di Giurisprudenza di Genova, Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, volume II, Giuffrè Editore, Milan.

- MAZZARESE T. (1991) "'Proposizione normativa'. Interrogativi epistemologici e semantici" en *Analisi e diritto*, G. Giappichelli editore, Torino.
- MEDINA J. (2002) *The Unity of Wittgenstein's Philosophy, Necessity, Intelligibility and Normativity*, State University of New York Press,
- MEDINA J. (2006) *Speaking from Elsewhere*, State University of New York Press, Albany.
- MORESO J. J. Y NAVARRO P. E. (2011) "Kelsen y La teoría pura del derecho" prólogo a *Teoría Pura del Derecho*, Ediciones Colihue, Buenos Aires.
- MUFFATO N. (2010) *Norme e discorsi su norme*, Aracne editrice, Roma.
- MUFFATO N. (2017) "Doubting Legal Language: Interpretive Skepticism and Legal Practice" en Poggi F., Capone A. (eds) *Pragmatics and Law, Perspectives in Pragmatics, Philosophy & Psychology*, vol 10, Springer, Cham.
- NARVÁEZ MORA M. (2004) *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons.
- NARVÁEZ MORA M. (2006) "Las expresiones *de lege lata* en tanto que creencias ajustadas a derecho" en *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, pp. 231-258.
- NAVARRO P. E. (2000) "Enunciados jurídicos y proposiciones normativas" en *Isonomía*, N° 12, pp. 121-155.
- NAVARRO P. E. (2001) "Legal Reasoning and Systematization of Law" en A. Soeteman (ed.), *Pluralism adn Law*, 251-277.
- NAVARRO P. E. (2012) "¿Son los enunciados jurídicos proposiciones normativas?" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, N° 35, pp. 629-639.
- NAVARRO P. E. (2012) "Positivism jurídico, proposiciones y enunciados normativos" en *Revista Brasileira de Filosofia*, Ano 61, vol. 238, pp. 11-29.
- NAVARRO P. E., RODRÍGUEZ J. L. (2014) *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, New York.

- NAVARRO P. E. (2015) Introducción I. Normative Systems and Legal Positivism. Eugenio Bulygin and the Philosophy of Law. En Bulygin E. *Essays in Legal Philosophy* (p. 1-21), Oxford University Press, Oxford.
- NAVARRO P. E. (2016) "Enunciados jurídicos, proposiciones normativas y necesidad práctica" en *Analisi e diritto*, Giappichelli editore, Torino.
- NINO C. S. (1995) *Algunos modelos metodológicos de "Ciencia" Jurídica*, Fontamara, México.
- NÚÑEZ VAQUERO A. (2012) "Ciencia jurídica realista: modelos y justificación" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, N° 35, pp. 717-747.
- NÚÑEZ VAQUERO A. (2013) "Five Models of Legal Science" en *Revus*, 19, pp. 53-81.
- PAUL G.A. (1957) "Wittgenstein" en *The Revolution in Philosophy*, St. Martin's Press, Londres, pp 88-96.
- PÁRAMO ARGÜELLES J. R. DE, (1988) " Entrevista a H.L.A. Hart" en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 5, pp. 339-361.
- PAULSON S. L. (1992) "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law" en *Oxford Journal of Legal Studies*, 12, Oxford University Press, Oxford.
- PAULSON S. L. (1998) "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization" en *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, Oxford University Press, Oxford, pp. 153-166.
- PENCO C. (2004) *Introduzione alla filosofia del linguaggio*, Editorial Laterza, Roma.
- PERRY S. R. (1998) "Hart's Methodological Positivism", *Legal Theory* 4, pp. 427-467.
- PUTNAM H. (2003) "The Philosophers of science's Evasion of Values" en *Fact/Value Dichotomy and other Essays* pp. 135-145, Harvard University Press.
- RAPETTI P. A. (2017) "Expresivismo metajurídico, enunciados internos y aceptación plural: una exploración crítica", en *Isonomía*, N° 47, pp. 39-80.
- RATTI G. B. (2008) *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, G. Giappichelli, Torino.

- RATTI G. B. (2009) "Norme, logica e realismo giuridico" en *Norme, Principi e Logica*, Studi di Filosofia Analítica del Diritto, Aracne, Roma
- RAZ J. (1999) [1975] *Practical Reasons and Norms*, Oxford University Press, Oxford.
- RAZ J. (1979) *The Authority of Law. Essays in Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford.
- RAZ J. (1998) "The purity of the pure theory" en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* pp. 237-252, Editado por Stanley L. Paulson y Bonnie Litschewski Paulson, Clarendon Press, Oxford.
- REDONDO M. C. (1996) *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- REDONDO M. C. (2013) "Los enunciados jurídicos internos. La concepción de Eugenio Bulygin" en *Análisis Filosófico XXXIII* N° 2, pp. 170-185.
- REDONDO M. C. (2018 A) *La normatività istituzionale del diritto*, Marcial Pons, Madrid.
- REDONDO M. C. (2018 B) *Positivismo jurídico "interno"*, Klub Revus, Ljubljana.
- RICKERT, H. (1962) *Science and History: A Critique of Positivist Epistemology*.
- RODRÍGUEZ J. L. (2002) *Lógica de los sistemas normativos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RODRÍGUEZ-BLANCO V. (2007) "Peter Winch and H.L.A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View" en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* Vol.XX, No.2.
- ROSS A. (1962) "The Concept of Law by H.L.A. Hart" en *The Yale Law Journal*, Vol. 71, N° 6, pp. 1185-1190.
- ROSS A. (2006) [1963] *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba 3° edición, Buenos Aires.
- ROSS A. (1968) *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres.
- ROVERSI C. (2017) *Pragmatica delle regole costitutive*, Gedit edizioni, Università di Bologna circonfid..

- ROVERSI C. (2018) "Constitutive Rules and the Internal Point of View" en *Argumenta* Issue 7, <https://www.argumenta.org/issue/issue-7/>, pp. 139-156.
- RUIZ MANERO J. (1991) "Normas Independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin" en *Doxa* 9.
- SCARPELLI U. (1997) *Cos'è il Positivismo Giuridico?*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- SCHAUER F. (1991) *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision making in law and the life*, Clarendon Press, Oxford.
- SCHIAVELLO A. (1997) "Internal point of view: Dworkin a confronto con Hart" en *Analisi e diritto*, G. Giappichelli, Torino.
- SEARLE J. (2010) *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford
- SEARLE J. (2015) *Actos de Habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje*, 8º edición, Cambridge University Press, Madrid.
- SEARLE J. (2018) "Constitutive Rules" en *Argumenta* Issue 7, versión digital: <https://www.argumenta.org/issue/issue-7/>, pp. 51-54.
- TARELLO G. (1974 A) "La sociologia nella giurisprudenza" en *Sociologia del Diritto*, revista semestral 1974/I, Giuffrè, Milano, p. 40-51.
- TARELLO G. (1974 B) *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna.
- TARELLO G. (1995) 1988 *Cultura Jurídica y política del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- TOH K. (2005) "Hart's Expressivism and His Benthamite Project", en *Legal Theory*, N° 11, pp. 75-123.
- TUZET G. (2015) "Descrivere Norme" en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XLV, N.1., il Mulino, Boloña, pp. 103-117.

- VON WRIGHT G. H. (1970) *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Editorial Tecnos, Madrid. Original: VON WRIGHT G.H. (1963) *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, New York.
- VON WRIGHT G. H. (1983) "The Foundation of Norms and Normative Statements" en *Practical Reason*, Philosophical Papers Volume I, Basil Blackwell, Oxford, pp. 67-82.
- VON WRIGHT G. H. (1987) *Explicación y Comprensión*, Editorial Alianza, Madrid.
- VON WRIGHT G. H. (1989) "Intellectual Autobiography of Georg Henrik von Wright" en *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, editado por Schilpp P.A., Hahn L.E., Southern Illinois University-Carbondale, pp. 1-55.
- VON WRIGHT G. H. (1993) "Analytical Philosophy. A Historic-Critical Survey" en *The Tree of Knowledge and Other Essays*, E.J. Brill, Leiden, pp. 25-52.
- VON WRIGHT G. H. (1999) "Ought to Be – Ought to Do" en *Actions, Norms, Values* (2011 ebook)
- VON WRIGHT G. H. (2000) "On Norms and Norm-Propositions. A Sketch" en *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, pp. 173-178. Duncker & Humblot, Berlin.
- VON WRIGHT G. H. (2003) "Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos. Un epílogo cartesiano." en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 26, pp. 53-78.
- WAISMANN F. (1997) *The Principles of Linguistic Philosophy*, MacMillan Press, Londres.
- WEDBERG A. (1951) "Some problems in the logical analysis of legal science" en *Theoria*, 17(1-3), pp. 246-275.
- WINCH, P. (2008) [1958] *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Routledge, Londres.
- WITTGENSTEIN L. (1999) *Investigaciones Filosóficas*, Altaya, España.

WRÓBLEWSKI J. (2001) *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, México.

Agradecimientos

Quiero dedicar este trabajo a mi mamá, Liliana, a mi papá, José y a mi hermano, Nicolás. Además, quiero agradecer mencionando, por lo menos, a algunas de las tantas personas que en distintas formas me han acompañado y ayudado en este trayecto. Agradezco profundamente a mis directores Riccardo Guastini y Cristina Redondo, por toda la ayuda y la inagotable paciencia. Asimismo a Pierluigi Chiassoni, Giovanni Batista Ratti y todos los profesores del departamento de Filosofía y Sociología del Derecho de la Universidad de Génova. A Hernán Bouvier, Gioia Bonaventura, Ricardo Caracciolo, Alejandro Calzetta, Damiano Canale, Timothy Endicott, Rafael Escudero Alday, Sebastián Figueroa Rubio, Luca Malagoli, Laura Manrique, Luís Matricardi, Eric Millard, Maribel Narváez Mora, Nicola Muffato, Lorena Ramírez Ludeña, Julieta Rábanos, Pablo Rapetti y Laura Scudieri quienes de distintas formas me han brindado parte de su tiempo para mejorar esta investigación. Quiero agradecer particularmente a Pablo Navarro, quien hizo que esto fuera posible. También, quiero agradecer a mis compañeros con quienes hemos compartido el "Digita" en distintos momentos. Y, finalmente, quiero agradecer especialmente a mi familia, a mi pareja, Fabio, y a mis amigos por todo el aguante. A todos, muchas gracias.