

# **Revista de Derecho**

# REVISTA DE DERECHO

*Publicación de la Facultad de  
Derecho de la Universidad Católica  
del Uruguay*

2.<sup>a</sup> época. Año 15 N.º 19 - JULIO 2019

ISSN 1510-3714 ISSN  
On line 2393-6193  
<https://doi.org/10.22235/rd.v0i19>

Facultad de  
Derecho



Universidad  
Católica del  
Uruguay

REVISTA DE DERECHO, 2° época. ISBN 1510-3714. Publicación oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, ininterrumpida desde el año 2006. Semestral e internacional. Publica artículos originales e inéditos sometidos a estrictos procedimientos de arbitraje anónimo, de "doble ciego", basados en parámetros éticos claros, con plenas garantías en cuanto a la evaluación objetiva por motivos exclusivamente académicos de cada uno de los trabajos que se presentan.

REVISTA DE DERECHO, 2° época. ISBN 1510-3714. Official publication of the Faculty of law of the University Catholic of the Uruguay, uninterrupted since 2006. Biannually and international. It publishes original and unpublished articles subjected to strict anonymous arbitration, "double-blind" referee system, based on clear ethical parameters, with full guarantees in terms of the objective assessment for reasons exclusively academic of each of the works presented.

Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejan necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo es responsabilidad exclusiva de sus autores.

*Revista de Derecho* está indexada en:

**SciELO Uruguay** en <http://www.scielo.edu.uy>

Catálogo **Latindex**

Base de datos **EBSCO**

AURA (Asociación Uruguaya de Revistas Académicas)

Tabla de contenidos, artículos, revista completa y norma editoriales en OJS  
(Open Journal Systems)

<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho>

Revista de Derecho is included in:

**SciELO Uruguay** en <http://www.scielo.edu.uy>

Catálogo **Latindex**

Base de datos **EBSCO**

AURA (Uruguayan Association of Academic Journals)

The table of contents, articles, journal and publication guidelines in OJS:

<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho>

#### **De esta edición**

© 2019 UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DEL URUGUAY

#### **Dirección Postal**

8 de octubre 2738- CP 11.600,

Montevideo, Uruguay.

Tel. (+598) 2487 2712- Fax. 2487 0323

Internet: <http://www.ucu.edu.uy>

#### **Correo electrónico**

[publicacionesderecho@ucu.edu.uy](mailto:publicacionesderecho@ucu.edu.uy)

[mhanna@ucu.edu.uy](mailto:mhanna@ucu.edu.uy)

Depósito legal 375.694- Comisión Del Papel

Edición amparada por el Decr. 218/96

ISSN 1510-3714

ISSN on line: 2393-6193

**Paginación:** Mariana López

**Corrección:** Cada autor se responsabiliza de la corrección de su propio artículo.

**Título-clave:** Revista de derecho

(Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga,  
Facultad de Derecho. En línea)

**Título-clave abreviado:** Rev. Derecho

(Univ. Catól. Dámaso A. Larrañaga, Fac. Derecho.  
En línea)

Impreso en Uruguay- Printed in Uruguay

**Todos los derechos reservados.**

**Por correspondencia y envío de material**

Facultad de Derecho de la Universidad Católica  
del Uruguay.

Av. 8 de Octubre 2738, CP 11600,

Montevideo, Uruguay.

Teléfonos (+598) 2487 2717. Fax 2487 5225.

[publicacionesderecho@ucu.edu.uy](mailto:publicacionesderecho@ucu.edu.uy)

**Por canje:** Biblioteca P. Manuel Gutiérrez

Semprún, s.j.: [canje@ucu.edu.uy](mailto:canje@ucu.edu.uy)

**Por suscripción:**

[publicacionesderecho@ucu.edu.uy](mailto:publicacionesderecho@ucu.edu.uy)

## COMITÉ EDITORIAL

*Mario Spangenberg*  
Decano  
(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

*Diego Gamarra*  
Director Departamento de Derecho  
Público (Universidad Católica del Uruguay)

*Carlos de Cores*  
Director Departamento de Derecho Privado  
(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

*Marta Hanna de Rosa*  
Editora  
(Universidad Católica del Uruguay)

## COMITÉ CIENTÍFICO

Alberto **Tarsitano** (*Universidades Austral, Belgrano y San Andrés, Argentina*)

Alejandro **Abal Oliú** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Amadeo **Ottati** (*UCU, Uruguay*)

Ángel **Landoni** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Arnoldo **Wald** (*Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil*)

Augusto **Durán Martínez** (*UCU, Uruguay*)

Carlos Antonio **Nedel** (*Unisinos Brasil*)

Carlos **Barbé** (*UCU, Uruguay*)

Cecilia **Fresnedo** (*UCU, Uruguay*)

Didier **Operti** (*UCU, Uruguay*)

Domingo **García Belaunde** (*Universidad Católica de Perú., Perú.*)

Efraín Hugo **Richard** (*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.*)

Francisco **Fernández Segado** (*Universidad Complutense, España*)

Giuseppe **Gandolfi** (*Universidad de Pavia, Italia*)

Graciela **Ruocco** (*UCU, Uruguay*)

Humberto **Nogueira Alcalá** (*Universidad de Talca, Chile*)

Ian **Woischnik** (*FKA, Alemania*)

Íñigo A. **Navarro Mendizábal** (*Universidad de Comillas, España*)

Jaime **Rodríguez-Arana Muñoz** (*Universidad de la Coruña, España*)

Jean **Stoufflet** (*Universidad Clermont Ferrand, Francia*)

Jesús **María Casal** (*Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela*)

José Luis **Cea Egaña** (*Universidad Católica de Chile, Chile*)

José María **Gamio** (*UCU, Uruguay*)

Juan **Blengio** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Juan Carlos **Cassagne** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Juan Pablo **Cajarville** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Julio C. **Otaegui** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Leslie **Van Rompaey** (*Investigador independiente, Uruguay*)

Luca **Mezzetti** (*Universidad de Bologna, Italia*)

Luis **Aguar De Luque** (*Universidad Carlos III, España*)

Luis **Fernández de la Gándara** (*Universidad Complutense, España*)

Luis Fernando **Álvarez** (*Universidad Javeriana, Colombia*)

Marc **Lacoursière** (*Universidad Laval, Canadá*)

María **Wonsiak** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Mariano **Negrón** (*Universidad Interamericana de Puerto Rico, Puerto Rico*)

Mariella **Saettone** (*UCU, Uruguay*)

Martín **Risso Ferrand** (*UCU, Uruguay*)

Milagros **Otero Parga** (*Universidad de Santiago de Compostela, España*)

Néstor **Sagüés** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Oscar **Sarlo** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Paulo **De Barros Carvalho** (*Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil*)

Pierre **Lemieux** (*Universidad Laval, Canadá.*)

Rafael **Illescas Ortiz** (*Universidad Carlos III, España*)

Raúl **Cervini** (*UCU, Uruguay*)

Raúl A. **Etcheverry** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Ricardo **Nissen** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Romeu Felipe **Bacellar Filho** (*Universidad Federal de Paraná, Brasil*)

Siegbert **Rippe** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Silvio **Gambino** (*Universidad de Calabria, Italia*)

Walter **Guerra** (*UCU, Uruguay*)



**AUTORIDADES  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL  
URUGUAY**

**CARDENAL DANIEL STURLA SDB**

*Gran Canciller*

**LUIS R. VELASCO SJ**

*Vice Gran Canciller*

**JULIO FERNÁNDEZ SJ**

*Rector*

**DANIEL PERCIANTE**

*Vicerrector de Investigación e Innovación*

**SANTIAGO MERCANT**

*Vicerrector Administrativo*

**ÁLVARO PACHECO SJ**

*Vicerrector de la Comunidad  
Universitaria.*

**MÓNICA ARZUAGA**

*Vicerrectora de Programas Académicos*

**SANDRA SEGREDO**

*Secretaria General*

**FACULTAD DE DERECHO**

**MARIO SPANGENBERG BOLÍVAR**

*Decano*

**CARLOS DE CORES**

*Director Departamento de Derecho Privado*

**DIEGO GAMARRA**

*Director Departamento de Derecho Público*

**ALICIA RODRIGUEZ G.**

*Coordinadora de Abogacía*

**MARÍA JOSÉ BRIZ**

*Coordinadora de Extensión y Mediación*

**MARIELLA SAETTONE**

*Coordinadora Diplomado*

*DDHH*

**MARTA HANNA DE ROSA**

*Coordinadora Publicaciones*

# Contenido

**EDITORIAL..... 9**

**DOCTRIN**

**FUNCIÓN Y LÍMITES  
DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**  
Function and limits of legal argumentation  
*Ricardo A. Guibourg ..... 17*

**INTERPRETACIÓN JURÍDICA  
Y DERECHO NATURAL**  
Legal interpretation and natural law  
*Carlos I. Massini-Correas ..... 31*

**ARGUMENTOS POSITIVISTAS  
EN LA ERA POSTPOSITIVISTA**  
Positivist arguments in the Post-positivist Age  
Argumentos positivistas na era Postpositivista  
*Ricardo Marquisio..... 49*

**MIRADAS ARGUMENTATIVAS  
Y FILOSÓFICAS ANTE CASOS DIFÍCILES**  
An argumentative and philosophical approach  
before “hard cases”  
*Renato Rabbi-Baldi Cabanillas..... 77*

**DA NORMA AO STATUS OBJETAL:  
EXPRESSÃO E DESIGNAÇÃO**  
From Norm to Object Status: expression and designation  
De la Norma al estado objetal: expresión y designación  
*Marcus Paulo Rycembel Boeira..... 103*

**EL PUNTO DE VISTA EN LA TEORÍA  
DEL DERECHO**  
The point of view in Legal Theory  
O ponto de vista da Teoria do Direito  
*Serrana Delgado ..... 143*

LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COMO VOCACIÓN Law's interpretation as a vocation A interpretação do direito como vocação <i>Carlos de Cores</i> .....	157
---	-----

LA MIRADA INTERPRETATIVA COMO BASE DE UNA DISCRECIONALIDAD DISCRETA The interpretative view as the basis of a discreet thesis about judicial discretion O olhar interpretativo como base de discrição discreta <i>Diego Gamarra</i> .....	181
--	-----

## **RESEÑA**

Preukschat, Alex, Blockchain: la revolución industrial de Internet, Gestión 2000, Barcelona, 2017 <i>David Lopez Jimenez</i> .....	197
--	-----

<b>Normativa para los autores</b> .....	203
---	-----

## **Editorial**

Desde la cátedra de Filosofía del Derecho,<sup>2</sup> de la Facultad homónima, de la Universidad Católica del Uruguay, se organizó el primer *Workshop de Filosofía y Teoría del Derecho*, que convocó a iusfilósofos de todo el continente. La idea fuerza fue erigir a esta Universidad en un ámbito propicio para la discusión académica en temas filosófico-jurídicos, conforme a la secular tradición de la oposición de razones, en vistas a la dilucidación de las respuestas más adecuadas, aquí y ahora, a los problemas que se plantean.

El evento tuvo lugar los días 24 y 25 de mayo de 2018, en la sede central de la UCU, y contó con el auspicio de las universidades de Mendoza, de Montevideo, Unisinos y Pontificia Universidad Católica Argentina. Además de las cuatro conferencias magistrales, participaren en los paneles los profesores: Andrés Blanco (UdelaR), Alejandro Castaño (Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia), Carlos Guariglia (U. Montevideo), Daniel Herrera (UCA), Raúl Madrid (P.U.C. Chile), Nelson Ottonelli (UdelaR).

Se optó por una temática de suyo debatible, como es lo que refiere a *Argumentación e interpretación jurídicas*, y fueron invitados catedráticos y académicos de Filosofía y Teoría del Derecho, reconocidos mundialmente, representantes de corrientes distintas e incluso opuestas. Así mismo, se cursaron invitaciones para todo el cuerpo de profesores de Derecho de la UCU -a través de los directores de departamentos-, así como a los de otras universidades uruguayas, argentinas, chilenas, brasileras, colombianas. El workshop se organizó en torno a cuatro conferencias magistrales, extensas y seguidas con una hora para debate, y dos paneles de tres comunicaciones de veinte minutos (luego se ampliaron a cuatro comunicaciones), también seguidos por una hora de debate.

A todos se les pidió que enviaran sus comunicaciones por escrito para su publicación. El resultado de ese trabajo es el presente número especial de nuestra *Revista de Derecho*, año 2019. El volumen se ha armado como corresponde, con evaluación por pares -sistema doble ciego-, de los trabajos que finalmente se presentaron, adecuados a las directivas para autores de esta publicación. A ellos se han añadido dos comunicaciones elaboradas por los actuales

---

<sup>2</sup> Titular: Pbro. Dr. Álvaro Pacheco Carve; profesora a cargo del curso: Lic. Marta Hanna de Rosa; aspirante: Mag. Santiago Martínez Morales.



directores de departamento, de la Universidad Católica, los Dres. Carlos de Cores y Diego Gamarra, quienes participaron del Workshop.

Los primeros cuatro artículos llevan como denominación genérica la de “Conferencia”, y lo son; se presentan en orden alfabético por apellido y no en el de exposición. Abre el número la del Dr. **Ricardo Guibourg**, profesor de la Universidad de Buenos Aires, miembro de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Social (IVR) y de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Confeso escéptico, el Dr. Guibourg pone en el banquillo a la argumentación, en lo que titula “Función y límites de la argumentación jurídica”. Por un lado, pues quienes argumentan muestran gran disposición para dar razones, pero no tanta para escuchar las de los demás, lo que tiñe el discurso de ideología. Por otro lado, porque ella misma “no merece el lugar central que tantos iusfilósofos le asignan en la actualidad, sino en todo caso otro, más modesto pero indispensable, que ayuda a recorrer un camino antes que a garantizar la llegada al paraíso.” (punto 1, *in fine*). Con un lenguaje coloquial y ameno, el profesor Guibourg pasa revista de los puntos fuertes y débiles de la argumentación, los diversos tipos de argumentos, la necesidad de conocer “en algún punto del pensamiento o de los sentimientos del sujeto” al cual se pretende convencer con argumentos (pto 3), pues sin apoyarse en ello, no se obtendrá el resultado buscado. Guibourg no lo menciona, pero detrás de esta reflexión acerca de la necesidad de conocer al interlocutor parece erguirse la figura de Aristóteles y su *Retórica*, con el estudio de las pasiones humanas y las diferencias de carácter según las edades de los oyentes, a fin de sacar de ello el mejor fruto.

En las antípodas, podría decirse, se posiciona el segundo artículo, correspondiente a la conferencia del Dr. **Carlos Ignacio Massini Correas**, profesor de la Universidad de Mendoza, donde estudió, se doctoró y enseña. El Dr. Massini es reconocido en nuestros días como uno de los más grandes representantes del *iusnaturalismo*, y no solo de habla hispana. Massini se distingue por la prosa rigurosa y fundada, en la que no parece haber resquicio para la duda. Su exposición en el workshop -titulada “Interpretación jurídica y derecho natural”-, apunta a la interpretación del derecho y a los problemas que se enfrenta el lector a la hora de compulsar textos de juristas sobre el tema: “el estudioso se encuentra habitualmente con escritos redactados con una casi total ausencia de precisión y claridad acerca de los conceptos centrales de la problemática, y en especial, sin alguna referencia rigurosa a las nociones necesariamente supuestas por el fenómeno de la interpretación jurídica.” (Preliminares). Subsanan esos inconvenientes, al menos de modo incipiente, en vistas a generar un diálogo fructífero con los oyentes, es el objetivo de su artículo. Paralelo,

Massini invita al lector oyente a seguir un camino intelectual que parte de la pregunta por qué interpretar, continúa con el concepto y los diversos tipos de interpretación, para arribar a la propiamente jurídica con los cimientos firmes. Pero, con esto no acaba el planteo; solo prepara la última cuestión, la más debatida: “se trata de saber si la adopción de una perspectiva iusnaturalista implica alguna diferencia en lo referido al concepto, metodología y sentido de la hermenéutica jurídica, y precisar - si es que existe - cuál es esa diferencia y cuáles son sus consecuencias.” (Interpretación jurídica y derecho natural). A esto dedica el último punto y las conclusiones de su presentación.

El Dr. **Ricardo Marquisio** es el tercer expositor, con un trabajo titulado “Argumentos positivistas en la era postpositivista”. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de la República, doctor en Filosofía y miembro de la Academia Argentina de Filosofía del Derecho, el Dr. Marquisio ofrece uno de los trabajos más amplios de este dossier, en cuanto a la multitud de pensadores que convoca. Su punto de partida es -lo que llama- “la constitucionalización no ya del derecho sino de la propia filosofía del derecho”, logro del constitucionalismo en los últimos decenios (Introducción). Ante la existencia de constituciones que incluyen principios, valores y declaraciones amplias de derechos, el positivismo queda fuera de lugar; pero resurge en “el postpositivismo [el cual] puede entenderse no como un tipo de teoría alternativa o superadora del positivismo, sino como un estado de la cuestión teórica donde cualquier modelo que se proponga para dar cuenta de la normatividad del derecho va más allá del positivismo jurídico.” (Introducción *in fine*). Desde este punto, Marquisio debate con el iusnaturalismo y reflexiona sobre los temas del positivismo contemporáneo.

Cierra el grupo de las cuatro conferencias magistrales, el trabajo del Dr. **Renato Rabbi-Baldi Cabanillas**, también abogado y doctor en Derecho, profesor de Teoría General y Filosofía del Derecho (UBA) y juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Argentina. Es el actual presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Rabbi-Baldi analiza un problema cercano a su labor como juez y lo titula: “Miradas argumentativas y filosóficas ante casos difíciles”. Tomando como punto de partida la mención de los cambios producidos en el mundo jurídico luego de la II Guerra Mundial y las distintas propuestas iusfilosóficas que surgen para responder a dichos cambios, Rabbi-Baldi desarrolla su análisis de la argumentación como un “oficio” inescindible de la práctica forense. Hasta dónde puede llegar este oficio ejercido por el juez, es algo sobre lo que reflexionará a lo largo de su artículo. La lectura de la doctrina de los “casos difíciles”, así como el análisis de uno en particular, le lleva a decir, finalmente: “He querido discurrir, a

partir de ciertos elementos que aporta la filosofía jurídica, en la riqueza que proporciona la jurisprudencia constitucional, acaso el “teatro de operaciones” por excelencia en el que confluyen las reflexiones teórico-prácticas que a diario nos fatigan.” (Conclusiones).

La segunda parte de este *dossier* incluye a dos de las ocho comunicaciones que se presentaron en el workshop, ambas originales e inéditas, evaluadas por pares y enriquecedoras. La primera seguramente llamará la atención por el grado de erudición que demuestra. El autor es el Dr. **Marcus Boeira**, joven abogado y doctor en Derecho, profesor de Filosofía del Derecho y de Lógica Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Boeira es investigador y lidera el “Grupo de Pesquisa CNPq *Lógica Deontica, Linguagem e Direito*”. Su artículo está en portugués, como lo fue su comunicación, y se titula: “Da Norma ao *Status Objetal*: expressão e designação”. Filósofos y iusfilósofos de la Segunda Escolástica Española dialogan, en su trabajo, con nombres más conocidos en la actualidad. Como su línea de investigación, el trabajo enfoca el tema del lenguaje de las normas desde la Lógica deontica, la que presenta como una opción válida para hallar respuestas que superen el escepticismo, por un lado, y el formalismo, por otro: “Ante o ceticismo presente no contato com as normas, em especial quanto a validade ou não de alguns de seus significados, a prática de aplicação das normas experimenta um clima de tensão: entre o formalismo e o ceticismo, despontam as teorias da argumentação, ávidas por fornecer horizontes alternativos ao formalismo absoluto, típico de ciências formais como a matemática, e ao ceticismo radical, legitimador do arbítrio judicial.” (Introducción). Desde allí, analiza las relaciones entre “norma”, “proposición”, “proposición normativa”, “lenguaje”, “lenguaje designativo”, “lenguaje expresivo”, así como los alcances de la argumentación. Dos grupos de conclusiones cierran el trabajo, unas atinentes a la analítica del lenguaje y otras a la lógica. En relación con la primera, destaca que “una investigación de carácter semántico de las normas jurídicas, no puede ser hecha sin el reconocimiento previo de que ella tiene en su interior, una estructura composicional de significados, a partir de la cual es posible establecer conexiones entre la lógica deontica y el universo pragmático del orden social” (traducción nuestra).

Si el Dr. Boeira es un representante de las nuevas generaciones de iusnaturalistas, la Dra. **María Serrana Delgado** lo es de la “iuspositivistas” (incluso si la oposición ya no es tan simple). Abogada (UDELAR) y magíster en Derecho y Técnica Tributaria por la Facultad de Derecho de la UM, es también magíster en Filosofía Contemporánea por la Facultad de Humanidades (UDELAR) y doctoranda de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Se desempeña como profesora adjunta de

Filosofía y Teoría General del Derecho (UDELAR). Su comunicación, que cerró los paneles del workshop, se titula “El punto de vista en la Teoría del Derecho”. Su análisis parte del aporte de Hart y su “punto de vista interno”, en primera persona, en el afán de marcar la diferencia con el pensamiento de Austin y de recuperar a la norma como regla de conducta o, en sus palabras, en cuanto “razones para obrar” (El punto de partida). El artículo explica el alcance de este aporte hartiano, así como sus limitaciones desde la actual crítica, y la doble capacidad del Derecho (epistémica y normativa), para concluir que el “punto de vista interno en primera persona, [ya que] es el único que puede dar cuenta acabada del fenómeno jurídico.”

El Dr. **Carlos de Cores**, abogado y doctor en Derecho, actual director del Departamento del Derecho Privado de la Católica del Uruguay, es un especialista en contratos y daños. Empero, desde su línea de investigación se ha acercado a la Filosofía. Llama a su colaboración: “La interpretación del Derecho como vocación” y pone el acento en el punto de vista del intérprete. Al respecto, escribe que “la perspectiva que se ensaya en este trabajo no refiere en particular a ninguna de esas versiones de la profesión jurídica y tiene en cuenta a todas, postulando que existe una base segura para el desarrollo de la idea de vocación del jurista *tout court*, como aglutinante genérica de todas esas especies.” (Introducción). Tras comparar dos modelos frente a la interpretación del Derecho (el del Antiguo régimen y el surgido en la Revolución francesa), de Cores analiza la lectura positivista de la función judicial, para pasar luego a su crítica, principalmente por la excesiva limitación que se impone a quien debe decidir qué es lo justo en cada caso concreto. El cambio de paradigma que surge tras la II Guerra Mundial exige hallar nuevos fundamentos para la legitimidad de las normas. Y sobre eso reflexiona el autor, revalorizando la función que corresponde al intérprete y, en particular, al juez.

Finalmente, el Dr. **Diego Gamarra Ante**, abogado y doctor en Derecho, actual director del Departamento de Derecho Público de la UCU y especialista en temas constitucionales, cierra el volumen con un artículo reelaborado a partir de un aspecto de su tesis doctoral. “La mirada interpretativa como base de una discrecionalidad discreta”. Gamarra avisa al lector que asume “la tesis de la indeterminación parcial del lenguaje, y específicamente de las reglas, reconociendo la existencia de zonas regladas y de discrecionalidad de los órganos encargados de aplicarlas, en última instancia de los órganos jurisdiccionales”. La razón es que “Tal postura se encuentra a medio camino entre las teorías escépticas de las reglas—de la indeterminación radical— y las negadoras de la indeterminación—que rechazan la discrecionalidad jurisdiccional—.” (Punto I). Tras este

anuncio, el autor distingue entre la interpretación que tiene lugar de un modo, podría decirse “abstracto”, de aquella que debe darse ante un caso concreto. Es entonces cuando “es evidente que no puede afirmarse con certeza en todos los casos que de la interpretación se derive una solución incontrovertible” (Punto I), y surge el problema de la discrecionalidad. Gamarra cierra su contribución relacionando la postura de “una sola respuesta correcta” con las tesis sostenidas en su trabajo.

# **DOCTRINA**

---

# Función y límites de la argumentación jurídica\*

Function and limits of legal argumentation

*Ricardo A. Guibourg*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad de Buenos Aires

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0132-4667>

DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1730>

Conferencia

**Resumen:** La argumentación es la más importante, si no la única, herramienta de la que disponen abogados, jueces y juristas para hacer su tarea; pero en nuestros tiempos se deposita en ella una confianza desmesurada. Tiene la forma de una demostración incompleta, donde, a partir de premisas (argumentos, razones), se propone una conclusión, descriptiva o valorativa, que siempre puede seguir discutiéndose. Tal discusión puede ejercerse mostrando incoherencias internas, negando argumentos de hecho, señalando incompatibilidad de sus argumentos valorativos con otras valoraciones que también se sostengan, proponiendo nuevos argumentos de sentido opuesto o enfatizando el escaso poder concluyente de las razones aducidas. Existe, sin embargo, la idea de que es posible arribar a conclusiones indiscutibles, idea que preside el actual discurso de los principios y los derechos. Este discurso argumental no funciona sin un método de ponderación, pero tal método no existe, a pesar de la creencia generalizada. Esa situación pone el grave peligro al discurso jurídico, cuya oportunidad consiste en usar la argumentación para debatir

Recibido: 18/06/18. Corregido: 04/07/18. Evaluado: 06/12/18

\*Comunicación preparada para el Workshop y revisada para su publicación en el dossier de Filosofía del Derecho.

**Ricardo Guibourg:** Abogado, juez y catedrático argentino, de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Maestría en Filosofía del Derecho, de esa universidad. Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (presidente hasta 2006) y de la sociedad Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR, vicepresidente hasta 2011). [pachigui@gmail.com](mailto:pachigui@gmail.com)

**Palabras clave:** argumento – derecho – demostración - ponderación

**Abstract:** Argumentation is the most important, if not the only, weapon for lawyers, judges and legal experts to do their job, but nowadays it seems excessively trusted. It has the structure of an incomplete demonstration, where, starting from premises (arguments, reasons), a descriptive or an evaluative consequence is proposed, though we can keep on the discussion indefinitely. Such discussion can be exercised by showing internal inconsistencies, by denying factual descriptions, by signalling an incompatibility among its evaluative arguments and other evaluations sustained by the same subject; by proposing new opposed arguments or emphasizing that the invoked reasons are not conclusive enough. But there is an extended idea that we can arrive to unquestionable conclusions: a basic idea within the present discourse about principles and rights. This discourse cannot function without a weighing method, but such method does not exist, in spite of an extended belief. That situation is dangerous to the legal discourse: instead, argumentation may be an instrument for discussions, agreements and decisions through institutional means. This can



## 1.

### CONCEPTO Y APOTEOSIS DE LA ARGUMENTACIÓN

La argumentación está de moda entre los juristas. Existen en el mundo doctorados y maestrías que la tienen por objetivo central; las diversas teorías de la argumentación, desde Toulmin y Perelman hasta Alexy y Atienza, son conocidas y estudiadas como fuentes promisorias de solución a las dificultades de la teoría del derecho y del derecho mismo. Hay que decir que este interés no carece de justificación: no sólo la actividad argumental es la principal tarea que acometemos los abogados, jueces y juristas; además, salvo la lectura de códigos y leyes, es la única fuente de la que extraemos nuestras ideas y nuestra única herramienta para ejercer nuestra tarea cotidiana.

Argumentar, desde luego, es dar razones. Y, si somos leales en el debate, también escucharlas y sopesarlas. Pero ya desde este principio nuestra identificación del concepto se desliza por una pendiente ideológica. En efecto, el uso de la palabra “razón” tiene sus dificultades, ya que se trata de un término polisémico. Razón quiere decir proporción (como la tasa de interés en relación con el capital), y también motivo para una creencia o actitud que el sujeto desea que su interlocutor comparta: dar razones equivale a explicar por qué uno cree cierto enunciado o quiere cierto estado de cosas, de tal modo que nuestro prójimo pueda acaso verse convencido por las mismas *razones*. Pero, gracias a la tradicional identificación entre el latín *ratio* y el griego *logos*, significa asimismo capacidad de pensar y expresarse adecuadamente (alcanzar el uso de razón, estar privado de la razón), aplicar la lógica al pensamiento (razonar) y, lo más grave, hallarse acertado en la elección de las propias creencias o actitudes (tener razón). Esta circunstancia cumple, aun sin que lo advirtamos, una función retórica nada despreciable: nosotros damos razones de lo que decimos, pero es difícil que, cuando hablamos de nuestro adversario, digamos que nos da también razones, sino, en el mejor de los casos, que expone su punto de vista, o expresa sus argumentos. Es que dar razones parece

implicar, inconscientemente, tener razón: no en vano es tan común decir que nuestras preferencias éticas provienen de la *razón práctica*.

A fin de eliminar esta implicación en aras de un análisis más riguroso, propondré omitir la palabra “razones” y hablar, en su lugar, de argumentos, sin prejuzgar sobre su eventual corrección o falta de plausibilidad. Pero también adelanto que la argumentación, por central que sea en nuestra profesión, por convencidos que estemos de su contenido, por excelsa que consideremos su conclusión, no merece el lugar central que tantos iusfilósofos le asignan en la actualidad, sino en todo caso otro, más modesto pero indispensable, que ayuda a recorrer un camino antes que a garantizar la llegada al paraíso.

## 2.

---

### ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN

Argumentar es proponer uno o más enunciados, llamados argumentos, en apoyo de otro enunciado, llamado conclusión. Su estructura, pues, es idéntica a la del razonamiento lógico: como en el silogismo, hay premisas y una conclusión que se infiere a partir de ellas. La diferencia, empero, consiste en que las premisas de una operación lógica (o matemática) conducen certera e inevitablemente al resultado, porque – por definición – son, en su conjunto, razón suficiente para demostrarlo. En cambio, los argumentos – por definición también – son siempre insuficientes.

Un ejemplo de lo dicho es la inducción, método que ha demostrado en la práctica ser tan útil para la investigación científica y la elaboración de nuestras ideas sobre la realidad sensible: en muchos casos, como en el de la gravedad, hemos confirmado la hipótesis tantas veces, sin una sola falla, que la incorporamos a nuestra ciencia y no vacilamos en apostar nuestra vida a su cumplimiento en el próximo instante. Sin embargo, una ley general de la naturaleza, inferida de un número cualquiera (pero finito) de verificaciones, resulta extrapolada a una infinidad de casos no observados o aún no sucedidos, lo que impide, en términos estrictos, considerar que se halla completamente *demostrada*. Y, de hecho, las hipótesis científicas permanecen siempre abiertas al riesgo de que un contraejemplo las refute u obligue a reformularlas.

Sin embargo, la inducción científica es, por así decirlo, la perla de la corona de la argumentación. Estamos habituados a adoptar creencias y actitudes a partir de premisas muy escasas o aun ridículamente insuficientes. No sólo nos zambullimos en la piscina seguros

de que el agua que en ella vemos no se ha cristalizado bruscamente: salimos a la calle sin paraguas porque vemos brillar el sol, sin consultar el pronóstico meteorológico ni tomar en cuenta que aun ese pronóstico suele equivocarse. Damos crédito a un comprador porque en una o dos ocasiones anteriores satisfizo sus deudas en tiempo y forma. Votamos un candidato porque nos causó buena impresión durante una entrevista en la televisión. Nos casamos a partir de lo relativamente poco que sabemos de la otra persona hasta ahora, e ignorando por completo cómo cada uno evolucionará en el futuro dentro de la relación conyugal. En el extremo, jugamos a pleno un número en la ruleta porque es el día de nuestro cumpleaños.

Poco puede objetarse a esas maneras de actuar: la vida nos exige decisiones a cada momento, tanto en aspectos nimios como en temas de relevante gravedad; y prácticamente nunca pone a nuestra disposición todas las premisas necesarias para garantizar el resultado. Ni siquiera nos permite, en la premura del momento o en el vórtice de nuestras prioridades, salir a buscar algunas de las premisas que no tenemos, pero que tal vez podríamos averiguar. Nuestra mente, consciente o inconscientemente, ejerce una argumentación: toma los argumentos disponibles (normalmente muy pocos), hace de cuenta que fueran todos los que hacen falta (sabiendo que se trata de una ficción casi inevitable), confía en la relación de los argumentos con la conclusión (no siempre con acierto) y adopta el resultado asumiendo todos sus riesgos o, a veces, cargando ese riesgo a terceros.

La estructura argumental, pues, cumple (como puede) una función: la de motivar, en el sujeto, la decisión de creer verdadera cierta proposición no demostrada o de adoptar cierta actitud insuficientemente justificada, para actuar en su consecuencia. Pero aquí es posible encontrar, en la práctica de la argumentación, una bifurcación de caminos. Una cosa es argumentar internamente, para llegar a una conclusión propia, y otra es argumentar frente a terceros, para incitarlos a llegar a una conclusión. La primera puede ser oral o meramente mental; explícita, implícita o aun inconsciente, intuitiva o refleja. La segunda es siempre expresa y casi siempre verbal, ya sea oral o escrita; pero no siempre las dos conducen al mismo resultado. Un argumentador leal, acertado o equivocado que pueda ser, busca convencer a los demás de aquello de lo que él mismo está convencido (un ejemplo fácil es el de un profesor que redacta un texto de geografía). Pero no faltan, tanto en el derecho como en la política y en la vida cotidiana, quienes intentan convencer al otro de aquello que su propia conciencia no necesariamente acepta (un ejemplo de esto es el creativo publicitario).

Esta última distinción se pone de manifiesto en cierta dualidad de objetivos en lo que pudiera llamarse teoría de la argumentación, o técnica argumental. Por un lado, pueden proponerse reglas que se estiman conducentes para regir una *buena* argumentación: es decir un

debate leal, en el que las partes persigan por igual la verdad o el bien y sólo discutan sobre los caminos para llegar al objetivo común. Por otro lado, pueden exponerse las debilidades de la mente humana y los fenómenos de la psicología social, de tal suerte que el operador logre convencer a su prójimo más rápidamente o con mayor intensidad. Apelar a los prejuicios del otro, por ejemplo, podría ser rechazado en el primer camino, pero fuertemente aconsejado en el segundo. La primera orientación es prescriptiva y contiene una notable vinculación con la ética; la segunda es descriptiva, aunque orientada hacia la técnica, y guarda más relación con las ciencias naturales y sociales que con razonamiento moral alguno.

Hay que decir, aunque no nos guste, que las dos orientaciones de la teoría de la argumentación son en sí mismas argumentales; pero, mientras la descriptiva se atiene a la inducción científica, que es la más confiable de las argumentaciones, la prescriptiva queda apresada en las mallas de la *razón práctica*, que es como llamamos a nuestros deseos menos vergonzosos. Sea como fuere, cualquiera sea el camino que tomemos para analizar y juzgar las argumentaciones concretas en las que participemos, ninguna teoría puede darnos garantías de que una argumentación cualquiera (científica, ética, política, sentimental, publicitaria) conduzca a conclusiones verdaderas, correctas u objetivamente deseables. Lo más que puede hacer una argumentación es exponer y comparar motivos para, acaso, depurarlos y completarlos con la colaboración del prójimo. Y esto no es poca cosa, desde luego.

### 3.

## EL SOPORTE DE LA ARGUMENTACIÓN

Hay un punto, de todos modos, en el que las dos orientaciones posibles de la teoría de la argumentación coinciden. Ya se trate de convencer a terceros de lo que acaso no compartamos o de sopesar los argumentos para adoptar una decisión propia, en el fondo siempre se trata de un fenómeno de persuasión: nuestra personal atribución de relevancia o relativa suficiencia a argumentos que no la tienen por sí mismos depende de una decantación íntima de motivos, así como la eficacia de una publicidad de lavarropas descansa, tal vez, en recónditos estados dispositionales del consumidor medio, que el vendedor puede explotar en su beneficio.

Sea como fuere, pues, ninguna argumentación es capaz de ejercer su función sin apoyarse en algún punto del pensamiento o de los sentimientos del sujeto. Cuando este punto

de apoyo es hallado, el argumentador puede construir sobre él – para sí o para otro, con buena fe o sin ella<sup>2</sup> – un castillo de enunciados que acaso logre su objetivo.

Existe un fenómeno que en el lenguaje cotidiano se describe como que lo que uno oye “entra por un oído y sale por el otro”. Si el sujeto escucha realmente lo que le dicen, pero no cambia un ápice su pensamiento, es porque la argumentación (tendiente a transmitir una creencia o una actitud) no encuentra apoyo en su mente y, por así decirlo, resbala sin causar efecto alguno. Los publicitarios saben bien que sus anuncios o eslóganes serán efectivos en la medida en la que llamen la atención de sus destinatarios (es decir causen en él alguna sorpresa) y, además, la inclinen a su favor (es decir exciten alguna actitud preexistente de tal suerte que la dirijan hacia el objetivo deseado). Hitler explotó hábilmente dos sentimientos extendidos entre los alemanes: la indignación por las penurias posteriores a la Primera Guerra Mundial y el prejuicio antisemita. Dijo que la culpa de esas penurias la tenían los judíos, propuso combatirlos como parte de una reacción para reconstruir el país y obtuvo, como es sabido, un apoyo muy extenso. En el otro extremo ideológico, asistimos a un fenómeno parecido en filosofía del derecho. Existe una apetencia generalizada por diversos estados de cosas que, aunque no son completa ni necesariamente compatibles, todos coinciden en llamar justicia; y también se observa una extensa desconfianza respecto de las leyes y los legisladores. Digamos, pues, que es posible demostrar la justicia (identificándola, por cierto, con el discurso predominante en nuestra cultura) y propongamos subordinar la ley a ella: muchas personas se sentirán tan aliviadas que pasarán por alto las dificultades epistemológicas y metodológicas de esa tesis, así como sus peligros prácticos, y marcharán llenas de ilusiones hacia el brillante destino que se les permite vislumbrar.

Para matizar aquellos ejemplos tan polémicos, recordemos la histórica discusión entre Galileo y los astrónomos de Pisa acerca de los satélites de Saturno. Los argumentos positivos, fundados en la observación telescópica, no surtían efecto alguno porque los astrónomos tradicionales no confiaban tanto en lo que podía verse como en su interpretación de los textos aristotélicos. La generalización de un punto de apoyo universal, identificado con la verificación empírica, para cualquier argumentación tendiente a generar la creencia en ciertas proposiciones descriptivas, constituyó el centro de la revolución copernicana y el punto de partida para el desarrollo de la ciencia moderna.

---

<sup>2</sup> Estas dos disyunciones no son coincidentes. No toda propaganda es venal. Es normal que las personas deseen convencer a otras de aquello de lo que ellas mismas están convencidas. También sucede a veces que un individuo intenta convencerse a sí mismo de algo que en principio rechaza; y en ocasiones lo logra, especialmente cuando media una fuerte presión externa o una emoción sobreviniente.

Es posible proponer también un ejemplo valorativo. Supóngase la controversia acerca de la despenalización del aborto. Una persona convencida de la sacralidad de la vida humana por sí misma será impasible frente a un argumento como el de la muerte de muchas mujeres por abortos clandestinos; este argumento, en cambio, puede apoyarse en sentimientos de quien, sin adhesión religiosa, siente empatía por las personas ya nacidas; y más aún si se trata de una militante feminista.

Nada de esto, por cierto, arroja luz sobre la mayor o menor plausibilidad de los argumentos: apenas indica una condición para su efectividad psicológica.

#### 4.

### LA CONTRA-ARGUMENTACIÓN

Ya he dicho que el valor efectivo de una argumentación, tanto en su versión *leal* como en la de persuasión a toda costa, jamás es concluyente. En ocasiones es muy elevado y en otras es más débil; pero esto depende siempre del “colchón” mental en el que lleguen a depositarse. Por ejemplo, la argumentación científica (no me refiero a las hipótesis en debate, sino a las afirmaciones más aceptadas, contenidas en un texto de física o química) goza de enorme plausibilidad *leal* a la vez que tiene gran poder de convicción; pero esto se debe, en el primer caso, a que casi todas las personas medianamente cultas se sienten incapaces – salvo acaso en temas religiosos – de resistir los argumentos fundados en la observación empírica, ya que están convencidos de que ellos conducen a la verdad; y, en el segundo, a que la mayoría de las personas está habituada a pensar del mismo modo. Hay que aclarar, sin embargo, que este hábito puede verse contrarrestado por una dosis de pensamiento mágico y, especialmente en nuestros días, por el fenómeno de las *fake news* que da lugar a la llamada *posverdad*: la abusiva influencia de los sentimientos y prejuicios sobre las creencias respecto de los hechos concretos, con lo que, a su vez, se realimentan los propios prejuicios<sup>3</sup>.

Ya que cualquier argumentación es en alguna medida insuficiente, es siempre posible argumentar en sentido contrario. En este punto desearé los métodos desleales de la *posverdad* y del burdo recurso a los prejuicios, para mantener el análisis en el marco de lo académicamente aceptable. Hay métodos para contra-argumentar; pero corresponderá a quien los use decidir si realmente sus contra-argumentos lo convencen, o al menos le impiden aceptar

---

<sup>3</sup> *Fake news* y *posverdad* son palabras nuevas para referirse a prácticas viejas como el mundo. Un ejemplo es el de los *Protocolos de los sabios de Sión*, panfleto ideado para justificar los pogromos de la Rusia zarista que convenció y excitó durante un siglo a quienes ya abrigaban un prejuicio antisemita.

la argumentación de su interlocutor, o bien si, al emplearlos, se está “pasando al lado oscuro de la fuerza” argumental.

Para esto es preciso distinguir dos clases de argumentos, que bien pueden coexistir en una misma argumentación: los descriptivos y los valorativos.

## ARGUMENTOS DESCRIPTIVOS

Un argumento descriptivo es necesariamente verdadero o falso, con independencia de que su valor de verdad sea conocido o ignorado. Es posible, pues, atribuirle falsedad. Para esto es preciso demostrar que no es verdadero, o por lo menos señalar que las pruebas de su verdad no son convincentes. Esto último puede dar lugar, a su vez, a una argumentación dentro de otra, especialmente cuando la materia de la afirmación no es directamente verificable. Por ejemplo, la afirmación de un hecho histórico – como los que se investigan en un proceso judicial – se funda necesariamente en documentos y testimonios (invocados como argumentos), por lo que es posible atacar la autenticidad o la veracidad de tales elementos, o bien afirmar que ellos, aunque no se los discuta, son en sí mismos insuficientes para fundar la creencia sobre la que reposa el argumento discutido<sup>4</sup>.

Pero, aun aceptando la veracidad de un argumento descriptivo, todavía es posible argumentar contra él. Por ejemplo, invocando otros hechos, también demostrables, que puedan comprometer su valor final relativo en la conclusión. Y, aun sin hacer esto, el sujeto puede sostener que ese valor es, al fin de cuentas, bastante menor que el que el contrincante le atribuye.

Sigamos con el ejemplo ya propuesto. Los partidarios de despenalizar el aborto alegan, entre otras cosas, que muchas mujeres mueren a consecuencia de abortos clandestinos. Desde el otro lado, puede decirse que la proporción de tales casos es mucho menor, o que el número ha sido exagerado por fuentes interesadas, o que el número de tales muertes es apenas una fracción de las que suceden por otras causas, por lo que no es tan importante. O, finalmente, que el argumento es completamente verdadero, pero en el aborto el feto muere siempre, de modo que es numéricamente mejor mantener la prohibición. A su vez, los antiabortistas invocan la sacralidad de la vida humana, pero sus opositores dicen que durante las primeras semanas de la gestación no existe un verdadero ser humano, sino un tejido eventualmente capaz de convertirse en uno.

---

<sup>4</sup> El derecho procesal acoge expresamente esta posibilidad mediante el principio del *onus probandi*.

## ARGUMENTOS VALORATIVOS

Un argumento valorativo, en cambio, no es susceptible de afirmarse ni negarse de la misma manera. De hecho suele invocárselo como verdadero y negárselo como falso; pero en este caso la verdad y la falsedad adquieren un sentido diferente: como no hay un método intersubjetivo, semejante a la observación empírica, para dirimir las controversias valorativas, todo el debate se desarrolla en un terreno opinable, en el que las mayorías pueden imponer su criterio democráticamente pero no demostrar palmariamente que la minoría esté equivocada.<sup>5</sup> De este modo, oponer una valoración a otra contribuye a clarificar la cuestión, pero no a resolverla. Sin embargo, todavía es posible contraargumentar en el campo valorativo.

En primer lugar, se puede mostrar al argumentador que en realidad no está tan convencido de lo que sostiene como él cree estarlo, o al menos limitar los alcances de su valoración. En el mismo tema del ejemplo anterior: “Usted sostiene que la vida humana es sagrada, pero es partidario de la pena de muerte. O de la defensa propia. O de la guerra ‘justa’” (esto, desde luego, abre la puerta a distinciones entre las justificaciones de la guerra, pero de todos modos disminuye la “sacralidad” de la vida). Otro recurso efectivo (y a la vez adaptado al marco de la lealtad) es poner al interlocutor ante la generalización de su propio criterio: “Si usted sostiene esto en este caso, también debería sostenerlo en los casos tal y tal: ¿aceptaría usted esa aplicación?” Un contra-argumento de esta clase – en el que la valoración de su usuario no se pone en juego, porque sería inútil – puede conducir al interlocutor a revisar y acaso limitar su propio criterio valorativo, lo que acaso podría reducir su fuerza de convicción en el interior de su mente.

Un camino más, semejante al disponible para los argumentos descriptivos, es aceptar lisa y llanamente la valoración invocada, pero discutir su aplicación al tema o, en todo caso, disminuir la intensidad de esa aplicación. Por ejemplo: “Concuerdo con usted en que la inflación es un fenómeno distorsivo y cargado de efectos perjudiciales para los más vulnerables. Pero vea usted que en estos momentos de crisis extrema el estado carece prácticamente de fondos, de modo que no está en condiciones de pagar los salarios de sus empleados y las acreencias de sus proveedores sino en alrededor de 10% de su valor. ¿Se imagina el descalabro económico y el caos social que se producirían si, para no emitir moneda, el estado declarara que a partir de hoy no puede pagar a nadie?” Esto equivale, por cierto, a contraponer a la

---

<sup>5</sup> Ha de notarse aquí que la propia idea de democracia sería difícilmente justificable si existiera un método objetivo y confiable para la adopción de decisiones políticas *apropiadas*. Tanto la democracia como, en buena medida, la institución judicial, tienen su raíz en el carácter opinable (dependiente de argumentos insuficientes) de los temas que tales instituciones están destinadas a tratar.



valoración del interlocutor una valoración diferente, pero no del sujeto que discute, sino del propio interlocutor.

El resultado final de argumentos y contra-argumentos, desde luego, no es aceptablemente previsible: cada persona sopesa unos y otros y adopta su parecer (su creencia o su actitud) de acuerdo con su elaboración a partir de los argumentos y del “colchón” mental individual en el que cayeron. De paso, vale la pena señalar que esta imposibilidad de demostración e incluso de previsión es precisamente el centro de la justificación del sistema democrático: ya que no podemos convencernos los unos a los otros, discutamos primero y votemos después. El resultado no será necesariamente el deseable, pero al menos será el mayoritariamente deseado, por cuenta y a riesgo de quienes lo prefieran.

## 5.

---

### **EL CULTO DE LA ARGUMENTACIÓN Y EL RECURSO A LA PONDERACIÓN**

Como señalé antes, hay un sentimiento generalizado de avidez por el control moral del derecho. Los horrores de la Segunda Guerra Mundial y la reacción a partir de los juicios de Núremberg generaron una desconfianza hacia las leyes y los legisladores, incluso los democráticamente elegidos, y vienen abonando con intensidad la tesis según la cual el derecho no se agota en la ley, sino reposa ante todo en los valores y los principios. Estos valores y principios se incorporan incluso a las constituciones, con lo que adquieren el carácter de derecho positivo, pero no por eso resuelven el fondo del problema, que consiste en la identificación certera de las conductas que se pretende hacer obligatorias. Por el contrario, esta tendencia políticamente plausible resulta contraproducente en el campo de la técnica jurídica, pues deja cada vez más abierto el campo interpretativo de los tribunales, especialmente en el más alto nivel del sistema legal.

Aquella tendencia, para no convertirse en caótica, necesita su complemento ideológico: la postulación de un método (no precisamente democrático, sino dotado de cierta objetividad) para decidir la mayor o menor justicia de cada conducta, de cada ley y de cada decisión judicial.

Ese complemento fue provisto durante mucho tiempo por el viejo iusnaturalismo, alguna vez de base fuertemente religiosa y más tarde fundado en conceptos de difícil aprehensión, como la naturaleza del hombre o la naturaleza de las cosas, e instrumentado me-

diante una especie de introspección moral (intuición axiológica, conciencia, recta razón); introspección que, con toda probabilidad, pone de manifiesto los resultados de la educación recibida por el sujeto, sumados a las vicisitudes de sus experiencias personales.

En nuestros días se invoca la argumentación como una fuente de conocimiento de la justicia, y la naturaleza argumentadora del hombre como un dato de la realidad del que pueden extraerse conclusiones normativas. De acuerdo con lo que vengo exponiendo, no parece que la práctica argumental ni los buenos consejos para desarrollarla lealmente sean suficientes para enseñarnos, en los casos concretos, a distinguir una argumentación mejor de otra peor: lo más que pueden hacer es mostrarnos cuándo un argumento, ya sea por su falta de atingencia, su falsedad o su conflicto con otros argumentos de la misma argumentación, es en principio desechable. Este aporte de la teoría de la argumentación es sin duda muy apreciable, pero difícilmente la habilite para ocupar, en la jerarquía de las fuentes cognoscitivas de la justicia, el lugar que en un tiempo fue reservado a la revelación divina.

Si las cosas fueran de otro modo, si la argumentación tuviera las virtudes que implícitamente se le atribuyen, la mayor parte de los problemas del derecho estarían resueltos y mucha de la actual actividad de abogados, jueces y juristas se revelaría excesiva e innecesaria. Esta reflexión puede ilustrarse con el papel que en nuestros días se atribuye a la ponderación. En efecto, si los derechos y los principios son jurídicamente obligatorios pero no son estrictamente reglas de conducta sino, como acertadamente señala Alexy, *mandatos de optimización*, es posible que en cada caso haya uno o más principios de cada lado del conflicto, de modo que hace falta ponderarlos. Es decir (metafóricamente) *pesarlos*, comparar la magnitud de unos y otros en las circunstancias de hecho dadas. En esta situación, todos los jueces ponderan y fundan en esa ponderación buena parte de sus decisiones; pero nadie ha podido hasta ahora establecer un método universal de ponderación siquiera comparable al uso que en la realidad física damos a la balanza de platillos, dotada de un sistema común de pesas y medidas y receptora de objetos físicos cuya masa es unívoca y no depende del parecer de ningún observador.<sup>6</sup> En la práctica, la ponderación no es otra cosa que la decisión consciente que el intérprete adopta sobre bases parcialmente inconscientes, ya que – como toda argumentación – encuentra su colchón y su motor en la formación cultural y las experiencias personales – acaso ya olvidadas en el nivel consciente – del sujeto.

---

<sup>6</sup> Alexy, por cierto, ha propuesto una “fórmula del peso”. Sobre este punto, cfr. Guibourg, R.A., “Alexy y su fórmula del peso”, en Gustavo A. Beade y Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, págs. 157/187. Versión en inglés: “On Alexy’s Weighing Formula”, en *ARSP* n. 124, *Legal reasoning: the methods of balancing*, 2010, pp 145-159.

Sin embargo, sería inconveniente negar a la argumentación todo valor, ya que, de hecho, es la única herramienta de la que disponemos para hacer nuestro trabajo jurídico. Aunque ella no sea lógicamente concluyente ni tenga efectos certeramente previsibles, todavía puede sujetarse a las reglas de la argumentación leal y ser vehículo para el debate entre las opiniones divergentes. Con sólo dejar de atribuirle virtudes trascendentes, darle empleo consciente y sistemático y convertirla en instrumento de debate, es posible que las interpretaciones de cada uno sobre valores, principios y normas, así como las diversas ponderaciones que en cada mente se ejerzan acerca de esos elementos vayan saliendo a la luz para ser públicamente comparadas y sirvan para convencer primero, negociar después y votar en último término. A su vez, el control público de todo este procedimiento contribuiría a afinar sus detalles y a tornar los resultados más afines con los sentimientos de la mayoría de los ciudadanos, con lo que la práctica del derecho podría verse más cerca de la revolución copernicana que nunca tuvo.

Sin embargo, para que eso se logre es preciso avanzar trabajosamente en un campo psicológicamente hostil, porque requiere introspecciones dolorosas y nada tradicionales. Primero hay que reexaminar el significado de las palabras para descartar en lo posible su contenido emotivo, que limita nuestra capacidad crítica; luego hay que atreverse a bucear en la propia conciencia para hacer frente a las contradicciones internas y, por último, tener el coraje de exponer los pensamientos y preferencias sin la coartada del caso judicial concreto, de tal modo que pueda abrirse, para nuestra vieja amiga la argumentación, un campo de actividad real, operativo y fructífero.

---

Para citación: Guibourg, Ricardo, *Función y límites de la argumentación jurídica*, en *Revista de Derecho* N° 19 (julio-2019), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 17-30

---

Contribución 100% Ricardo Guibourg

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima: Palestra, 2006.
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México: UNAM, 2005.
- Guibourg, Ricardo A “Alexy y su fórmula del peso”, en Gustavo A. Beade y Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, págs. 157/187. Versión en inglés: “On Alexy’s Weighing Formula”, en *ARSP* n. 124, *Legal reasoning: the methods of balancing*, 2010, pp 145-159.
- Guibourg, Ricardo A., *El fenómeno normativo*, Buenos Aires: Astrea, 1987.
- Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.
- Guibourg, Ricardo A *La construcción del pensamiento*, Buenos Aires: Colihue, 2004. Guibourg, Ricardo A “Sobre la argumentación”, en *La Ley* del 30/9/2010.
- Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, Madrid: Gredos, 2009.
- Toulmin, Stephen, *The uses of argumentation*, Cambridge: University Press, 1958.

# Interpretación jurídica y derecho natural\*

Legal interpretation and natural law

*Carlos I. Massini-Correas*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad de Mendoza

Orcid <https://orcid.org/0000-0002-9737-1996>

DOI <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1729>

Conferencia

**Resumen:** Este breve artículo procura aportar con claridad y precisión, a quienes abordan el asunto de la interpretación jurídica, los conceptos centrales de la problemática, así como las nociones necesariamente supuestas por el fenómeno de la interpretación jurídica. Se inserta en el marco de una investigación de mayor alcance, en desarrollo. **Palabras clave:** interpretación jurídica, Filosofía del Derecho, derecho natural.

**Abstract:** This article seeks to provide clarity and precision to those who address the issue of legal interpretation, the central concepts of the problem, as well as the notions necessarily alleged by the phenomenon of legal interpretation. It is inserted in the framework of a research of greater

---

Recibido 30/05/18. Corregido: 15/06/18

\*Conferencia pronunciada en el Workshop de Filosofía del Derecho y revisada para su publicación.

**Carlos Massini Correas:** Abogado y doctor en Derecho, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Mendoza. Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho e investigador principal del CONICET. [carlos.massini@um.edu.ar](mailto:carlos.massini@um.edu.ar)

## 1.

### PRELIMINARES

Cuando se abordan los textos elaborados, en general por juristas, para explicar y desarrollar la temática de la interpretación jurídica, el estudioso se encuentra habitualmente con escritos redactados con una casi total ausencia de precisión y claridad acerca de los conceptos centrales de la problemática, y en especial, sin alguna referencia rigurosa a las nociones necesariamente supuestas por el fenómeno de la interpretación jurídica. De este modo, se supone que las nociones de lenguaje, texto, hermenéutica, norma, aplicación, referencia, atribución o sentido, así como varias otras, tienen una significación clara e inequívoca, y que resulta suficiente con remitirse al uso corriente de las palabras en el lenguaje vulgar para desarrollar la temática, central en cualquier teoría del derecho, de la interpretación jurídica.

Evidentemente las cosas no son así, y el resultado de esa actitud es una creciente ambigüedad, vaguedad e imprecisión en el desarrollo de la problemática, fenómenos que conducen necesariamente a la confusión, la oscuridad y el sinsentido. Por ello, en el presente trabajo, y como contribución a la superación de esos resultados, se realizarán algunas consideraciones explicativas y precisivas acerca de las nociones de “interpretación” y de “interpretación jurídica”, así como de sus relacionadas de “texto”, “entendimiento práctico”, “directivas de interpretación”, “norma”, “modalidades interpretativas”, “determinación de sentido” y algunas otras (Massini-Correas, 2008b, *passim*). La exposición se limitará a desarrollar sucintamente algunas tesis centrales referidas a esa temática, con la finalidad de habilitar un diálogo y un debate acerca de los puntos tratados y acerca del sentido preciso en que deben ser utilizados los términos implicados en la cuestión de la interpretación jurídica. Los resultados de esa discusión contribuirán a un ulterior desarrollo de las tesis expuestas, para lo que se tiene prevista la realización de un estudio de más largo aliento.

## 2.

### ¿POR QUÉ INTERPRETAR?

Antes de entrar propiamente en el tema de la interpretación jurídica, conviene precisar algunos de sus supuestos epistémicos generales; ante todo, que en el fenómeno del lenguaje humano es posible distinguir tres elementos principales: *signos* (o palabras, que son signos articulados), *ideas* (conceptos, juicios y raciocinios) y *realidades* (Casaubon, 1984, *pássim*). Genéticamente, las realidades causan las ideas y a su vez éstas se expresan a través de palabras; esto es lo que Emilio Betti denomina el *iter* (o camino) genético del lenguaje. A la inversa, una vez que se tienen las palabras, que son las que conforman los *textos*, el *iter* interpretativo del lenguaje, que busca comprender lo que las palabras dicen, va desde las palabras a las ideas, y de éstas a las realidades (Betti, 1955). Ahora bien: ¿por qué es necesario interpretar los textos para comprender su sentido? La razón fundamental radica en que las realidades son infinitamente más numerosas (y complejas) que las ideas, y a su vez, estas últimas son mucho más numerosas que las palabras. Esto es lo que explica el fenómeno de la abstracción de unas pocas ideas a partir de múltiples realidades, y de la polisemia (equivocidad, analogía) de las palabras respecto de los conceptos, por la que una única palabra sirve para significar numerosas ideas, como en el paradigmático caso aristotélico de “sano” (Aristóteles, *Metafísica*, IV, 2, 1003 a 33 ss.; Husson, 2009). Es por ello que Ireneo Funes, “el memorioso”, al ser incapaz de abstraer, “no era muy capaz de pensar” y, por lo tanto, de interpretar (Borges, 2012, p. 142).

Por esta razón, para comprender el sentido de algunas palabras (un *texto*), con las que se pueden significar varios conceptos (y proposiciones) y designar numerosas realidades, es preciso remitirse desde las locuciones mismas a las ideas que ellas significan y, en definitiva, a las realidades que esas palabras designan. Conviene recordar - y esto es especialmente relevante - que estas realidades no han de ser necesariamente cosas materiales, sino entidades de muy diferentes categorías: relaciones, acciones, cualidades, cantidades, momentos, situaciones, etc. (Aristóteles, 2011, 4, 1 b 25 ss.). Dicho de otro modo: el proceso interpretativo - también se denomina “interpretación” al resultado de ese proceso - procura la comprensión de un texto, en especial de un texto lingüístico, indagando las ideas que las palabras significan, para lo cual resulta necesario remitirse a las realidades que esas mismas palabras designan (Ricoeur, 1986, *passim*).

Y a los efectos de una mejor comprensión de lo que se viene exponiendo, conviene reformular sucintamente una distinción que ha de hacerse en el discurso entre cuatro niveles diferentes: (i) el que corresponde a los *signos, lingüísticos o no* (hablados, escritos, dibujados, etc.), que es el de las palabras, frases o textos; (ii) el que se refiere a los conceptos (o aprehensiones), juicios o raciocinios, actos del entendimiento, y que pertenecen al nivel *psicológico*; (iii) el referente a los conceptos, proposiciones o discursos, que se inscriben en el nivel *intencional* y que son el resultado de los actos psicológicos correspondientes (Llano, 2015, pp. 20 ss.); (iv) el de las cosas, estados de cosas, cualidades o relaciones, que se corresponden con los conceptos, juicios o raciocinios y que tienen una realidad *extramental*. Como se verá más adelante, en la interpretación se produce un paso del nivel lingüístico (*textos*) al intencional, por mediación de los actos psicológicos, y de este nivel intencional al de las realidades extramentales. Conviene consignar también, que cuando se habla aquí de “realidades extramentales”, no se quiere significar que no tengan *alguna* realidad mental, sino que su realidad no es *meramente* mental (O’Callaghan, 2003, *passim*).

Ahora bien, acerca de la noción de *texto*, cuestión que ha sido objeto de numerosas interpretaciones divergentes, corresponde consignar que aquí se entenderá por “texto”, en un sentido estricto, *a todo conjunto de signos lingüísticos, que forman una unidad de sentido, fijados o delimitados de cierto modo y que prima facie revisten alguna importancia noética*. Se trata aquí de una noción estricta, toda vez que existen concepciones amplias y amplísimas de esa expresión, según las cuales prácticamente toda realidad, en cuanto es susceptible de comprensión, es un texto; el problema que aquí se plantea es que si *todo* es un texto, *nada* lo es en sentido más o menos preciso, y consecuentemente la noción de interpretación se difumina y termina por confundirse con las de conocimiento, percepción y hasta de pensamiento (Sanguineti, 2005, *passim*). Además, conviene consignar aquí que, si bien toda interpretación es un acto de conocimiento, no todo acto cognitivo es interpretativo; para serlo, será siempre necesaria la mediación de un texto.

Respecto de la noción de “texto” presentada, corresponde precisar algunas cuestiones:

(i) hace referencia a *conjuntos* de signos lingüísticos, toda vez que un solo signo, sin otros supuestos o complementos - aunque sean implícitos - no forman una proposición, que es la unidad básica con sentido; v.gr., la mera palabra “elefante”, no significa nada, sin la adición - que puede ser implícita - de “esto es un ...”; (ii) por la misma razón expuesta, para que se esté en presencia de un “texto” es preciso que el conjunto de palabras de que se trate forme una *unidad de sentido*; así v.gr., la expresión “amor bullicio pez” no puede ser considerada un texto, por más que contenga varias palabras; (iii) el conjunto de palabras con sentido debe



estar *fijado* de algún modo, v.gr. a través de la escritura, de la tradición, etc., de modo que pueda ser percibido, recordado y reconocido; y (iv) finalmente, ese conjunto de palabras ha de revestir, al menos *prima facie*, alguna importancia o *relevancia*, ya que, de lo contrario, carecerá de todo interés interpretarlo (Moore, 1995, p. 8).

### 3.

## CONCEPTO Y TIPOS DE INTERPRETACIÓN

Ahora bien, si los textos son el objeto (o *interpretandum*) de la interpretación en su significación central, esta última puede ser caracterizada como el proceso (*interpretatio*) y el resultado (*interpretans*) de *la determinación del sentido o significado de un texto*. Aquí, “determinación” tiene el significado de captación precisiva o conocimiento determinativo, es decir, se refiere tanto a una dimensión cognitivo-receptiva, cuanto a un momento de precisión o especificación de lo aprehendido. Expresado en otros términos, en el proceso interpretativo es posible distinguir un elemento *receptivo* - que es el central - y otro *constructivo*, que elabora los datos recibidos de acuerdo a las modalidades de cada tipo de interpretación (Gadanne, 2006, pp. 219-261).

En cuanto a las palabras “sentido” y “significado”, ellas se refieren en este contexto tanto a la significación cuanto a la designación de los términos interpretados, es decir, a la búsqueda y determinación de las ideas que las palabras significan y de las realidades que los términos designan o refieren; pero en sentido propio, la interpretación se dirige primariamente a la determinación del significado al que las palabras remiten inmediatamente, y sólo indirectamente y en segundo lugar, a indagar la índole de las realidades que designan. Finalmente, la referencia a un “texto”, supone la noción ya propuesta anteriormente, con la salvedad de que existen diferentes tipos de texto - se trata de una noción analógica - que determinan las diferentes modalidades de la interpretación. Por supuesto que siempre que se interpreta, se interpreta un texto *de otro* u otros; no hay propiamente interpretación de textos propios.

En ese sentido, en un trabajo de especial relevancia, Georges Kalinowski sostiene que el término “interpretación” y su correspondiente concepto, son *analógicos*, es decir, que se dicen de muchas realidades diversas, con una significación semejante. Las realidades analógicas participan todas ellas de ciertas perfecciones, pero de un modo similar o semejante, aunque no idéntico ni totalmente diferente (Massini-Correas, 1987, pp. 27-39). Y con respecto a las

formas generales de la interpretación, el filósofo franco-polaco sostiene que ella tiene cuatro modalidades principales: exegética, teórico-científica, artística y práctico-moral. La primera - la *exégesis* - tiene por objeto los textos religiosos, como la Biblia o el Corán, y su finalidad es conocer lo que Dios ha querido manifestar a los hombres y su modo de conocer es predominantemente metafórico o metonímico (Bioy Casares, 2011, p. 492).

La segunda, la interpretación *teórica*, tiene por objeto textos especulativos o descriptivos, como los históricos o los científico-experimentales, y su finalidad es la indagación de lo que dicen en realidad esos textos acerca de ciertos estados de cosas. La interpretación *estética*, por su parte, indaga acerca de la belleza que el texto-obra de arte manifiesta o transmite. Finalmente, la interpretación *práctico-moral* o práctico-ética se dirige principalmente no a saber lo que el autor del texto ha dicho o querido decir, sino más bien a establecer cómo debe cada uno comportarse en un determinado contexto, o cómo debe dirigir o juzgar a otros (Kalinowski, 1982, pp. 109-113).

Respecto de esta última, la interpretación práctica, corresponde precisar que su *objeto*, es decir, aquello que se interpreta, es un texto práctico, y por lo tanto valorativo, normativo o imperativo (Kalinowski, 1979, pp. 101-112). Además, su *fin* es el conocimiento y delimitación de lo que debe o ha de hacerse en un determinado contexto de acción: moral, político, económico o jurídico. Y finalmente, su *modo de conocer* reviste carácter sintético, toda vez que constituye un proceso que parte de ciertos principios normativos y se ordena a la producción del imperativo concreto que regule la acción singular en cada caso (Simon, 1991, pássim). Respecto de esto último, conviene precisar que el proceso cognitivo de la interpretación práctica reviste carácter *sintético* por dos razones principales: (i) porque para alcanzar su resultado es necesario realizar una síntesis o composición de diferentes elementos o dimensiones: principales, normativas, valorativas, descriptivas, lógicas, de teoría del derecho, etc., y (ii) porque - en otro sentido de la palabra “síntesis” - se trata de un proceso que va desde las causas o *principios* hasta los efectos o *conclusiones-determinaciones*; en otras palabras, desde la norma (o principio) a interpretar, hasta la proposición interpretativa concreta o máximamente determinada (Massini-Correas, 2008, pp. 166-167). Por supuesto que cuando se habla de “norma” o “principio” a interpretar, se supone que esa interpretación puede realizarse - y habitualmente así se hace - sobre varias normas o diversos principios.

## 4.

**LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

Si se circunscribe ahora la argumentación al ámbito de lo estrictamente jurídico, conviene recalcar que el derecho, al menos en las sociedades evolucionadas, resulta recogido en *textos*, i.e., en conjuntos de palabras delimitadas que conforman una unidad de sentido normativo. La conveniencia de fijar el derecho en textos predominantemente escritos se desprende de una serie de razones que caracterizan la intención y la búsqueda del establecimiento del gobierno del derecho (*rule of law*), entre ellas, de que las reglas han de ser *prospectivas*, i.e., establecidas para el futuro; que deben ser *promulgadas* adecuadamente, i.e., puestas en conocimiento de sus sujetos; que han de ser *claras* y comprensibles para la gran mayoría; que necesitan presentarse como relativamente *estables*, que habrán de ser formuladas de modo *general*, etc. (Fuller, 1969, pp. 43-94; Finnis, 2011, pp. 270-271). Pero ocasionalmente, estos textos pueden no estar fijados en signos escritos, tal como sucede en el caso del derecho consuetudinario.

Ahora bien, estos textos jurídico-normativos se ordenan a la dirección y valoración de la conducta humana práctico-jurídica, o *praxis jurídica*, que puede ser conceptualizada como aquella conducta exterior, en alteridad, objetivamente debida en justicia, y en general, coercible (Massini-Correas, 2009, pp. 187-194; Schauer, 2015, *passim*). Ahora bien, para que textos normativos generales resulten normativos en concreto - la *praxis* es siempre singular, afirmaba Aristóteles - es necesario un proceso de determinación del derecho, uno de cuyos elementos es el interpretativo, a través del cual se pretende establecer o especificar cuál es el sentido normativo de un texto jurídico para un estado de cosas (conductas, situaciones, hechos, valoraciones, etc.) máximamente determinado. Se trata entonces, de determinar-concretar lo que en la norma general se halla - parcialmente - indeterminado en razón de su generalidad.

Por lo tanto, no es aquí el caso - tal y como lo propugnan varios autores - de una mera “atribución” de sentido (Guastini, 2003, pp. 2 y 57), toda vez que no se trata de “aplicar, a veces sin conocimiento seguro, hechos o cualidades a alguna persona o cosa”, tal como lo precisa el DRAE, sino más bien de establecer, dado el tenor del texto interpretado y la realidad deóntico-valorativa a la que ese texto remite, cuál es la conducta que corresponde realizar en el caso a regular o resolver (Massini-Correas, 2008, pp. 137-156). Expresado en otras palabras, en la interpretación - jurídica o de cualquier otra especie - no se trata de otorgar, donar o adjudicar a un texto normativo un sentido directivo ideado más o menos

libremente por el sujeto, sino de indagar y precisar el sentido ínsito o implicado en el objeto a interpretar. De lo contrario no podría hablarse propiamente de “interpretación”, sino sólo de “creación” o de “invención” o “construcción” de un significado que después se “atribuye” a un cierto discurso, como podría haber sido atribuido a cualquier otro. De este modo, la significación no provendría en definitiva del objeto interpretado, sino *sólo* del sujeto interpretante, que propondría un contenido que no debería nada al significado expresado en el texto objeto de la interpretación (Canale, 2003, p. 151).

Por otra parte, también en el caso de la interpretación jurídica, la determinación del significado del texto se hace por mediación de la referencia (o designación), i.e., de la remisión que hace el texto a un cierto sector de la realidad. Pero en este caso, la realidad a la que se refieren las palabras interpretadas, es una realidad de tipo *práctico-jurídico*, que consiste en la relación deóntica existente entre una conducta (o un tipo de conductas) y una concreción o instancia de un bien humano común. Esta relación de adecuación o inadecuación entre una conducta determinada - en el caso de los mandatos concretos - o de un tipo de conducta - en el caso de las normas generales y los principios - y el logro o realización (también el respeto, o la promoción) de una instancia de un bien humano o con la evitación o abstención de una instancia de un mal - privación de un bien debido - también humano, es el referente o *designatum* del texto normativo interpretado. Y es también aquello que en última instancia se busca conocer con la interpretación, ya que es lo que la norma jurídica refiere cuando prescribe, prohíbe o permite la realización de una determinada conducta o tipo de conductas (Massini-Correas, 2008, pp. 11-15).

En este punto, y antes de entrar a las precisiones propias de la interpretación jurídica, conviene citar un texto de Georges Kalinowski, que servirá de recapitulación y síntesis de cuanto estamos desarrollando acerca de los textos normativos. En su libro *La logique déductive*, el filósofo franco-polaco escribe, respecto al significado del término “norma”, que “damos ese nombre a tres cosas. Ante todo, a una categoría de *expresiones lingüísticas*; ésta es la *norma-enunciado*, que es un enunciado proposicional en el sentido gramatical del término. Como todo enunciado de este género, tiene su significación (sentido) y su designación. Ahora bien, llamaremos *norma-juicio* [o proposición] a aquello que ella significa y *norma-designación* a lo que ella designa. La *norma-juicio* es un juicio por medio del cual se piensa que se debe, o se puede, o no se debe hacer cierta cosa. Pero es un juicio normativo: dirige (regula) el comportamiento humano. Consecuentemente, la *norma-enunciado* designa entonces un estado de cosas de naturaleza relacional, que es una relación existente entre un hombre (sujeto de acción) y una acción, acción que él debe hacer, debe no hacer, tiene el

derecho de hacer, no tiene el derecho de hacer, o puede [...] hacer o no hacer; la relación de esta categoría es una relación normativa. Uno de estos tres sentidos es el propio del término “norma”; los otros dos son sentidos metonímicos. Es norma en sentido propio la *norma-significación*, captación intelectual de la relación normativa. Y es sólo por metonimia que se da el nombre de “norma” a la expresión que significa el juicio normativo, así como a estado de cosas que esta expresión designa” (Kalinowski, 1996, p. 135). En este texto de Kalinowski no está presente la distinción entre el juicio-acto psicológico y el juicio-proposición, que se ha mencionado más arriba y que ese autor reconoce en otros lugares, pero conviene tenerla presente a los fines de una mejor clarificación de la problemática.

## 5.

### PRECISIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Luego de lo expuesto, corresponde precisar que, al revestir la noción de interpretación jurídica - es decir, que tiene por objeto un *texto jurídico* - un claro *carácter analógico*, no toda interpretación de esa índole corresponde a un texto normativo general; en efecto, existen textos jurídicos *no normativos*: actas de constatación o de registración de hechos, constancias, pedidos, etc., que también han de ser objeto de interpretación; hay textos jurídicos *principiales*, que formulan principios jurídico-naturales universales; también existen textos *normativos concretos* o singulares: contratos, imperativos, mandatos judiciales, etc., que es necesario comprender en su sentido para conocer cuál es la conducta a seguir en cada uno de esos casos. De todos modos, queda en claro que el caso central de “interpretación” es el que corresponde a los textos que expresan *normas jurídicas generales* y, dentro de éstos, reviste especial centralidad la interpretación *judicial*, i.e., la interpretación realizada por un funcionario judicial en ejercicio de sus funciones de aplicación (*adjudication*) de normas generales, i.e., el de la interpretación *autoritativa*.

Por otra parte, la interpretación jurídica, y en especial la de textos normativos, reviste ciertas características que la especifican con referencia a otros modos analógicos de interpretación: literario, musical, histórico, etc. La *primera* de estas notas es que la interpretación jurídica aparece en la experiencia práctica del derecho como dotada de una referencia *objetiva*, i.e., tal como se ha visto, que el sentido de la interpretación está determinado por su *objeto* y no principalmente por su sujeto. Esto ha sido puesto de relieve especialmente por Joseph Raz en su conocido trabajo *Why interpret?* (Raz, 1996, pp. 349-363), en donde afirma que

“los caracteres generales de toda interpretación [...] son trivialmente obvios: Primero, toda interpretación es de un objeto. Segundo, puede haber buenas o malas (o mejores o peores) interpretaciones. Algunas interpretaciones son correctas o incorrectas (mejor que buenas o malas). Pero el sentido general, no obstante, permanece: las interpretaciones pueden ser objetivamente evaluadas con referencia a su éxito en cuanto interpretaciones” (Raz, 1996, p. 351).

Ahora bien, queda por saber cuál es el *baremo* para medir la corrección o incorrección de las interpretaciones jurídicas; y esto es importante, porque según sea el tipo de interpretación, variará también el carácter del criterio de su corrección. En el caso de la interpretación de un texto científico-experimental, este criterio radicará en la adecuación o correspondencia entre la proposición interpretativa y la realidad material - estado de cosas - objeto de la experimentación. Pero en el caso de la interpretación jurídica, al tratarse de un tipo de interpretación *práctica*, su criterio propio de corrección también habrá de revestir carácter *práctico*, y en cuanto tal, habrá de consistir en la adecuación entre el contenido de la proposición interpretativa y la relación deóntica existente entre una conducta y un bien humano; más concretamente, la relación entre la conducta humana debida (o prohibida, o permitida, etc.) y la realización (promoción, respeto, facilitación, etc.) del bien humano que es objeto-finalidad de la norma interpretada. Si la interpretación (la proposición interpretativa) expresa adecuadamente la - o una de las posibles - conductas debidas en ese caso (o permitidas o prohibidas, etc.), la interpretación será correcta; en el caso contrario será incorrecta o inadecuada (Massini-Correas, 2008b, pp. 35-58).

La *segunda* de las notas de la interpretación jurídica - ya lo hemos visto - es la que se refiere a su carácter predominantemente  *sintético*, según el cual compone o articula diferentes elementos para obtener un resultado y, por otra parte, procede a partir de principios en la búsqueda de resultados normativos, o efectos deónticos concretos. Es sabido que existe una cierta equivocidad en el uso del término “síntesis”, que significa en primer lugar una cierta *composición* a partir de lo que está des-integrado, como cuando se habla de hacer una “síntesis del pensamiento jurídico contemporáneo”. Pero también con esa palabra se designa un proceso de *progresión* en los razonamientos que va desde los principios a las consecuencias, como cuando se dice que un silogismo tiene una estructura sintética, que procede desde las premisas hacia la conclusión (Blanché, 1973, pp. 111-122; Palacios, 2005, *pássim*).

En el caso de la interpretación jurídica, su practicidad la hace proceder a partir de ciertos (textos que expresan) principios normativos, hacia el mandato concreto que dirige el obrar propio, o el de aquél a quien se ha de aconsejar, o el de aquellos a quienes se debe

juzgar. Pero a su vez, para lograr un resultado de ese tipo, es necesario componer o articular toda una serie de elementos, no sólo normativos (las diferentes normas aplicables al caso) sino también valorativos, descriptivos de hechos o estados de cosas, lógicos, etc., que hacen posible el “paso” desde una norma o principio general hacia una directiva de acción concreta, i.e., máximamente determinada, que es la que en definitiva se procura alcanzar con el proceso interpretativo. Esto significa que la interpretación jurídica es  *sintética*  en un doble sentido: (i) en cuanto  *procede*  a partir de principios y hacia efectos concretos; y (ii) en cuanto  *compone*  en este proceso diferentes elementos de diversa índole para alcanzar un resultado normativo singular, en especial las praxis, hechos, estados de cosas propias de la situación para la cual se interpretan los textos correspondientes.

Y finalmente, en  *tercer*  lugar, la interpretación jurídica reviste, debido a su carácter práctico, una índole radicalmente  *tética*  (teleológica) o finalista, en virtud de que todo el proceso interpretativo adquiere su sentido en la procuración de una finalidad que, como recordaba el Estagirita, resulta ser siempre un bien (Aristóteles,  *EN* , 1094 a ss.). En otras palabras, no tiene ningún sentido jurídico interpretar una norma jurídica por sí misma, sólo para saber lo que dice sin intención de aplicarla o para estudiar su estructura gramatical o su calidad literaria. La interpretación jurídica es tal  *para*  - o bien realizada con la intención de - dirigir el obrar de un modo justo, i.e., proporcionado y adecuado al logro de los bienes - comunes (Keys, 2006,  *pássim* ) - que se encuentran en juego en el caso de que se trate.

Esto tiene una repercusión inmediata en la problemática de las  *reglas o directivas*  de la interpretación jurídica, toda vez que ellas han de revestir, en última instancia, el carácter de reglas práctico-morales y no meramente técnicas (aunque supongan aspectos o dimensiones de carácter técnico-jurídico). En consecuencia, la regla general - o principio - de la interpretación jurídica habrá también de revestir ese carácter práctico-moral y formularse del siguiente modo (o alguno similar): “debe estarse siempre a aquella interpretación que conduzca a la solución más justa del caso de que se trate” (Wróblewski, 1972, pp. 60-63; Massini-Correas, 2008b, p. 220). Por supuesto que, de ser así las cosas, resulta manifiesto que toda la problemática de los bienes humanos y en especial de las dimensiones del bien humano común, adquieren en el proceso interpretativo una relevancia destacada.

6.

## INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y DERECHO NATURAL

Esta última problemática remite necesariamente a la cuestión de cuál es la relevancia del reconocimiento - o no reconocimiento - de la existencia de un derecho natural para la concepción, alcances y resultados de la interpretación jurídica. Dicho en otras palabras, se trata de saber si la adopción de una perspectiva iusnaturalista implica alguna diferencia en lo referido al concepto, metodología y sentido de la hermenéutica jurídica, y precisar - si es que existe - cuál es esa diferencia y cuáles son sus consecuencias. A esos efectos, es conveniente precisar aquí que se entenderá aquí por *derecho natural*, en sentido normativo, al conjunto de principios y normas conocidos y determinados por la razón práctica, que prescriben las líneas fundamentales de la actividad humana perfecta (es decir, orientada al bien humano) en el ámbito jurídico (Cfr. Finnis, 2011, pp. 23, 280 y *pássim*). Por su parte, el *iusnaturalismo* es el conjunto de teorías o doctrinas filosófico-prácticas que estudian, explican, desarrollan y precisan los principios y normas del derecho natural.

Estas doctrinas se constituyen en oposición a las diferentes formas del *constructivismo jurídico*, es decir, de las diferentes teorías que sostienen que los contenidos del derecho normativo son el resultado exclusivo de meras construcciones de la razón humana. Los puntos de partida de esta construcción pueden ser los intereses ideológicos (*Critical Legal Studies*), las clases económicamente dominantes (Marxismo), los poderes del estado (Positivismo estatista), ciertos procedimientos o procesos elaborados por la praxis del lenguaje social (Constructivismo lingüístico) y otros varios (Villa, V., 2011, pp. 52-112 y *pássim*). Pero el núcleo de estas teorías radica siempre en que los contenidos jurídicos no le deben nada a la realidad de las cosas humanas, ni a valores éticos objetivos, ni a las dimensiones del bien humano, ni a nada que no sea la creación autónoma del hombre, totalmente “emancipada” de condicionantes o constricciones externas a esa misma creación humana.

Por el contrario, las diferentes versiones de la teoría del derecho natural son constitutivamente *realistas*, es decir, sostienen que las normas jurídicas tienen una referencia a ciertas realidades prácticas que trascienden el plano de lo jurídico-positivo, a las que se denomina *derecho natural*. Pero esto no significa que el conocimiento y aplicación de esas realidades sea meramente receptivo, o pasivo, o estático, o a-histórico, o mecánico (Llano, 2015, pp. 22 y *passim*). Por el contrario, la razón humana cumple en referencia al derecho natural no sólo una función cognitivo-receptiva, sino también una tarea activa y creativa de inferencia y determinación, para limitarnos a las dos formas de concreción del derecho estudiadas por



Tomás de Aquino. Pero siempre el punto de partida del razonamiento iusnaturalista habrá de ser alguna realidad, en este caso una realidad práctica, constitutivamente independiente de la creación humana (Porter, J., 2005, pp. 53-139).

Ahora bien, ¿qué significado y consecuencias tiene la aceptación de principios y normas de derecho natural para la interpretación jurídica? Dicho sintéticamente, la mayoría de las doctrinas iusnaturalistas sostienen que, en el caso de la interpretación jurídica, ésta tiene un referente práctico-valorativo al que remite esa interpretación. El texto jurídico interpretado hace referencia en esta perspectiva a la exigencia práctica de ciertas conductas, o tipo de conductas (que pueden ser de abstención), que promueven, respetan, actualizan, favorecen o concretan alguna de las dimensiones del bien humano en el ámbito de la convivencia socio-política (Massini-Correas, 2008, pp. 35-58). Y estas exigencias son formuladas por los principios o normas del derecho natural, que establecen deónticamente estas exigencias y que funcionan como justificación racional de la interpretación de los textos, y de su apertura y ordenación a las realidades natural-prácticas concretas (Gómez Lobo, 2006, pp. 83-109). Expresado en otras palabras: el proceso o praxis interpretativa tiene su punto de partida en los textos jurídico-normativos positivos, a partir de los cuales se indaga y precisa el sentido de la norma-proposición, para lo cual es necesario una referencia a ciertas realidades prácticas. Como ya se ha visto, estas realidades consisten principalmente en las relaciones de adecuación, inadecuación, posibilidad, etc., existentes entre una conducta determinada - o un tipo de conductas - y una concreción o instancia de un bien humano en su realización social. Ahora bien, estas relaciones pueden tener un fundamento o justificación racional de dos tipos: (i) en la misma naturaleza de las cosas humano-prácticas, es decir en los bienes proporcionados a la índole humana, como v.gr. en la exigencia - y la correspondiente tendencia - del viviente humano de permanecer en la existencia, respetando y promoviendo el bien humano de la vida; y (ii) en las disposiciones de la autoridad política, que establecen relaciones de coordinación entre las conductas sociales, promueven ciertas acciones y proscriben otras, con el fin de facilitar, fomentar o prescribir la realización concreta y circunstanciada de algún bien humano y desalentar aquellas acciones que dañan o deterioran algunos de esos bienes en su realización comunitaria (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. a. 2).

Pero conviene destacar además que estas determinaciones, en mayor o menor medida concretas, realizadas y establecidas por la autoridad humana, se vinculan siempre, de modo más o menos inmediato según los casos, con los principios y normas del derecho natural. En otras palabras, no existen normas absoluta e integralmente positivas; en la medida en que son racionales (en sentido integral) y no vulneran ni atacan ningún bien humano básico, se

vinculan necesariamente con los principios normativos de la razón práctica, o principios del derecho natural.

Ahora bien, es a raíz de lo sostenido en el párrafo anterior que la interpretación jurídica adquiere en el iusnaturalismo una cualidad radicalmente *télica o teleológica*, ya que al conocer - determinándola - la dirección precisa que debe asumir la conducta humana jurídica, resulta necesario hacer referencia a los bienes a los que esa conducta se ordena y que son los que justifican racionalmente - es decir, dan razones decisivas para el obrar (Boyle, P., 2001, pp. 177-197) – a las normas concretas que son el resultado de la actividad interpretativa. Porque esta actividad, partiendo de la norma-enunciado o texto normativo, y con la mediación de la realidad deóntica a la que se refiere o designa, establece y comunica (Greenberg, 2011, pp. 217 ss.) la norma-proposición que debe regular el caso concreto que motivó el proceso interpretativo. Pero siempre, aunque sea en última instancia, debe existir una referencia a la relación racional-deóntica que es el fundamento o justificación racional de toda proposición normativo-jurídica (Westberg, 2002, pp. 61-64).

## 7.

### CONCLUSIONES SUMARIAS

Llegado el momento de extraer las conclusiones de los desarrollos realizados, ellas pueden sintetizarse en las siguientes:

**A.** Al abordar la tarea de establecer y precisar los principales elementos de una teoría integral de la interpretación jurídica, es necesario ante todo estructurarla en el marco de un estudio general del *lenguaje*, sus elementos, sus modalidades y sus funciones propias; asimismo, resulta conveniente determinar con rigor la significación de los términos principales que se utilizarán en esa tarea, comenzando por el mismo término “interpretación”;

**B.** En este sentido, un elemento esencial de ese estudio es el que corresponde a la noción de *texto*, que en la mayoría de los trabajos sobre interpretación jurídica se caracteriza por su extrema vaguedad, y que en este estudio se ha procurado definir con cierta acribia y rigor, aunque respetando su innegable carácter polisémico y analógico;

**C.** Asimismo, se han desarrollado las implicancias del carácter constitutivamente *práctico* de la interpretación jurídica, en especial las que hacen mención al carácter referencial de ese tipo de interpretación y a las notas o características que le son propias;

**D.** Con respecto a estas características, se ha estudiado especialmente el carácter primordialmente *objetivo* de la comprensión interpretativa, su modo  *sintético* de acceder a sus resultados y la índole *télica o finalista* de la elaboración interpretativa en el ámbito del derecho;

**E.** Y con referencia a la función que cumple del *derecho natural* - y el iusnaturalismo que lo estudia - en la actividad de interpretación del derecho normativo positivo, corresponde destacar que el referente último de esa actividad son las realidades deóntico-naturales que ordenan la conducta humana a la realización - en el ámbito o dimensión jurídica - del perfeccionamiento en que consiste el bien humano y que se expresan a través de los principios del derecho natural; esto supone una concepción *realista* y no meramente constructivista de las realidades jurídicas, entre ellas, de la actividad interpretativa;

**F.** Por supuesto que los desarrollos realizados en este lugar se caracterizan por su brevedad y *parquedad argumentativa*, por lo que habrán de ser completados y continuados en un trabajo posterior de más largo alcance y mayor amplitud en los análisis y razonamientos.

---

Para citación: Massini Correas, Carlos, *Interpretación jurídica y derecho natural*, en *Revista de Derecho* N° 19 (jul.-2019), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 31-47

---

Contribución 100% Carlos Ignacio Massini Correas

---

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Ed. J. Marías, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970.
- Aristóteles, *Metafísica*, Ed. V. García Yebra, Madrid: Gredos 1970.
- Aristóteles, *Categorías*, Ed. J. Mittelmann, Buenos Aires: Losada, 2009.
- Betti, E., *Teoria generale della interpretazione*, 2 Vols., Milano: Giuffrè, 1955.
- Bioy Casares, Adolfo, *Borges*, Barcelona: Planeta, 2011.
- Blanché, R., *Le raisonnement*, Paris: PUF, 1973.
- Boyle, P., “Reasons for Action: Evaluative Cognitions that Underlie Motivations”, en *The American Journal of Jurisprudence*, N° 46 (2001), Notre Dame-Indiana.

- Canale, D., *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Padova: CEDAM, 2003. Casaubon, J.A., *Palabras, ideas, cosas. El problema de los universales*, Buenos Aires: Candil, 1984.
- Finnis, John., *Natural Law and Natural Rights*, 2a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Fuller, Lon., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven & London, 1969.
- Gadente, Volker, *Filosofía de la psicología*, trad. D. Romero, Barcelona: Herder, 2006.
- Greenberg, Mark, "Legislation as Communication. Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication", en AA.VV., *Language in the Law*, Ed. A. Marmor & S. Soames, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Guastini, Ricardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, Ciudad de México: Porrúa-UNAM, 2003.
- Husson, Suzzane (Ed.), *Interpréter le De Interpretatione*, Paris: Vrin, 2009.
- Kalinowski, George., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. E. Marí, Buenos Aires: EUDEBA, 1979.
- Kalinowski, George, "Filosofía y lógica de la interpretación en derecho", en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, trad. C.I. Massini-Correas, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
- Kalinowski, George, *La logique deductive. Essai de présentation aux juristes*, Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- Keys, Mary, *Aquinas, Aristotle, and the Promise of the Common Good*, New York. Cambridge University Press, 2006.
- Llano, Alejandro, *Teoría del conocimiento*, Madrid: BAC, 2015.
- Massini-Correas, Carlos I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, México D.F.: Porrúa, 2008.
- Massini-Correas, Carlos I., *Filosofía del derecho - III - El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008b.
- Massini Correas, Carlos I., "Nota sobre el concepto de derecho", en *Sapientia*, N° 225-226 (2009), Buenos Aires.
- Moore, M.S., "Interpreting Interpretation", en AA.VV., *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Ed. A. Marmor, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- O'Callaghan, John P., *Thomistic Realism and the Linguistic Turn*, Notre Dame-Indiana, University of Notre Dame Press, 2003.
- Palacios, Leopoldo E., *El análisis y la síntesis*, Madrid: Encuentro, 2005.

- Porter, Jean, *Nature as Reason. A Thomistic Theory of the Natural Law*, Grand Rapids-Michigan/Cambridge-UK, Eerdmans Publishing Company, 2005.
- Raz, Joseph, “Why Interpret?”, en *Ratio Juris*, N° 9-4 (1996), Oxford.
- Ricoeur, Paul, “Qu’est-ce qu’un texte?”, en *Du texte à l’action. Essais d’herméneutique, II*, Paris: Éditions du Seuil, 1986.
- Sanguinetti, Juan José, *El conocimiento humano. Una perspectiva filosófica*, Madrid: Palabra, 2005.
- Schauer, Frederick, *The Force of Law*, Cambridge-Massachusetts/London, Harvard University Press, 2015.
- Simon, Yves R., *Practical Knowledge*, New York: Fordham University Press, 1991.
- Villa, Vittorio, *Constructivismo y teorías del derecho*, México: UNAM, 2011.
- Westberg, Daniel, *Right Practical Reason. Aristotle, Action and Prudence in Aquinas*, Oxford: Clarendon Press 2002.
- Wróblewski, J., “L’interprétation en droit: théorie et idéologie”, en *Archives de Philosophie du Droit*, N° XVII (1972), Paris.

# Argumentos positivistas en la era postpositivista\*

Positivist arguments in the Post-positivist Age

Argumentos positivistas na era Postpositivista

*Ricardo Marquisio*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad de la República

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6376-8533>

DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1733>

Conferencia

**Resumen:** Denomino era postpositivista al estado de la teoría jurídica posterior al “debate Hart-Dworkin” en el cual el positivismo ha perdido la ambición que lo caracterizara a lo largo de la historia y que lo hacía distintivo en su confrontación con el iusnaturalismo: dar cuenta de una normatividad específicamente jurídica, compatible con el escepticismo o la postura evitativa acerca de la existencia de una moral objetiva. En la era postpositivista, asociada a un proceso de constitucionalización que abarca a la propia filosofía del derecho, conviven múltiples propuestas orientadas a dar cuenta de la normatividad jurídica y compatibles con la tesis social, que hoy es el mínimo común en el que convergen los positivismos contemporáneos. El objeto de este trabajo es:

(I) identificar algunos requisitos que, en el marco de los desafíos del

---

Recibido: 28/06/18 Evaluado: 16/07/18. Aceptado: 18/07/18.

\*Conferencia preparada para el Workshop de Filosofía del Derecho y corregida como artículo, original e inédito, para su publicación en el dossier. Evaluado positivamente por pares, sistema doble ciego.

**Ricardo Marquisio:** Abogado (UdelaR) y doctor en Filosofía (UBA), profesor de Filosofía y Teoría General del Derecho, UdelaR. Miembro de la Academia Nacional de Filosofía del Derecho, Argentina. [rmarquisio@gmail.com](mailto:rmarquisio@gmail.com)

antiformalismo, auto-restricción de los intérpretes e intencionalidad de la interpretación, contingencia del mundo social.

**Palabras claves:** positivismo jurídico, postpositivismo, iusnaturalismo, normatividad jurídica

**Abstract:** I call Post-positivist Age the status of legal theory after the "Hart-Dworkin debate" in which positivism has lost the ambition that characterized it throughout history and that made it distinctive in its confrontation with Natural Law Theory: to give account of a specifically legal normativity, compatible with the skepticism or the avoidant position about the existence of an objective morality. In the Post-positivist Age, associated with a growing constitutionalization process that encompasses the philosophy of law itself, there are multiple proposals aimed at giving account of legal regulations and compatible with the social thesis, which currently is the common minimum in which the contemporary positivisms converge. The purpose of this paper is: (I) to identify some requirements that, within the framework of the challenges of constitutionalism, the positivist arguments should fulfill; (II) present some positivist emphases, based on the moral relevance of the distinction "to be / should be" of the law: anti-formalism, self-restriction of interpreters and intentionality of interpretation, contingency of the social world.

**Key words:** legal positivism, postpositivism, law natural theory, legal normativity **Resumo:** Eu chamo de era pós-positivista o status da teoria jurídica após o "debate de Hart-Dworkin", no qual o positivismo perdeu a ambição que o caracterizou ao longo da história e que o distinguiu em seu confronto com a lei natural: consideração de uma normatividade especificamente legal, compatível com o ceticismo ou com a posição de evitar a existência de uma moralidade objetiva. Na era pós-positivista, associada a um crescente processo de constitucionalização que engloba a própria filosofia do direito, existem múltiplas propostas voltadas para a contabilização de normas legais e compatíveis com a tese social, que hoje é o mínimo comum em que os positivismos contemporâneos. O objetivo deste trabalho é: (I) identificar alguns requisitos que, no quadro

---

## INTRODUCCIÓN

Uno de los éxitos más evidentes del constitucionalismo<sup>2</sup>—en especial en el mundo latino- es haber logrado la constitucionalización no ya del derecho sino de la propia filosofía del derecho<sup>3</sup>. La discusión contemporánea sobre la actualidad y relevancia del positivismo se centra en su compatibilidad con una cierta visión de las constituciones contemporáneas a las que se atribuye un rol fundamental en dar una identidad específica a los sistemas jurídicos. Las constituciones contemporáneas son, con escasas excepciones, *largas*<sup>4</sup>, en el sentido de incluir la mención de valores, principios y derechos vagos y abstractos que dan lugar a distintos modelos normativos para su determinación. La discusión tomó, a fines del siglo XX, la forma con la que hoy estamos familiarizados, cuando se acuñó el término neoconstitucionalismo para denotar una corriente teórica cuyo rasgo distintivo consiste en tomar a la constitución como un programa axiológico, un orden objetivo que debe ser abordado desde

---

<sup>2</sup> Por *constitucionalismo* puede entenderse una actitud hacia la Constitución consistente en tomarla como un valor autónomo a la par con otros que dan sentido al orden social (libertad, igualdad, justicia) y cuya realización justifica sacrificios en algunos de ellos. Ver Ricardo Marquisio “Creencias y razones constitucionales. Algunos problemas conceptuales y normativos del Estado (neo)constitucional”. *V Encuentro Internacional de CONPEDI* (2016), disponible en <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/910506b2/25pb1zq5/pjRqS74QN21B9Y7o.pdf>.

<sup>3</sup> Concibo a la filosofía del derecho como una rama de la filosofía de la práctica que comparte con las otras (filosofía moral y política) una preocupación central por el problema de la normatividad. Un desarrollo de esta idea se encuentra en Ricardo Marquisio, “Teoría del derecho y filosofía moral”, *Revista de la Facultad de Derecho, UDELAR*, 38 (2015). Para dos caracterizaciones recientes de la filosofía del derecho centradas en la dimensión valorativa de las prácticas jurídicas, que la conciben, respectivamente, como una filosofía de la práctica y como un proyecto *metanormativo*, análogo a la metaética entendida como una actividad hermenéutica o interpretativa: Jesús Vega, “La filosofía del derecho como filosofía práctica”, *Revus, Journal of Constitutional Theory and Philosophy of Law* (2017), disponible en <https://journals.openedition.org/revus/3990>; David Plankett & Scott. Shapiro, “Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry”, *Ethics*, 128 (2017).

<sup>4</sup> Las constituciones contemporáneas suelen ser consideradas documentos que exceden con amplitud la clásica de dar forma al gobierno del Estado y poner límite normativo al ejercicio del poder. Se suele atribuir a los estados constitucionales contemporáneos una *dimensión ético-sustantiva* caracterizada por una constitución larga (con disposiciones que refieren a principios, derechos y valores sustantivos), rígida (esas disposiciones son consideradas como difícilmente derogables o no derogables) y garantizada por un control judicial (en general, se confiere a algún órgano jurisdiccional la última palabra en la interpretación de la Constitución). Cf. Pau Luque, *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores y el Estado constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2014).



una perspectiva normativa incompatible con el positivismo jurídico. La etiqueta *neoconstitucionalismo* ha sido creado y utilizada de modo predominante por críticos del modelo y pocos teóricos de relevancia a los que se les atribuye la aceptan de buen grado. Sin embargo, muchos autores que no aceptan ser *neoconstitucionalistas* sí sostienen que las constituciones largas impactan en el tipo de teoría que es pertinente formular y que el positivismo jurídico es afectado de modo particular por el modo contemporáneo de entender las enunciaciones de principios y derechos.

Por tanto, la discusión sobre el sentido y la relevancia de las constituciones contemporáneas se ha solapado con un debate sobre la vigencia del positivismo jurídico. Ese impacto es entendido por los defensores del constitucionalismo en diferentes sentidos. Algunos entienden que la constitucionalización del orden jurídico requiere una respuesta positivista<sup>5</sup> o es, al menos, compatible con ella<sup>6</sup>. Para otros, la incorporación de principios morales en la Carta es una razón suficiente para dejar atrás el positivismo jurídico y suplantarlo por alguna forma de no positivismo<sup>7</sup> o constitucionalismo postpositivista<sup>8</sup>. El debate sobre las constituciones y el positivismo abarca múltiples cuestiones: la relevancia de la distinción reglas/principios; la existencia o no de una moral objetiva; el carácter normativo o descriptivo de la teoría del derecho. El punto focal de esta disputa es la propia forma en que hay que concebir al positivismo jurídico.

---

<sup>5</sup> Tal es el caso de Ferrajoli, para quien, el rasgo distintivo del constitucionalismo es la existencia, en el derecho positivo, de una *lex superior* a la legislación. El positivismo (garantista), según Ferrajoli, tiene la virtud de asegurar, al mismo tiempo: la identificación formal de esa *lex superior*; el cumplimiento de la promesa de justicia sustantiva de la *lex superior*, sin necesidad del recurso a una moral objetiva, es decir, de modo compatible con el escepticismo y el relativismo, evitando así el absolutismo moral; una comprensión de los derechos como reglas, frente a otros modelos (iusnaturalistas y postpositivistas) que los debilitan al tomarlos como principios. Ver Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, 34 (2011).

<sup>6</sup> Tal es el planteo del *constitucionalismo incorporacionista* que postula que la mención de principios y derechos debe ser entendida a la manera positivista, como la incorporación contingente, por un hecho social institucional como es la sanción de una Constitución larga, de conceptos morales que funcionan, en general, como *defeaters* de la aplicación de reglas legislativas y de las competencias de las autoridades jurídicas. Ver Juan José Moreso, “Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”, *Doxa*, 34 (2011).

<sup>7</sup> Esa es la postura de García Figueroa —uno de los pocos autores que, en la teoría del derecho, aceptan la *neoconstitucionalismo*— que atribuye al positivismo la condición de modelo de reglas aplicables por subsunción y al margen de valores morales, incompatible con el Estado constitucional de derecho, que requiere que todas las normas sean entendidas como principios solo inteligibles de modo interpretativo y argumentativo. Ver Alfonso García Figueroa, “Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, 34 (2011).

<sup>8</sup> El *constitucionalismo postpositivista* comparte con el incorporacionismo la idea de que las constituciones largas son relevantes para dar una identidad particular, cargada de conceptos morales, a los órdenes jurídicos. Rechaza, sin embargo, al positivismo por considerarlo una teoría esencialmente descriptiva del derecho, compatible con el escepticismo valorativo e irreconciliable con la postura argumentativa y objetivista moral que reclama el Estado Constitucional. Ver Manuel Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, V. 15 (2014); Manuel Atienza, M. & Juan Ruiz Manero, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Salgado Pintos* (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006).

Esto nos lleva a una cuestión central: el debate sobre las constituciones largas y la vigencia del positivismo se basa en un malentendido, si se atiende al modo en que este último ha reducido en las últimas décadas su ambición teórica. El positivismo jurídico actual carece de pretensiones normativas y, en tanto se limita a sostener una tesis mínima y virtualmente inmune a la crítica, es compatible con diferentes modelos normativos. El postpositivismo puede entenderse no como un tipo de teoría alternativa o superadora del positivismo, sino como un estado de la cuestión teórica donde cualquier modelo que se proponga para dar cuenta de la normatividad del derecho va más allá del positivismo jurídico.

## 1.

### LA CONTRAPOSICIÓN IUSNATURALISMO VS. POSITIVISMO

A lo largo de la historia se han contrapuesto dos modelos globales de teoría jurídica: el positivismo y el iusnaturalismo<sup>9</sup>. En esa dicotomía, cuyos términos pueden rastrearse hasta los sofistas y Platón, cada tradición ha representado una visión unificada sobre la naturaleza, la validez y la normatividad del derecho. El positivismo, asociado con las tesis del derecho

<sup>9</sup> Algunas fuentes son compartidas por ambas tradiciones, lo que sugiere que la dicotomía entre ellas no es tan profunda como muchas veces se plantea. Esto se puede ilustrar con dos autores de gran relevancia en ambas. Hobbes es considerado un pilar del positivismo jurídico que anticipó la imagen del derecho como unión de reglas primarias y secundarias que hizo célebre a Hart. Hobbes planteó con claridad la distinción entre dos tipos de juicios sobre las reglas, según se considere su moralidad o su validez, además de argumentar sobre el valor social de disponer de la legislación autoritativa como mecanismo de acción común frente a los desacuerdos morales y de interés que resultan inevitables en la sociedad (Jeremy Waldron, “Legal and Political Philosophy”, en *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (New York: Oxford University Press, 2002): 366-367. Sin embargo, el autor del *Leviatán* también es considerado parte de la tradición iusnaturalista pues su argumento sobre la necesidad de un soberano legislador se funda en las exigencias de la razón, como ley natural identificable por los seres humanos, frente a la alternativa de un estado natural caracterizado por el miedo, la prevalencia del autointerés y la guerra potencial generalizada. La paz hobbesiana es un bien común (aunque en sentido débil y agregativo: cada agente se concibe como procurando, por mandato de su propia razón, la paz para sí mismo) que funciona como premisa para el razonamiento sobre naturaleza y las formas de la autoridad política (Mark Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 62-63). A su vez, Tomás de Aquino, es uno de los máximos referentes de la tradición iusnaturalista, en tanto presenta la distinción detallada —en el contexto de un sistema teológico y moral del cual el derecho es solo una pequeña parte— entre la ley natural y la ley positiva, distinguiendo los modos en que la segunda puede ser considerada una derivación de la primera, que en algunos casos implican una única regulación necesaria (la prohibición de matar, por ejemplo) y en otros requieren un proceso de determinación que deja importante espacio para la elección humana (la provisión de bienes públicos, por ejemplo) (Brian Bix, *Jurisprudence*. Durham: Carolina Academic Press, 2009, pp. 69-73). No obstante, Finnis, el más relevante autor del iusnaturalismo contemporáneo reivindica a Aquino como una de las fuentes del positivismo jurídico al considerar al derecho positivo como una categoría distinta y dotada de autonomía, relevante por sí misma con independencia de la ley moral. La mayoría de los contenidos del derecho no reproducen ni son deducibles de requerimientos morales y pueden ser estudiados como el producto de la deliberación y la acción humana. Incluso las partes que sí reproducen los requerimientos de la moral objetiva son concebidas —y pueden ser estudiadas— como partes de un todo, donde la propia introducción de la regulación positiva por las fuentes sociales cobra relevancia en la deliberación práctica (Cf. John Finnis, “The Truth in Legal Positivism”, en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. New York: Oxford University Press, 1999).

como mero artefacto social por naturaleza, la validez como forma o procedimiento de creación de reglas y la normatividad jurídica como independiente de la obligatoriedad moral. El iusnaturalismo vinculado a las tesis de las razones para la acción como rasgo esencial del fenómeno jurídico, la imposibilidad de distinguir por completo entre validez jurídica y validez moral de las normas, y la introducción necesaria de consideraciones de moral y justicia a la hora de determinar la normatividad jurídica.

El Estado contemporáneo tiene potestades que ningún particular o conjunto de particulares posee (definir quienes integran la categoría personas o sujetos de derecho, distribuir de manera general derechos y obligaciones, imponer coercitivamente sus prescripciones). Asumido esto, la gran pregunta que divide a las tradiciones positivista y iusnaturalista refiere al modo (pleno) de ser de la propia autoridad jurídica y el sentido distintivo en que pueden ser consideradas obligatorias sus prescripciones. Esto es, a la normatividad del derecho<sup>10</sup>.

Como teoría jurídica, el positivismo en todas sus variantes planteó que la descripción apropiada del derecho constituye una tarea valiosa y posible, asumiendo la necesidad de separar de manera estricta los juicios sobre el contenido de la ley actual de aquellos vinculados a los modos en que esta debería conservarse o ser modificada. La diferencia entre lo que el derecho es y lo que el derecho debería ser es tomada como el supuesto fundante (o quizás *dogma*) del positivismo<sup>11</sup>. A partir de este supuesto los principales referentes de la tradición como Benthan, Austin y Kelsen elaboraron teorías descriptivas que, al mismo tiempo que daban cuenta del derecho que “es” (desde alguna caracterización abstracta sobre su naturaleza), presentando explicaciones formales de la validez jurídica, planteaban soluciones “no morales” al problema de su normatividad. Esa metodología requería dar respuestas coherentes a las preguntas sobre la naturaleza (las condiciones necesarias y suficientes para que pueda considerarse a un estándar de conducta como *jurídico*) y la normatividad del derecho (el sentido distintivo en que obligan dichos estándares). Las soluciones de estos autores convergían en las tres tesis con que se identificaba conceptualmente al positivismo (fuentes sociales, separación del derecho y la moral, y discrecionalidad judicial) aunque variaban de modo significativo. En el caso de Austin<sup>12</sup>, el derecho se reducía a un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y su normatividad derivaba del hábito de obediencia. Para Kelsen, en un enfoque anti-reduccionista, el derecho consistía en un sistema de normas válidas respaldadas por sanciones institucionalizadas, y su normatividad derivaba del supuesto de la norma básica

---

<sup>10</sup> William Conklin, *The Invisible Origins of Legal Positivism*. (New York: Springer, 2001), p. 2-3.

<sup>11</sup> Brian Bix, *Jurisprudence* (Durham: Carolina Academic Press, 2009), p. 33.

<sup>12</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Indianapolis: Hackett Publishing Company Inc., 1954).

fundante (que ha sido entendida tanto como una especie de argumento trascendental sobre la posibilidad del derecho o como una mera ficción que hace posible pensar *lo jurídico*)<sup>13</sup>.

Para la tradición iusnaturalista el problema de la normatividad jurídica se entiende ligado a un supuesto constitutivo de la razón práctica: la existencia, pese a la variedad de opiniones y prácticas sociales, de estándares de conducta verdaderos y válidos. Más allá de sus diferencias (principalmente en la plausibilidad que conceden al escepticismo a la hora explicitar los requerimientos de una moral objetiva), tanto la doctrina clásica del derecho natural como la moderna (aunque la primera es más clara en ese punto), ubican su punto focal de discrepancia con el positivismo en el problema de la normatividad del derecho y no en la posibilidad de su identificación. El derecho, como guía de la conducta, tiene una doble condición inherente: normas autoritativas que provienen de decisiones pasadas de las autoridades de la comunidad organizada; razones destinadas a la deliberación práctica de los agentes humanos que pretenden actuar (justamente) de acuerdo con el derecho. Cuando las reglas de las fuentes sociales son moralmente defectuosas (al menos a partir de cierto grado) los estándares de la ley natural, objetivamente verdaderos deben aplicarse para corregirlas o, eventualmente, dejarlas de lado. La ley positiva es normativa en cuanto cumple un fin moral –de acuerdo con principios verdaderos independientes de las opiniones particulares –y deja de serlo cuando sus defectos graves le impiden cumplir tal finalidad<sup>14</sup>.

Puede concluirse que hasta la publicación de la obra seminal de Hart<sup>15</sup>, los debates entre positivistas e iusnaturalistas eran, en esencia, sobre la objetividad moral y la normatividad jurídica. Los iusnaturalistas defendían que una moral objetiva era relevante y justificable, legitimando y, al mismo tiempo, condicionando la obligatoriedad efectiva del derecho. La moral objetiva iusnaturalista puede entenderse, en general, en términos de una metaética realista: al menos algunos estándares morales se consideran con validez independiente de cualquier mente y verdaderos (en el mismo sentido en que los hechos pueden ser considerados verdaderos) más allá de las opiniones divergentes de diferentes individuos y comunidades. Los positivistas en cambio, aunque no necesariamente sostenían el escepticismo o relativismo moral, consideraban que la normatividad jurídica podía ser justificada sin necesidad del respaldo de una moral objetiva, y resultaba compatible con una metaética antirrealista.

<sup>13</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México D.F.: UNAM, 1979). Sobre la norma básica fundante como respuesta al problema de la normatividad jurídica, ver Joseph Raz, “Kelsen Theory of the Basic Norm”, en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (New York: Clarendon Press, 1998). Sobre el antirreduccionismo de Kelsen, ver Andrei Marmor, *Philosophy of Law*. (Princeton: Princeton University Press, 2011), p. 12-34.

<sup>14</sup> Ver John Finnis, “Natural Law: The Classical Tradition”, en *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (New York: Oxford University Press, 2002).

<sup>15</sup> Herbert L.A Hart, *The Concept of Law* (New York: Clarendon Press, 1961).

Hart intentó resolver el problema a través de una suerte de una *sociología normativa*, basada en las creencias convergentes de los participantes de la práctica jurídica. La adopción del punto de vista del participante como definitorio de aquello que corresponde describir a la teoría jurídica constituye un verdadero *giro hermenéutico* en el abordaje de la cuestión normativa<sup>16</sup>. Según Hart, quien acepta un sistema jurídico tiene una razón específica para comportarse del modo en que las reglas del sistema prescriben, aunque esa razón no sea necesariamente moral. A diferencia de las órdenes del asaltante que solo puede hacerme *sentir obligado* a entregarle mi dinero por temor a sufrir un daño mayor que la pérdida de éste, las reglas de derecho válido obligan en virtud de su aceptación por los participantes. Sin embargo, su eficacia normativa *consideradas todas las circunstancias* puede ser nula: puede ocurrir que, aún para quienes las han aceptado, existan razones morales para no obedecerlas o incluso para desafiarlas abiertamente.

Aunque la respuesta de Hart al problema de la normatividad jurídica pueda considerarse deficitaria, su premisa metodológica iluminó la discusión posterior. Una vez reconocido que la normatividad del derecho depende de la postura de un agente normativo (punto de vista interno) el debate se traslada, por tanto, a la plausibilidad de alguna caracterización (interna o externa) de la agencia en cuestión. La existencia y posibilidad de identificación de razones jurídicas tienen como condición necesaria la aceptación de una perspectiva específica: el punto de vista jurídico, es decir, la postura de quien, en el marco de un sistema institucionalizado (reglas que hacen posible ciertas prácticas sociales), adopta el compromiso normativo de actuar por un cierto universo restringido de razones (jurídicas) y de no actuar en base a las razones que entren en conflicto con éstas<sup>17</sup>.

## 2.

---

### LA AMBICIÓN MÍNIMA DEL POSITIVISMO CONTEMPORÁNEO

El denominado “debate Hart-Dworkin” tuvo como consecuencia una importante reformulación del positivismo. Dworkin libró una “guerra global” contra el positivismo, centrándose en la imposibilidad de que el derecho de las fuentes sociales obligara en ningún sentido relevante, antes de ser objeto de una interpretación constructiva, la cual requiere una

---

<sup>16</sup> Bix, *Jurisprudence*, 36-37.

<sup>17</sup> Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*. (New York: Oxford University Press, 1999), p. 143.

reconstrucción evaluativa e histórica del ordenamiento para presentarlo en su mejor lectura posible. Al mismo tiempo, alegó la imposibilidad de que el intérprete del derecho asumiera una postura escéptica valorativa, distinguiendo entre el escepticismo externo y el interno, para argumentar que solo el segundo era plausible para los participantes de alguna práctica social, e implicaba el compromiso con la existencia de respuestas objetivas a los problemas planteados por dicha práctica, aunque estas respuestas nunca puedan considerarse fácilmente accesibles o no controversiales<sup>18</sup>.

Una consecuencia directa de estos ataques fueron los intentos de reformulación del positivismo para rechazarlos o para mostrar que resultan, en última instancia, compatibles con sus supuestos básicos. Las disputas internas del positivismo post “debate Hart-Dworkin” se han centrado en la viabilidad de la denominada tesis de la incorporación, que divide a inclusivos y excluyentes<sup>19</sup>. Pero otra consecuencia, no menos relevante, es que el positivismo reformulado dejó de intentar, como tal, dar respuesta al problema de la normatividad del derecho<sup>20</sup>.

Lo que unifica las diversas visiones de los positivistas contemporáneos es considerar al derecho como fundamentalmente social en su naturaleza, un artefacto humano cuya existencia y contenido depende, en última instancia, de hechos sociales. Según la tesis social, lo típico del derecho es ser creado por seres humanos a través de instituciones sociales (parlamentos, tribunales, administraciones) y no algún tipo de mérito moral. La tesis social es materia de diferentes interpretaciones entre los positivistas en cuanto a la posibilidad de incorporar, de modo contingente, criterios morales de identificación jurídica; a cómo caracterizar los hechos sociales identificatorios (convencionalismos constitutivos y regulativos; no convencionalismos) y a la viabilidad de una explicación reductiva de la validez jurídica<sup>21</sup>. De la tesis social no puede deducirse un vínculo determinado entre la moral y el derecho. La tesis de la separabilidad (hay sistemas jurídicos posibles donde no figura la correspondencia con principios morales entre las condiciones de verdad de ninguna proposición jurídica),

---

<sup>18</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1977); Ronald Dworkin, *Law's Empire* (New York: Harvard University Press, 1986). Una detallada reconstrucción del “debate” se encuentra en Scott Shapiro, “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en *Ronald Dworkin* (New York: Cambridge University Press, 2007).

<sup>19</sup> Ver Juan José Moreso, “Positivism contemporáneo”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I. (México DF: UNAM, 2015).

<sup>20</sup> Marquisio, “Teoría del derecho y filosofía moral”.

<sup>21</sup> Leslie Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, Vol 83 (2008); Julie Dickson, “Legal Positivism: Contemporary Debates”, en *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. (New York: Routledge, 2012).

que a menudo se atribuye genéricamente a los positivistas contemporáneos<sup>22</sup>, es rechazada por algunos de ellos<sup>23</sup>.

La tesis social significa, tal como afirma Gardner, que, en un sistema jurídico cualquiera, si una norma es válida y, por tanto, si forma parte del derecho de ese sistema, ello depende de las fuentes del sistema y no de sus méritos. Esta tesis es, por sí misma, “normativamente inerte”, es decir, no provee ninguna guía sobre lo que alguien debería hacer en ocasión alguna<sup>24</sup>. La existencia del derecho, socialmente identificado, no determina (sin premisas adicionales sobre las bondades de cierto orden o estándar en particular), desde el punto de vista normativo, lo que deben hacer sus destinatarios<sup>25</sup>.

La ambición del positivismo contemporáneo es, entonces, deliberadamente mínima. Si tomamos a los dos problemas fundamentales de la teoría jurídica, la naturaleza y la normatividad del derecho, encontramos que el positivismo solo plantea respuestas parciales con relación al primero y no tiene nada que decir –*qua positivismo*– con relación al segundo. El positivismo jurídico no puede entenderse actualmente como una teoría completa sobre la naturaleza del derecho y ningún teórico puede ser exclusivamente positivista<sup>26</sup>. Es verdad que hay autores que continúan utilizando el término “positivismo” para hacer referencia a tesis que van mucho más allá de esa mínima ambición. Por ello, Raz –en el contexto de su debate con el no positivismo de Alexy– concluye en la conveniencia de dejar de lado la etiqueta positivismo por los malentendidos que genera en la discusión sobre las pretensiones normativas del derecho<sup>27</sup>.

La tesis social se ha impuesto como virtualmente no controversial, pues, aunque cuestionen por diferentes razones al positivismo, no la rechazan las distintas versiones del iusnaturalismo<sup>28</sup>, constitucionalismo postpositivista<sup>29</sup> e interpretativismo<sup>30</sup> precisamente por permanecer en silencio sobre la posibilidad de que el derecho creado e identificado necesi-

---

<sup>22</sup> Alexander Somek, *The Legal Relation. Legal Theory After Legal Positivism*. (New York: Cambridge University Press, 2017).

<sup>23</sup> Christopher Taggart, “How Can Positivism Account for Legal Adjudicative Duty”, *Oxford Legal Studies*, Vol 33, N° 1 (2013).

<sup>24</sup> John Gardner, “Legal Positivism: 5½ Myths,” en *American Journal of Jurisprudence*, 46 (2001).

<sup>25</sup> Julie Dickson, “Legal Positivism: Contemporary Debates”.

<sup>26</sup> Leslie Green (2009), “Legal Positivism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.), URL = [http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-](http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/)

<sup>27</sup> Joseph Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Portland: Hart Publishing, 2007). Una reconstrucción del “debate” Raz-Alexy se encuentra en Paula Gaido, *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz* (Madrid: Marcial Pons, 2011).

<sup>28</sup> Ver John Finnis, “The Truth in Legal Positivism”; John Finnis “Natural Law: The Classical Tradition”.

<sup>29</sup> Manuel Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo...”.

<sup>30</sup> Ronald Dworkin, *Justice For Hedgehogs* (Cambridge, MA: Belknap Press, 2011).

riamente en el marco de instituciones sociales, dirija en el sentido correcto la conducta de sus destinatarios.

El positivismo contemporáneo subraya la importancia de este punto, en tanto el derecho, como cualquier artefacto humano, puede ser utilizado con fines acordes al bien común o para horrendos propósitos tales como la comisión de genocidios. En particular, porque hace posible el ejercicio masivo de agencia colectiva al coordinar las acciones de un gran número de individuos a través de planes autoritativos que las instituciones permiten conocer y seguir<sup>31</sup>. La naturaleza social del derecho y sus típicos rasgos institucionales (la presencia de funcionarios especializados en crear e identificar normas es el más saliente) de los que da cuenta el positivismo, son esencialmente falibles, y hacen posible no solo fines moralmente inobjetables sino también formas específicas de inmoralidad<sup>32</sup>. Las posibilidades de las instituciones jurídicas de crear tanto bien como mal son inmensas, lo que proporciona un argumento para que, desde la sola caracterización de lo jurídico por la tesis social, se deje abierta la cuestión de la normatividad de las prescripciones de cualquier sistema.

Ello no implica que el problema de la normatividad desaparezca ni tampoco que no sea relevante para la teoría jurídica. Los autores que se identifican como positivistas también se pronuncian sobre la normatividad del derecho, pero no lo hacen estrictamente desde su condición de positivistas -en tanto, de modo inevitable, van más allá de la tesis social- sino como partes de proyectos teóricos más abarcadores que conectan a la teoría del derecho con la filosofía moral y política, y donde muchas veces sus tesis se confunden con las de autores que rechazan la etiqueta positivismo. La opción alternativa para el teórico positivista es el abandono de la cuestión normativa del derecho por considerarla un “pseudo problema”, dejando de lado la vinculación de la validez jurídica con la obligatoriedad y restringiéndola ámbito de la “aplicabilidad”, es decir, limitándose a dar cuenta de las condiciones sistémicas bajo las cuales se puede identificar el derecho aplicable por sus destinatarios sin que esto quiera decir nada sobre lo que deberían hacer éstos, considerando el conjunto de razones (morales, prudenciales) que tengan para actuar<sup>33</sup>.

Puede concluirse que, tras el debate Hart-Dworkin, la filosofía del derecho ha ingresado en una era “postpositivista”, en el sentido de que cualquier teoría que realice afirmaciones sobre la obligatoriedad *específica* del derecho va *más allá* del positivismo jurídico<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Scotto Shapiro, *Legality*. (Cambridge MA: Belknap Press, 2011). Green,

<sup>32</sup> “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”.

<sup>33</sup> Eugenio Bulygin, “¿Está parte de la filosofía del Derecho basada en un error?”, *Doxa*, 27

<sup>34</sup> Mi uso del término postpositivismo es descriptivo de un estado del debate. A diferencia de las constitucionalistas y críticas que se asumen como *postpositivistas*, no pretendo implicar que el positivismo esté equivocado



### 3.

## LA NORMATIVIDAD JURÍDICA EN LA ERA POSTPOSITIVISTA

La tesis social característica del positivismo contemporáneo constituye hoy la piedra de toque de dos abordajes diferenciables en teoría del derecho.

Por un lado, los estudios sistémicos, que presuponen la neutralidad valorativa, describen y analizan las características generales y particulares de los órdenes jurídicos como, por ejemplo, el problema de las fuentes sociales, la reconstrucción de la norma suprema o las especificidades de la práctica constitucional, legislativa y adjudicativa. Los enfoques sistémicos realizan un gran aporte de clarificación sobre la estructura y funcionamiento de los distintos órdenes jurídicos, pero no permiten concluir nada acerca de las razones de los participantes de un sistema jurídico para actuar de modo conforme con las normas que lo integran. En otras palabras, un enfoque puramente sistémico deja siempre la cuestión normativa indeterminada<sup>35</sup>.

Por otro lado, un abordaje normativo sobre el punto de vista jurídico consiste en discutir sobre la postura de quien, en el marco de un sistema institucionalizado (reglas que hacen posible ciertas prácticas sociales), adopta el compromiso de actuar por un universo restringido de razones (jurídicas) y de no actuar en base a las razones que entren en conflicto con éste. El problema fundamental de una caracterización del punto de vista jurídico es su articulación con el punto de vista moral. ¿Si el derecho provee razones para la acción (razones institucionales) cómo puede decirse que éstas obliguen de modo categórico cuando los sujetos a quienes pretenden aplicarse ya están obligados (a hacer lo correcto) por su condición de agentes morales? La moral ya es una autoridad para ellos y se trata de la clase de autoridad que no admite desobediencia<sup>36</sup>.

Una caracterización del punto de vista jurídico debe dar cuenta, a partir de una cierta concepción de la objetividad moral, de cómo las instituciones pueden cumplir un rol especí-

---

en algún punto esencial o sea obstáculo para determinados programas de investigación. Ver Ricardo Marquisio, “Tres modelos de postpositivismo jurídico”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, N° 47 (2017).

<sup>35</sup> Un ejemplo de este tipo de estudios es lo que Guastini denomina *filosofía de la jurisprudencia*. Se trata de un enfoque que toma al derecho como el lenguaje o discurso de las autoridades normativas y a la jurisprudencia como un análisis de segundo grado. A partir de esta categorización, la filosofía del derecho se concibe como un análisis de tercer orden, cuya referencia es el discurso de los juristas, lo que permitiría considerarla como una rama de la filosofía de la ciencia, tomada ésta en sentido amplio. Cf. Riccardo Guastini, *La sintáxis del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 25).

<sup>36</sup> Este problema es conocido como la paradoja de la autoridad: para alguien que ya acepta la moral objetiva como un ámbito de razones que trasciende sus fines y actitudes particulares, las prescripciones de una autoridad política aparecen en principio irracionales o redundantes (sobre el problema de la paradoja de la autoridad ver Ricardo Marquisio, “La idea de una autoridad democrática”, *Revista de la Facultad de Derecho*, UDELAR, N° 40 (2016).

fico en la postura del agente práctico a quien sus exigencias están dirigidas, de modo tal que puedan considerarse normativas. Identificar el derecho supone reconocer criterios de acción perentorios e independientes de contenido, que puedan determinarse en función de reglas creadas por instituciones. Aplicarlo consiste en adoptar decisiones cuyo impacto en el mundo aparezca “ordenado” por el derecho. Ambas deberían ser necesidades de la propia agencia moral para que el punto de vista jurídico sea normativamente relevante.

La pregunta por el punto de vista jurídico conlleva la aceptación de alguna versión de la tesis de las fuentes sociales pues solo se plantea desde una cierta práctica reconocible por un criterio intersubjetivo que las instituciones hacen socialmente disponible. La reconstrucción del punto de vista jurídico requiere el conocimiento de los mecanismos por los cuales las distintas sociedades crean derecho, pero el interés en ellos no es descriptivo, sino normativo: ¿tal como se configuran de hecho, y dados los compromisos constitutivos de un agente moral, pueden proporcionar razones para la acción?

Un ejemplo sobre las pretensiones de los enfoques sistémico y normativo son las afirmaciones teóricas sobre las constituciones largas. Desde una actitud puramente descriptiva, que presupone la tesis social, se puede dar cuenta del hecho de que: I) en una sociedad determinada existe un acuerdo generalizado sobre ciertas reglas atrincheradas (no alterables con la misma facilidad que el resto de las reglas) que se consideran básicas o fundantes con respecto al resto de las reglas del ordenamiento; II) estas reglas atrincheradas incluyen la referencia a valores, principios y derechos, formulados de modo vago y abstracto; III) los agentes relevantes de la práctica jurídica comparten (o no) la creencia en que II) implica la adhesión de la constitución a un programa sustantivo de valores que provee razones para la legislación y adjudicación, es decir, determina el derecho.

La tesis social no es en sí misma un argumento a favor ni en contra del constitucionalismo, entendido como un conjunto de afirmaciones normativas sobre el modo en que la constitución robusta condiciona o determina las prácticas jurídicas, sino un punto de partida desde el que éste puede justificarse o cuestionarse, para lo cual es necesario discutir si: A) ¿Es correcto (descriptivamente) atribuir a una constitución un programa subyacente de valores sustantivos que “constitucionaliza” el orden jurídico? B) ¿Suponiendo que ello es posible, se trata del programa correcto (normativamente), es decir, si se lo compara con un orden moral objetivo? C) ¿En caso de que sea (normativamente) correcto, de qué modo es relevante con relación a las obligaciones de un agente moral autónomo que es capaz de actuar según las razones que ya le provee la moral? D) ¿Es deseable *sustancializar* desde la constitución la democracia, limitando la esfera de lo *decidible* a partir de la expansión de las declaraciones

de derechos? E) ¿Cómo es compatible esa sustancialización con los múltiples desacuerdos contemporáneos sobre cómo debería ser el mundo social?<sup>37</sup>

#### 4.

### EL POSITIVISMO EN LA ERA POSTPOSITIVISTA

¿Tienen algo que decir los herederos actuales del positivismo sobre la constitucionalización de la filosofía del derecho contemporánea y los dilemas normativos que ella plantea?

La respuesta, en mi opinión, es que eso es posible, siempre y cuando se cumplan tres condiciones.

En primer lugar, los argumentos positivistas deben ser entendidos como abiertamente normativos. Para solucionar problemas tales como la existencia o no de una “identidad constitucional”, las implicancias de la mención abstracta de derechos en la creación efectiva de derechos o los límites de la acción legislativa, no es pertinente una mirada distante y neutral. El positivismo debe argumentar por qué la distinción entre el derecho que es y el que debe ser resulta moralmente justificada. En un discurso normativo, la mirada sobre el derecho requiere un equilibrio entre dos tendencias aparentemente contradictorias: la idea de que el derecho es parte de la moral y la idea de que el derecho es un criterio sub-óptimo de acción<sup>38</sup>.

En segundo lugar, los positivistas necesitan asumir –y defender– alguna concepción de la objetividad moral<sup>39</sup>, desde la cual se evalúen las instituciones y se establezcan los compromisos básicos del punto de vista jurídico como necesidad del punto de vista moral.

En tercer lugar, deben dejar de lado la estéril dicotomía *reglas/principios*, originada en un malentendido del primer modelo antipositivista de Dworkin<sup>40</sup> y, paradójicamente,

<sup>37</sup> Ricardo Marquisio, “Tres modelos de postpositivismo jurídico”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, N° 47 (2017).

<sup>38</sup> Lawrence Sager, “Putting Law in its Place”, en Waluchow, W. & Sciaraffa, S. *The Legacy of Ronald Dworkin* (New York: Oxford University Press, 2016).

<sup>39</sup> Hay diversas formas de plantear los requisitos de una *objetividad moral*. Para algunos, se requiere que nuestro discurso refiera “al modo en que las cosas realmente son” de modo independiente “a como pensamos que son”, es la objetividad moral se plantea en cuanto a sus exigencias, en términos metafísicos y epistemológicos, en sentido similar a la objetividad del discurso científico u otros discursos descriptivos. Para otros, en cambio, la objetividad de la moral –y, en general, de las cuestiones normativas– es específica a la práctica argumentativa interna y no puede ser traducida a categorías metafísicas o epistemológicas. Para un panorama general de esta discusión ver Brian Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals* (New York: Cambridge University Press, 2001).

<sup>40</sup> Dworkin ha afirmado, en forma expresa, que el sentido de su crítica temprana al positivismo no era introducir una dicotomía *reglas/principios* aunque la forma en que planteó al problema haya inducido a pensarlo así. La distinción, presentada como *lógica*, parecía confirmar la creencia en un derecho compuesto de estándares que podemos individualizar y contar, algo que, en palabras de Dworkin, constituye una especie de “ficción escolástica”. En la última etapa de su obra, dicho autor reconoció la contribución de su *principalismo* temprano a este malentendido (Ver Ronald Dworkin, *Justice in Robe*. Cambridge MA: Belknap Press, 2006, pp. 4 y 264); Ronald Dworkin, *Justice For Hedgehogs*. Ya en “The

retomada como defensa del positivismo, especialmente en la visión autodenominada “garantista”. El positivismo no puede presentarse como un modelo de reglas rígidas y absolutas, como contrapuesto a un modelo de principios de principios vagos e indeterminados pues ambas posturas son implausibles desde el punto de vista normativo<sup>41</sup>.

Dado el estado actual de la discusión sobre la normatividad del derecho no es posible conjeturar modelos completos de teoría del derecho positivistas, con la pretensión de alcance de los defendidos por Kelsen o Hart. Más modestamente, creo que es plausible plantear algunos argumentos positivistas entendidos como énfasis, no estructurales sino más bien funcionales. Esto es, basados en la función que cumplen la correcta identificación y aplicación de las normas en conflictos que por su naturaleza son disputas morales<sup>42</sup>. En la discusión sobre creación, aplicación y normatividad de los estándares jurídicos, la tradición positivista pondrá énfasis en la justificación moral de la distinción *ser/deber ser* aunque no puede decirse que la preocupación por esa distinción pueda considerarse *exclusivamente* positivista. A mi juicio, la perspectiva común que une a esos énfasis es una cierta concepción de la sociedad democrática como basada en la autonomía moral de las personas. En lo sucesivo me refiero a algunos de esos énfasis: antiformalismo, evitación de la falacia interpretativa y aceptación de la contingencia del mundo social.

## 5.

### ÉNFASIS POSITIVISTAS: ANTIFORMALISMO

La tradición positivista insiste en la relevancia de los actos autoritativos institucionales para la creación *efectiva* de derecho. En este sentido, cuando desde distintas

---

Model of Rules II” Dworkin había afirmado que carece de sentido considerar a la relación entre reglas y principios como una de “conflicto”, en tanto es la propia existencia de reglas –que representan un cierto compromiso entre principios competitivos para regular una situación– la que permite distinguir estándares o razones que no pueden identificarse como reglas. Ver Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (caps. 2 y 3).

<sup>41</sup> Esto es reconocido también desde el *constitucionalismo postpositivista* (Ver Manuel Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”).

<sup>42</sup> Un juez es alguien a quien la comunidad le ha conferido la función de resolver controversias morales, a través de reglas autoritativas, esto es prescripciones generales sobre cómo han de comportarse los individuos en los casos que caen dentro de los términos predicados por las reglas. Cf. Lary Alexander, & Emily Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning* (New York: Cambridge University Press, 2008, p. 208). El punto de vista del juez es obviamente el punto de vista moral si consideramos el tipo de razones que puede invocar al justificar sus fallos. Que una sentencia se fundara en razones prudenciales –por ejemplo, que al juez le conviene fallar de cierta manera para evitar la crítica social o para tener mejores chances de ascender– causaría perplejidad e desaprobación tanto en los destinatarios de la sentencia como en la comunidad toda. Entre los argumentos para fallar un caso jurídico solo cuentan razones morales, necesariamente referidas en gran medida a normas jurídicas. Las razones morales son intersubjetivas, neutrales al agente, implican el reconocimiento de los intereses otros, y se hacen explícitas a través del razonamiento práctico. Ver Ricardo Marquisio, “El ideal de autonomía moral”, *Revista de la Facultad de Derecho, UDELAR*, 43 (2017).

teóricas, dogmáticas y jurisprudenciales se celebra la *constitucionalización* del orden jurídico, la respuesta debería ser una actitud de cautela: la mención en las constituciones de principios y derechos vagos y abstractos no implica creación automática derecho sino la autorización a los aplicadores para que los invoquen, como justificativos de sus decisiones. De este modo, el positivismo sostiene la necesidad de evitar un nuevo formalismo jurídico, basado en una visión de la Constitución que puede caracterizarse como “incorporacionismo dogmático”<sup>43</sup>. Una nota conceptual del derecho es que se formula de modo lingüístico, es decir, se reconoce primariamente a partir de textos. Las formas juegan un papel constitutivo en la práctica jurídica: si no existieran criterios formales para la creación, reconocimiento y aplicación de normas, la mera idea de un orden jurídico resultaría imposible.

Sin embargo, el formalismo no consiste en la mera atención a las formas del derecho, sino en dos tesis fundamentales. La primera es que el *derecho está racionalmente determinado*, en el sentido de que la clase de razones jurídicas legítimas disponibles para que los jueces resuelvan los casos justifica un solo resultado en todos o en número muy significativo de ellos. La segunda es que *la adjudicación judicial* resulta *autónoma* respecto a otras clases de razonamiento, lo que significa que los jueces pueden (siempre o casi siempre) alcanzar la decisión que el orden requiere sin recurrir a estándares normativos no jurídicos (de filosofía moral y política)<sup>44</sup>

Corolario de lo anterior, en la decisión judicial no queda espacio para valoraciones alternativas y las del propio juez no pueden ser determinantes del contenido de la decisión correcta, pues ésta se limita a recoger la solución objetivada y predeterminada que proporcionan las reglas jurídicas<sup>45</sup>.

En los sistemas jurídicos de influencia latina, el paradigma tradicional del formalismo ha sido la exégesis, con la tesis del legislador racional cuyas decisiones agotan todo el derecho

---

<sup>43</sup> Con la expresión “incorporacionismo dogmático” me refiero a la tesis asumida por buena parte de la (uruguaya, al menos) de que la mención de principios vagos y abstractos por la Carta implica que estos determinan, sin necesidad de razonamiento moral del aplicador, el derecho del caso. Mi crítica no se aplica al denominado *positivismo inclusivo* que, aunque sostiene la incorporación de la moral al derecho en virtud del “lenguaje de las fuentes”, no tiene implicancias formalistas, en cuanto concibe al razonamiento moral como el determinante para la identificación del derecho.

<sup>44</sup> Brian Leiter, “Legal formalism and legal realism. What is the issue?”, *Legal Theory*, 16, 2 (2010)

<sup>45</sup> Juan Antonio García Amado, “Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho”, *Ennomía*, 3 (2012). García Amado también vincula al formalismo con la tesis de que la decisión judicial es puramente silogística en el sentido de mecánicamente deductiva y con el positivismo ideológico (el juez tiene un deber sin excepciones de aplicar la solución predeterminada en el texto). Leiter sin embargo, prefiere denominar a la primera de estas visiones como “formalismo vulgar” –para diferenciarlo del “formalismo sofisticado” que sostienen autores como Bork y Scalia– enfatizando la idea de que nadie hoy en día seriamente suscribe el silogismo mecanicista. Planteos similares hacen Hart, sobre lo implausible de concebir una decisión como *automática* y Dworkin, respecto a lo que denomina *jurisprudencia mecánica*. Cf. H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals” (*Harvard Law Review*, 71, vol 4, 1958); Ronald Dworkin, “The Model of Rules I” (*University of Chicago Law Review*, Vol 35, 1967).

existente y hacen inútil o inadecuada en general a la interpretación jurídica. Para la exégesis solo el legislador es creador de derecho y cualquier intento del juzgador por asumir ese rol resulta ilegítimo y debe ser evitado: no hay espacio para la valoración moral del aplicador e intérprete en el formalismo del legislador racional.

Paradójicamente, la tesis de la incorporación, dogmáticamente interpretada, ha dado lugar a que se asigne al legislador un papel débil y secundario en la creación del derecho, incurre en un nuevo tipo de formalismo, basado en los principios.

La recurrente idea de que los jueces “aplican” la Constitución pasa por alto el carácter controversial de cada uno de los principios y derechos presuntamente “incorporados” a ella que hacen imprescindible el involucramiento del juzgador en cuestiones de justicia sustantiva. Por ejemplo, la igualdad es un valor moral indudable y fundamental pero sujeto a controversia: hay diferentes visiones sobre la igualdad que se expresan en las teorías de la justicia (y la democracia) contemporáneas. La prevalencia de alguna visión sobre las demás solo puede resolverse argumentativamente, a través de la decisión democrática, siendo relevante el punto de vista de cada ciudadano a la hora de organizar, conservar o transformar las instituciones de acuerdo con las exigencias de la igualdad. Por tanto, hay que afirmar que la Constitución al mencionar el principio de igualdad “incorpora” alguna visión controversial de la igualdad, significa ignorar la propia autonomía moral de los ciudadanos. Lo mismo sucede con los demás principios y con la forma en que se vinculan entre sí (la relación entre la igualdad y la libertad, por ejemplo, es muy diferente para un socialista, un liberal o un libertarista).

Ignorar esto conduce a un enfoque tan formalista como el de la exégesis: el derecho está racionalmente determinado (por la mención en la Carta de los principios), la adjudicación constitucional está plenamente determinada (el juez no crea derecho al aplicar la Constitución) y es autónoma (no hay necesidad de valoraciones morales por parte del juzgador porque ya el constituyente “incorporó” todas las valoraciones relevantes). En definitiva, mientras que en la exégesis el juez era “la boca de la ley”, en un giro de 360°, en el formalismo constitucionalista de la adjudicación el juez pasa a ser la “boca de la Constitución”.

Autores como Guastini<sup>46</sup> y García Amado<sup>47</sup> critican al neoconstitucionalismo por incurrir en una suerte de moralización del derecho, que ignoraría el carácter fáctico, institucional o artefactual de la validez jurídica. Sin embargo, si este tipo de críticas se toma como la defensa de una metaética escéptica compatible con la posibilidad de una normatividad jurídica sin “moralización”, a mi juicio, no da en el blanco, por ser el escepticismo incompa-

---

<sup>46</sup> Riccardo Guastini, “A propósito del neoconstitucionalismo”. *Gaceta Constitucional*, 67, 2013.

<sup>47</sup> Juan Antonio García Amado, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en *Controversias constitucionales* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008).

tible con un abordaje genuino (en primera persona) de la normatividad jurídica<sup>48</sup>. La crítica pertinente es más bien la contraria: el constitucionalismo formalista, basado en el mito de un constituyente que “resuelve” de una vez y para siempre los problemas del mundo social, expulsa al genuino razonamiento moral -que es inherentemente controversial- de la práctica jurídica.

## 6. LA CUESTIÓN INTERPRETATIVA

Un modelo positivista normativo, que insista en una diferenciación no trivial entre el ser y el deber ser del derecho, discutirá desde este supuesto el mejor modo de abordar la cuestión interpretativa. Me interesa aquí plantear dos cuestiones: la necesidad de evitar la *falacia interpretativa* y la defensa de la intención como el elemento central de la interpretación jurídica.

Por *falacia interpretativa*, entiendo la postura según la cual la interpretación semántica<sup>49</sup> es necesaria e inevitable en toda instancia de aplicación de una disposición general. Una postura positivista normativa debe insistir en la necesidad de evitar esta falacia, prescribiendo a doctinarios y aplicadores la minimización de las instancias de interpretación.

Resolver controversias jurídicas requiere en muchos casos interpretar. Pero eso no quiere decir que todo acto de aplicación sea un acto de interpretación. El viejo paradigma hostil a la interpretación que defendía la exégesis ha sido sustituido -con idénticas implicancias formalistas- por otro que hace a la interpretación omnipresente. En tal sentido, Endicott hace referencia a los “encantos de la interpretación” para los jueces que surge del tipo de vínculo entre creación y aplicación que la actitud interpretativa promueve. Los jueces no suelen reclamar para sí autoridad creadora de derecho y muchas veces tienden a disfrazar la construcción de una solución creativa al problema planteado como si fuera una instancia de interpretación (y consiguiente aplicación) de aquello que otros han decidido<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Ricardo Marquisio, “El constructivismo moral y la necesidad del punto de vista jurídico”. *UNA Revista de Derecho*, Universidad de los Andes, N° 2 (2017), Disponible en <https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion2/articulos/Marquisio-2017---UNA-Revista-de-Derecho.pdf>.

<sup>49</sup> La *falacia interpretativa* se aplica a la actitud de que supone tomar la interpretación *textual* como imprescindible en todas las instancias de aplicación del derecho. No se aplica a otros proyectos interpretativos como el de Dworkin, toma como objeto de la interpretación a las prácticas jurídicas y no a los textos legales (aunque, como es obvio, los textos son una parte fundamental de la práctica jurídica). Ver Ronald Dworkin, *Law's Empire* (New York: Harvard University Press, 1986).

<sup>50</sup> Timothy Endicott, “Legal Interpretation”, en *The Routledge Handbook to Philosophy of Law* (New York: Routledge, 2012).

En la vida diaria, no utilizamos el término “interpretación” para referir a cualquier instancia de decisión que debamos tomar. Muchos de nuestros actos se realizan siguiendo pautas preestablecidas por nosotros mismos (por ejemplo, decidí levantarme todos los días a las 7 de la mañana y ahora son las 7 de la mañana) y para seguir esa pauta no necesitamos “interpretarnos. Otro importante número de actos se realiza siguiendo instrucciones ajenas como, por ejemplo, si mi hijo me pide que le dé un vaso de agua. En circunstancias normales no tengo dudas acerca de lo que quiere y no tiene sentido decir que *interpreto* su pretensión: simplemente hago lo que dice, siguiendo un sentido que capto sin necesidad de reflexión alguna.

El punto de la interpretación es precisamente despejar una duda sobre un objeto, de modo creativo (no supone repetir lo que todo el mundo sabe sobre el objeto), adscribiéndole un significado basado en razones que lo sustentan. Si no hay duda, si el sentido de un enunciado o la caracterización apropiada de un objeto resultan indiscutibles, entonces no puede plantearse la necesidad de una instancia de interpretación. La interpretación solo se justifica cuando es necesaria y es necesaria solo si es racionalmente discutible lo que la ley requiere.

Como su nombre lo indica, la teoría de la interpretación intencional afirma que la intención legislativa tiene un rol preponderante e insustituible en la interpretación de la legislación. El argumento para ello es moral: la posibilidad de establecer un orden justo requiere que se adopten decisiones de carácter general, bajo la forma de reglas que permitan hacer efectivos los criterios de sus autores, esto es, que estos tengan impacto en las decisiones y acciones particulares.

La necesidad de que la interpretación tome como objeto la intención de un autor proviene de algunos rasgos conceptuales de la actividad de interpretar. La interpretación es un acto voluntario (uno no interpreta sin proponérselo) cuyo objeto es un *original* (hay algo que se interpreta) que debe ser adecuadamente identificado. Una interpretación establece o muestra el significado del original. En tal sentido, las interpretaciones pueden ser evaluadas como correctas o equivocadas por su éxito o fracaso en establecer, mostrar o poner de manifiesto el significado del original<sup>51</sup>.

Los originales a los que se dirige la interpretación (textos, constituciones, leyes, decretos, sentencias) son creaciones de actos humanos (dirigidos a crear textos, constituciones, etc.). En tanto, su objeto es determinar la intención de una autoridad, la interpretación jurídica solo es posible bajo el trasfondo de una premisa normativa: aunque alguna norma en particular sea moralmente cuestionable, el sistema en su conjunto es considerado por un am-

---

<sup>51</sup> Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (New York: Harvard University Press, 2009), pp.268-269.



plio número de personas como moralmente defendible. La tesis de la intención autoritativa del legislador como objeto de la interpretación se justifica en que el derecho es un producto de la creación deliberada y, por tanto, la interpretación debería, cuando es exitosa, reflejar la intención de su creador. Darle a una persona o una institución autoridad para crear derecho es conferirle el poder hacerlo a través de actos intencionales que cuenten como creación de derecho o, al menos, bajo el conocimiento de que esos actos crean derecho. Si asumiéramos que la intención real de la autoridad de la que emana la norma carece de relevancia, el acto de interpretarla carece de sentido. Por tanto, la propia idea de identificación de la legislación es inaceptable sin referencia a la intención de un creador (persona o institución) de esa legislación<sup>52</sup>.

La denominada interpretación constitucional no es propiamente una instancia de interpretación (o solo lo es desde un sentido muy distinto al habitual) ya que su objeto no es despejar dudas semánticas sino establecer lo que requiere un complejo de valores y derechos, vagos y abstractos. Ello supone la presentación explícita de argumentos valorativo y requiere alguna teoría de moralidad política, articulada o no, que dé cuenta de lo que el derecho debería ser. Cuando una Corte a la que se le ha conferido el poder de “interpretar” –teniendo la última palabra- la Constitución emite un fallo invocando principios morales vagos y abstractos enumerados en ella, no está, en realidad, interpretando un derecho preexistente sino determinando lo que el derecho es<sup>53</sup>.

La denominada interpretación conforme con la Constitución, cuando su objeto es “corregir” la legislación desde una cierta lectura controversial de un principio vago y abstracto<sup>54</sup>, no es otra cosa que un argumento formalista para cambiar el derecho. La idea de “interpretar desde la Constitución” es injustificable según una concepción intencional de la interpretación: el objetivo de esta técnica no es establecer la intención del legislador sino precisamente aplicar una regla a la solución del caso que resulta contraria, a veces de modo evidente, a una intención legislativa fácil de constatar. La interpretación desde la constitución no busca dar una respuesta adecuada al significado del original sino a crear una entidad nueva, desprovista de conexión con la intención de la autoridad creadora del original. Por tanto, en tanto es pura creación encubierta, no puede ser evaluada como una instancia exitosa o deficiente de dar cuenta de un significado.

---

<sup>52</sup> Raz, *Between Authority...*, 74-75.

<sup>53</sup> Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Portland: Hart Publishing, 2005), p. 165.

<sup>54</sup> Me refiero al tipo de “interpretaciones” y decisiones que Guastini denomina “manipuladoras”, aquellas donde el “intérprete” modifica directamente el ordenamiento con el objeto de armonizarlo con la Constitución. Cf. Riccardo Guastini, *La sintaxis del derecho*, pp. 188-189.

## 7.

**LA CONTINGENCIA Y LOS LÍMITES DEL DERECHO**

Desde el positivismo corresponde enfatizar la relevancia del desacuerdo moral, que resulta más que evidente en el mundo contemporáneo. Eso implica que, de acuerdo con exigencias morales basadas en la idea de una igualdad política fundamental entre los ciudadanos<sup>55</sup>, las decisiones sociales deben, en general, ser consideradas contingentes y revisables. Virtualmente todas las cuestiones de mayor relevancia en el mundo social son objeto de arduo y a veces irreconciliable debate, donde hay amplio lugar para el desacuerdo razonable y genuino entre argumentantes de buena fe. Ese es un motivo para reivindicar la contingencia de los estándares creados institucionalmente, como ha hecho históricamente el positivismo con su insistencia en diferenciar el derecho que es del derecho que debe ser.

Considerando, desde un modelo normativo, al punto de vista jurídico como ligado constitutivamente con el punto de vista moral<sup>56</sup>, las soluciones de los sistemas concreto tendrán un alto grado de variabilidad y su corrección difícilmente dejará de ser discutible. Presuponer un compromiso recíproco de los ciudadanos con las exigencias de la moral —su relevancia para la justificación del derecho— no lleva a suponer que, de forma necesaria, compartirán las mismas creencias morales<sup>57</sup>. Las instituciones jurídicas, incluyendo la constitución, no “laudan” los conflictos morales —en el sentido de expresar una última palabra sobre la verdad o el mejor argumento moral de alguna cuestión— sino que posibilitan la acción colectiva, de acuerdo con criterios convencionales que todos pueden reconocer por su forma (aunque no todos compartan su sustancia). Si se acepta la contingencia, el orden jurídico no puede estar “constitucionalizado” en el sentido que sostienen (o se atribuye a) los neoconstitucionalistas.

Más allá de un núcleo de cuestiones que resultan constitutivas del punto de vista moral y condicionan la independencia ética de las personas —los derechos y libertades básicas— el dar forma al mundo social requiere continuas decisiones sociales, cuyo medio natural

<sup>55</sup> La Constitución en su artículo 1º incluye una disposición de gran relevancia en tal sentido: “La República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio”. Tomar a sociedad como si fuera una asociación implica la necesidad de una justificación del ordenamiento jurídico en el sentido de que debería ser digno de aceptación desde el punto de vista moral de cada uno de sus miembros. Ver John Rawls *A Theory of Justice*. (Cambridge, MA: Belknap Press, 1971).

<sup>56</sup> Ricardo Marquisio, “El constructivismo moral y la necesidad del punto de vista jurídico”.

<sup>57</sup> Afirmar la objetividad moral no es, en sí mismo un argumento, a favor de una postura u otra en una cuestión moralmente controversial. Si hay una respuesta correcta sobre el tema en discusión, ella dependerá en todo caso de los argumentos sustantivos que puedan justificarla. Ver Jeremy Waldron, 1992 “The Irrelevance of Moral Objectivity”, en *Natural Law Theory* (New York: Oxford University Press, 1992); Ronald Dworkin, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 25, Issue 2 (1996).

de realización es la legislatura<sup>58</sup>. Cada persona moral tiene una responsabilidad individual de que el mundo social que habita tenga una forma acorde con las mejores razones morales. Esto presupone la responsabilidad colectiva de los ciudadanos por decidir conjuntamente, en contextos institucionales -y de acuerdo con criterios de justicia sobre los que cada uno debería estar en condiciones de argumentar- lo que requiere el bien común, sancionando leyes que constituyen decisiones que arbitran entre las posturas enfrentadas; decisiones que admiten ser revisadas y modificadas cuando se identifican las razones para ello.

La contingencia implica que el derecho no solo tiene de hecho límites, sino que los requiere moralmente y justifica la insistencia en la vieja distinción entre creación y aplicación. Los límites del derecho terminan, en principio, con la determinación de las intenciones legislativas relevantes. Esto no quiere decir que esas intenciones, una vez identificadas, agoten el espacio de decisión pues suponer eso implicaría caer en un crudo formalismo. Las decisiones en los casos jurídicos requieren en muchos casos (o virtualmente en todos)<sup>59</sup> la creación de derecho por parte de los jueces. Este fenómeno es inevitable para una institución compleja e intergeneracional como un sistema jurídico. La actitud positivista exige reconocerlo abiertamente, lo que también implica aceptar sus condicionamientos morales.

## 8.

---

### EL IDEAL DEMOCRÁTICO COMO LÍMITE MORAL DEL DERECHO

La democracia es uno de los ejemplos típicos de conceptos socialmente contestados. Las decisiones políticas admiten ser valoradas por parámetros procedimentales y sustanciales, y las distintas teorías sobre la democracia debaten la forma correcta de su articulación<sup>60</sup>. Entre todas las posibles concepciones de la democracia, el positivismo jurídico debería reivindicar aquellas que den relevancia a la contingencia del mundo social y los límites del derecho. No hay forma de crear un mundo social justo sino a través de legisladores (y ciudadanos) responsables moralmente y dispuestos a decidir de acuerdo con las mejores razones disponibles, identificando obligaciones colectivas y creando derechos. Buena parte de la dis-

---

<sup>58</sup> Ricardo Marquisio, *Una teoría normativa de la democracia. La agencia colectiva como ideal regulativo* (Montevideo: FHCE).

<sup>59</sup> La diferencia entre casos fáciles y difíciles es, en última instancia pragmática. Cualquier caso fácil podría transformarse en difícil cuando alguien -con argumentos plausibles- desafía una convención

<sup>60</sup> Ricardo Marquisio, "La idea de una autoridad democrática".

cusión democrática refiere a los derechos que deberíamos tener, esto es, aquellos que es justo que nos atribuyamos a través de decisiones de las instituciones. En ese sentido, desde una concepción positivista, el énfasis está en que los derechos (salvo los básicos y fundamentales) no preexisten a las decisiones sociales, sino que son creados —y modificados— por éstas<sup>61</sup>.

Lo antedicho implica que identificar de forma honesta el derecho y discutir abiertamente sobre las circunstancias en que requiere ser modificado o desaplicado, constituyen compromisos de una ética jurídica democrática en que los positivistas deberían insistir. Desde una ética jurídica democrática, la Constitución no debería concebirse como una especie de resultante social última, que elimina el poder de la legislatura de decidir en cuestiones controversiales, sino como un instrumento al servicio de las decisiones democráticas de la mejor calidad posible. Un énfasis positivista es atribuir un valor democrático a la decisión legislativa e insistir en que la determinación de su contenido ser realice por criterios que excluyan la arbitrariedad<sup>62</sup>.

---

## CONCLUSIONES

La cuestión de la normatividad jurídica no admite hoy el viejo marco de discusión basado en la dicotomía *positivismo/iusnaturalismo*. En un modelo normativo de argumentación, el positivismo no puede considerarse una teoría sino un conjunto de énfasis, unificados por la pertinencia de las distinciones ser/deber ser, y creación/aplicación del derecho. El adversario contemporáneo del positivismo no es el iusnaturalismo sino el formalismo jurídico que ignora o manipula esas distinciones. El tipo de formalismo con el que se enfrenta hoy el positivismo no es el decimonónico de la exégesis —que afirmaba una plena determinación del derecho por las leyes que hacía casi siempre innecesaria la interpretación— sino otro basado en una visión de la Constitución como un orden objetivo de valores que autonomiza por completo al derecho y una concepción amplificadora de la interpretación, frecuentemente textualista, cuya finalidad es ignorar las intenciones legislativas. Los énfasis positivistas se justifican en una ética jurídica democrática que concibe la creación y aplicación del derecho al servicio de la responsabilidad de cada ciudadano por dar forma al mundo social común.

---

<sup>61</sup> Ver Tom Campbell, *Rights. A Critical Introduction* (New York: Routledge, 2006).

<sup>62</sup> Una forma de arbitrariedad es el textualismo, que consiste en ignorar por el contexto institucional en que se elabora la ley, “interpretando” textos aislados como si, por sí mismos, pudieran determinar el derecho aplicable. De acuerdo con el principio democrático, las leyes deberían entenderse como elecciones entre propuestas competitivas (con ganadores y perdedores); como secuencias temporales, donde una última versión triunfa sobre las anteriores; como resultados de un proceso guiado por ciertas reglas internas de interpretación. Ver Victoria Nourse, *Misreading Law, Misreading Democracy* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016).

---

Para citación: Marquisio, Ricardo, Argumentos positivistas en la era postpositivista, en *Revista de Derecho* N° 19 (jul.-2019), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 49-75

---

Contribución 100% Ricardo Marquisio.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexander, Larry. & Sherwin, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- Atienza, Manuel. “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. V. 15 (2014): 1-29.
- Atienza, Manuel. & Ruiz Manero, Juan. 2006. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en: Ramos Pascua, J.A. y Rodilla González, M.A (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Salgado Pintos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006,765-780.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Indianapolis: Hackett Publishing Company Inc, 1954 [1832].
- Bix, Brian. *Jurisprudence*. Durham: Carolina Academic Press, 2009.
- Bulygin, Eugenio. “¿Está parte de la filosofía del Derecho basada en un error?” *Doxa* 27, (2004): 15-26.
- Campbell, Tom. *Rights. A Critical Introduction*. New York: Routledge, 2006.
- Conklin, W. E. *The Invisible Origins of Legal Positivism*. New York: Springer, 2001.
- Dickson, Julie. “Legal Positivism: Contemporary Debates”, en Marmor, Andrei (ed.) *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012: 48-64.
- Dworkin, Ronald, “The Model of Rules”. *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, (1967): 14-46.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA) Harvard University Press 1977.
- Dworkin, Ronald, *Law’s Empire*. New York: Harvard University Press, 1986.
- Dworkin, Ronald, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 25, Issue 2, (1996): 87-139.
- Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*. Cambridge (MA): Belknap Press, 2006.
- Dworkin, Ronald, *Justice For Hedgehogs*. Cambridge (MA): Belknap Press, 2011.

- Endicott, Timothy, "Legal Interpretation", en Marmor, A. (ed.), *The Routledge Handbook to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012: 109-122.
- Ferrajoli, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista". *Doxa*, 34, 2011: 15-53.
- Finnis, John. "The Truth in Legal Positivism", en George, Robert. P., *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. New York: Oxford University Press, 1999: 195-214.
- Finnis, John. "Natural Law: The Clásical Tradition", en Coleman, Jules & Shapiro, Scott, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2002: 1-60.
- Gaido, Paula. *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- García Amado, Juan Antonio. "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", en Mantilla Espinosa, F. (ed.), *Controversias constitucionales*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008: 24-69.
- García Amado, Juan Antonio. "Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho". *Eunomía*, 3 (2012): 13-43
- García Figueroa, Alfonso. "Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli". *Doxa*, 34, (2011): 121-137.
- Gardner, John. "Legal Positivism: 5½ Myths," 46 *American Journal of Jurisprudence*, (2001): 199-227.
- Green, Leslie. "Positivism and the Inseparability of Law and Morals". *New York University Law Review*, Vol 83 (2008): 1035-1058.
- Guastini, Riccardo. "A propósito del neoconstitucionalismo". *Gaceta Constitucional*, 67 (2013): 231-240.
- Guastini, Riccardo. *La sintáxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Hart, H.L.A. "Positivism and the Separation of Law and Morals". *Harvard Law Review*, 71, vol 4, (1958): 593-629.
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. New York: Clarendon Press, 1961.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México D.F.: UNAM, 1979.
- Leiter, Brian. (ed.). *Objectivity in Law and Morals*. New York: Cambridge University Press, 2001.
- Leiter, Brian. "Legal formalism and legal realism. What is the issue?". *Legal Theory*, 16 (2), (2010): 111-133.

- Luque, Pau. *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores y el Estado constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Marmor, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Portland: Hart Publishing, 2005. Marmor, Andrei. *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- Marquisio, Ricardo. *Una teoría normativa de la democracia. La agencia colectiva como ideal regulativo*. Montevideo: FHCE, 2014.
- Marquisio, Ricardo. “Teoría del derecho y filosofía moral”. *Revista de la Facultad de Derecho, UDELAR*, 38 (2015): 135-160
- Marquisio, Ricardo. 2016. “Creencias y razones constitucionales. Algunos problemas conceptuales y normativos del Estado (neo)constitucional”. *V Encuentro Internacional de CONPEDI* (2016). Disponible en <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/910506b2/25pb1zj5/pjRqS74QN21B9Y7o.pdf>.
- Marquisio, Ricardo. “La idea de una autoridad democrática. *Revista de la Facultad de Derecho, UDELAR*, N° 40, (2016): 177-207
- Marquisio, Ricardo. “Tres modelos de postpositivismo jurídico”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP*, N° 47 (2017): 864-885.
- Marquisio, Ricardo. “El ideal de autonomía moral”. *Revista de la Facultad de Derecho, UDELAR*, 43 (2017): 55-92.
- Marquisio, Ricardo. “El constructivismo moral y la necesidad del punto de vista jurídico”. *UNA Revista de Derecho*. Universidad de los Andes. N° 2, 1-40 (2017). Disponible en <https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion2/articulos/Marquisio-2017---UNA-Revista-de-Derecho.pdf>
- Moreso, Juan José. “Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”, *Doxa*, 34, (2011): 183-199.
- Moreso, Juan José. “Positivismo contemporáneo”. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I. México DF: UNAM, (2015): 171-205.
- Murphy, Mark. *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- Nourse, Victoria. *Misreading Law, Misreading Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.
- Plankett, David. & Shapiro, Scott. “Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry”. *Ethics*, 128 (2017): 37-68.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge (MA): Belknap Press, 1971.

- Raz, Joseph. “Kelsen Theory of the Basic Norm”, en Paulson, Stanley & Litchwsky Paulson, Bonnie, *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. New York: Clarendon Press, 1998: 47-68.
- Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, 1999.
- Raz, Joseph. “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en Pavlakos, G. (ed.) *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Portland: Hart Publishing, 2007: 17-36.
- Raz, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. New York: Harvard University Press, 2009.
- Sager, Lawrence. “Putting Law in its Place”, en Waluchow, W. & Sciaraffa, S. *The Legacy of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, 2016: 117-130.
- Shapiro, Scott. “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en Ripstein, A. (ed.), *Ronald Dworkin*. New York: Cambridge University Press, 2007: 22-55.
- Shapiro, Scott. *Legality*. Cambridge (MA): Belknap Press, 2011.
- Somek, Alexander. *The Legal Relation. Legal Theory After Legal Positivism*. New York: Cambridge University Press, 2017.
- Tagartt, Christopher. “How Can Positivism Account for Legal Adjudicative Duty”. *Oxford Legal Studies*, Vol 33, N° 1 (2013): 169-196.
- Vega, Jesús. “La filosofía del derecho como filosofía práctica”. *Revus, Journal of Constitutional Theory and Philosophy of Law* (2017). Disponible en <https://journals.openedition.org/revus/3990>;
- Waldron, Jeremy. “The Irrelevance of Moral Objectivity”, en George, Robert P. (ed.), *Natural Law Theory*. New York: Oxford University Press, 1992.
- Waldron, Jeremy. “Legal and Political Philosophy”. Coleman, Jules & Shapiro, Scott (ed.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2002: 352-381.



# Miradas argumentativas y filosóficas ante casos difíciles\*

An argumentative and philosophical approach  
before “hard cases”

*Renato Rabbi-Baldi Cabanillas*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad de Buenos Aires

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7347-4205>

DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1775>

Conferencia

**Resumen:** A partir del fin de la Segunda Guerra Mundial se observa un marcado declive del concepto positivista de ciencia jurídica en favor de un modelo retórico-tópico que se apoya en la noción de razón práctica inspirada en Aristóteles. Lo dicho ha puesto en el centro de la escena el officium argumentativo en orden a determinar el sentido del derecho y, tras de ello, un amplio desarrollo de teorías argumentativas que aspiran a justificar racionalmente las decisiones judiciales. En este trabajo, tras señalar ese “giro”, ejemplificándolo con diversos supuestos extraídos de la práctica judicial –principalmente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina–, se efectúa un análisis de los distintos tipos de jueces y de la diversa complejidad de los casos judiciales que tienen a observarse en la práctica. Dicha clasificación tiene directa incidencia en la manera

---

Recibido: 10/12/18. Evaluado 01/02/19. Aceptado: 02/02/19.

\*Conferencia escrita para ser leída en el Workshop de Filosofía del Derecho y, posteriormente, corregida para su publicación.

**Renato Rabbi-Baldi Cabanillas:** Abogado y doctor en Derecho, titular de Teoría General y Filosofía del Derecho (UBA) y juez de la Cámara Federal de Apelaciones, Salta. Actual presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. [renatorabbibaldi@gmail.com](mailto:renatorabbibaldi@gmail.com)

entre otras razones, por el creciente desarrollo de un estado constitucional de derecho en el que desempeñan un papel predominante los derechos fundamentales, los que, al estructurarse como principios jurídicos que poseen una indudable naturaleza moral, requieren de un exigente despliegue argumentativo.

**Palabras clave:** argumentación; teoría de la argumentación; tipos de jueces y tipos de casos judiciales; casos difíciles; estado constitucional de derecho, principios jurídicos **Summary:** Since the end of the Second World War there is a marked decline in the positivist concept of legal science in favor of a rhetorical-topical model that relies on the notion of practical reason inspired by Aristotle. This has put in the center of the scene the argumentative Officium in order to determine the sense of the right and, after that, a broad development of argumentative theories that aspire to rationally justify the judicial decisions. In this work, after pointing out this "Giro", with various assumptions extracted from the court practice –mainly from the jurisprudence of the Argentine Supreme Court–, an analysis of the different types of judges is carried out and the Different complexity of the judicial cases that have to be observed in practice. This classification has a direct impact on how to deal with the increasingly widespread "difficult cases" that are warned not only in heterogeneous societies, but in areas of greater consensus, among other reasons, by the growing development of a State Constitutional law in which fundamental rights play a predominant role.

## 1.

### INTRODUCCIÓN

Se sabe que, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, el “concepto positivista de ciencia”, tal y como gustaba denominarlo Karl Larenz, es objeto de crítica tanto desde la esfera de su fundamentación como desde el ámbito metodológico.

Lo primero -aquello que Kant caracterizó como la esfera del *quid ius*, es decir, del qué y el porqué del derecho- se aprecia a través de, cuanto menos, tres dimensiones necesariamente convergentes:

a) la rehabilitación de la pregunta acerca del significado de la *justicia*, lo que implicó su “readmisión” entre las cuestiones de índole científica que, por ende, merecía ser materia de reflexión. Los trabajos –de muy diverso contenido- de E. Brunner, en la década del cincuenta o de J. Rawls a principios de los setenta constituyen un buen ejemplo de lo expuesto;

b) la consideración de los *derechos humanos*, es decir, de ciertas dimensiones básicas de la persona que, como expresa la Declaración Universal de 1948 son consecuencia de la “dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, como fundamento de todo el ordenamiento jurídico, y la creciente positivación de aquéllos tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales como en el internacional.

c) el papel *funcional* del derecho, es decir, la consideración de que ya no interesa la “estructura” del sistema, sino, precisamente, su “función”, el para qué de éste. Los estudios de N. Bobbio, a mediados de la década del sesenta son paradigmáticos de esta postura.

Por su parte, lo segundo se aprecia por conducto de la especial atención que se dispensa al *modus operandi* de los tribunales; al proceso judicial. A este respecto, se advierten diversas propuestas que, dicho de forma general, tienden a reemplazar a una concepción *sistemático-dogmática* del derecho moldeada bajo aquél concepto positivista de ciencia, por una de cuño *problemática* fundada en un horizonte dialéctico o dialógico, es decir, estructu-

rada a partir de argumentos y contraargumentos. Sobre el particular, una reflexión de H.L.A. Hart parece dar adecuada cuenta de esta situación cuando señala que “el énfasis puesto por los anti-positivistas hacia la naturaleza del proceso judicial puede sorprender a los juristas y filósofos del derecho europeos. Siempre —pienso— ha sido la característica más llamativa de la Teoría del derecho americano pensar que una comprensión clara del proceso judicial es la mejor clave para el entendimiento de lo que es el derecho, y pensar también que se obtiene mayor luz de orientar la atención no a las claras reglas establecidas por el sistema jurídico y a la manera en que funcionan fuera de los tribunales, sino más bien a los controvertidos *casos difíciles* que son aquellos en los que cualificados juristas pueden estar en desacuerdo sobre lo que es el derecho en algún punto”<sup>2</sup>.

Pues bien, entre dichas propuestas, se destacan las siguientes:

**a)** La de matriz *aristotélica*, caracterizada por la rehabilitación de la razón práctica como guía para discernir el derecho en un contexto en el que se recupera la consideración retórica del Estagirita sobre esta materia. T. Viehweg; Ch. Perelman; M. Villey o Arthur Kaufmann, pueden ser ejemplos de esa postura;

**b)** La *hermenéutica filosófica* con su holística consideración del fenómeno interpretativo, a partir de los trabajos de Husserl; M. Heidegger y, de modo especial por su vínculo con el derecho, H.G. Gadamer; J. Esser; el citado Kaufmann; W. Hassemer; A. Ollero o F. D’ Agostino, entre otros;

**c)** Los planteamientos de corte más analítico, aunque preocupados por dotar a la actividad interpretativa de un vigoroso conjunto de *reglas argumentativas* que aseguren la racionalidad de la decisión jurídica, como los de J. Wróblewski; G. Tarello; R. Alexy o A. Aarnio;

**d)** La consideración de que el sistema jurídico no sólo está dotado de reglas sino, además, de *principios*, lo cual revela no solo el apartamiento de la “rule book conception”, tal y como es señalado por Dworkin en su conocida polémica con Hart, sino que, además, dada la íntima vinculación de aquellos con la moral, su presencia procedan de una práctica del foro; del ethos de una sociedad-, o de a partir de ciertos criterios perceptibles a escala universal a partir de exigencias básicas de las personas, como se lee, por ejemplo, en el Preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica), entraña el quiebre del paradigma positivista basado sobre la férrea separación entre derecho y moral, como es puesto de relieve, además de por el citado Dworkin, con anterioridad, por J. Esser en su conocida polémica H. Kelsen en los tempranos sesenta;

---

<sup>2</sup> Herbert Hart, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema* N° 36 (mayo 1980), Madrid, (del inglés por L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo), 6. El énfasis es del original.

e) La “juridificación” de las constituciones nacionales de los estados, fenómeno que se aprecia en los países europeos (no así en los Estados Unidos y en la Argentina, donde esta perspectiva se da por descontado desde un primer momento) y que contribuye a dar cabida, al interior de todo ordenamiento jurídico, a las valoraciones morales y políticas que entraña todo texto constitucional, las cuales, de esta forma, pasan a integrar plenamente el sistema de derecho de esos estados.

Pues bien, el objeto de este papel, en el marco de un encuentro dedicado a la Argumentación e Interpretación jurídicas, es plantear, en primer lugar, la creciente relevancia de la argumentación a fin de discernir el sentido del derecho, lo que va de la mano de una de las notas típicas del pensamiento de razón práctica, tal y como es configurado por Aristóteles hace casi 2500 años (II). Dicha relevancia pone en el centro de la escena a la judicatura, la que adquiere un protagonismo ausente bajo un paradigma clásicamente positivista. Emergen entonces tres posibles modelos de jueces que actúan en paralelo a tres posibles esquemas de casos judiciales. Un repaso de esas características ocupa el punto III. De su examen se propone un modelo más apropiado de judicatura y de argumentación, todo lo cual será examinado en el apartado IV a partir de un ejemplo jurisprudencial.

## 2.

---

### RELEVANCIA DEL *OFFICIUM ARGUMENTATIVO*

El pensamiento de la razón práctica plantea, antes que nada, la inexorable vinculación entre teoría y práctica en el ámbito jurídico. Por de pronto, el reconocimiento de la *dimensión teórica de la práctica*, la que es sumamente ostensible cuando, v. gr., los tribunales constitucionales asumen decisiones de trascendencia: piénsese en cuestiones concernientes al estatuto de la vida o de la muerte o los límites entre las facultades estatales y la autonomía privada<sup>3</sup>. Pero, necesario correlato de lo anterior, la *dimensión práctica de la teoría* pues, para seguir con los ejemplos recién citados, no se comprende cabalmente el alcance de la vida humana o su modo de ejercicio, sino a partir de problemas concretos en torno de estas cuestiones.

---

<sup>3</sup> Para la Argentina, considérense las decisiones del Alto Tribunal en las causas “Bahamondez” (Fallos: 316:479) “Albarracini” (Fallos: 335:799), sobre la autorización o no de prácticas médicas basadas en fundamentos religiosos con consecuencias para la propia vida del peticionante, o “Arriola” (Fallos: 332:1963), sobre la permisión del consumo de estupefacientes a título personal.

Esta perspectiva revela un inevitable *officium* argumentativo. Hablar de argumentación, en efecto, entraña mentar una razón práctica, es decir, una razón que corrige; que rectifica (de ahí la conocida expresión medieval “recta ratio”, que sintetiza –nada redundantemente, como se le reprochó en la modernidad<sup>4</sup>– la enseñanza de Aristóteles; que se abre camino entre los hechos; normas; razones (y sinrazones) de las partes. Se trata, en fin, de una *razón que argumenta en torno de un problema* o, mejor, de problemas.

Lo recién dicho supone una apreciación rica en contenidos que conduce a la necesidad y relevancia de la argumentación:

–si bien no se descuida el concurso del elemento sistemático, siguiendo a Josef Esser y a Theodor Viehweg, se acentúa lo que se conoce, desde entonces, como “pensamiento problemático”<sup>5</sup>;

–correlato de lo anterior se advierte la gravitación de la *pragmática* sobre la *sintáctica* y la *semántica*<sup>6</sup>;

–asimismo, el “problema” remite a cuestiones de carácter moral. Como explica Francesco Viola, “basta echar una mirada a las sentencias de los jueces constitucionales (sobre todo a los de la Corte Suprema de los Estados Unidos) para que uno se dé cuenta de que se halla delante de debates morales en que el contenido de los valores en juego es más importante la fidelidad a las formulaciones literales de la reglas”<sup>7</sup>. Así, decisiones como la recién citada sobre la autonomía de la voluntad y el alcance de la intervención estatal en materia de estupefacientes, reenvían al delicado equilibrio entre lo posible y lo deseable; lo mejor y lo tolerable; lo razonable y lo irrazonable; en definitiva, lo justo y lo injusto<sup>8</sup>. Como es obvio, otro tanto cabe predicar de los otros supuestos mencionados (y de cualquiera de

---

<sup>4</sup> Cfr Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, “El derecho natural como núcleo de la realidad jurídica”, en *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico* (Buenos Aires: Abaco, 2008), 206.

<sup>5</sup> Cfr a propósito del primero, Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho* (Barcelona: Ariel, 2001), 169. En lo relativo al segundo, cfr Theodor Viehweg, “Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico”, en *Tópica y Filosofía del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 1991); traducción del alemán por R. Zimmerling, con observación preliminar de E. Garzón Valdés; 118. Un ejemplo de la centralidad de este pensamiento se advierte en el modo como principia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: “los *casos* que este Código rige deben ser resueltos según las leyes...” (énfasis añadido).

<sup>6</sup> Viehweg, “Apuntes para una teoría retórica de la argumentación jurídica”, en *Tópica y filosofía...*, pp. 167-168.

<sup>7</sup> Francesco Viola, “Los derechos humanos: ¿una nueva forma de derecho natural?”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, *Las razones...*, nota 3, p. 169.

<sup>8</sup> El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación parece asumir este paradigma cuando, en el art. 3º, expresa que “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión *razonablemente fundada*” (énfasis añadido), decisión que acaso deba ser complementada con el art. 1º, 10, 12 y concordantes que sujetan el contenido de la “ley” al “derecho”, esto es, a “lo justo”, en línea con la clásica enseñanza romano-medieval. Sobre esto, cfr Rabbi-Baldi Cabanillas, “Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en Rivera/Medina, *Comentario al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2013* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), 28.

análoga índole), ninguna de cuyas decisiones resultan inocuas, ni neutrales ni, menos, generan indiferencia;

-En efecto; dichas decisiones importan una amplia disparidad de pareceres. Este dato, que es evidente al interior de sociedades homogéneas o más o menos homogéneas (piénsese, por ejemplo, en el mundo Occidental el debate en torno del estatuto del embrión o el tema del aborto), es indiscutido cuando éstas no lo son (reparése, v. gr., a escala planetaria los conocidos supuestos de la ablación del clítoris o de la amputación de un dedo al ladrón) y requiere de una *argumentación*, la cual será tanto más robusta cuanto mayor sea el ímpetu por obtener una coexistencia no solo posible sino, además, virtuosa.

Ahora bien, ¿por qué se considera que la argumentación es el lugar por excelencia al que converge en la actualidad la atención de los teóricos jurídicos? A mi juicio, esta pregunta está estrechamente ligada al dato de que en la actualidad no se discute el tránsito del llamado Estado de Derecho al *Estado Constitucional de Derecho*, lo cual ha generado no solamente la expansión de los principios de naturaleza constitucional, sino su creciente operatividad, todo lo cual, como se anticipó, gravita directamente sobre el campo de la argumentación<sup>9</sup>. La realidad jurídica, en efecto, es vista desde hace ya cierto tiempo “sub specie constitutionis”, esto es, bajo el prisma de la Constitución, en especial, de sus principios liminares, cuya naturaleza moral conduce a reforzar la relevancia de la argumentación.

Al respecto, al igual que el ya citado Viola, Alexy ha escrito páginas persuasivas. Así, interesa puntualizar su noción de que “los principios son *mandatos de optimización*”, por lo que, en cuanto tales, exigen ‘que algo [el derecho a la vida; a la integridad física; a la libertad de expresión; al honor, etc.] sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes’”. Y precisa, “el carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas”, precisamente, “se plantea una tarea de optimización” de aquellos, tarea ésta que “es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, moral”<sup>10</sup>. Desde esa perspectiva, y profundizando el punto de vista del profesor italiano, añade que “toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa”, por lo que “la única diferencia consiste en que en la colisión entre

<sup>9</sup> La operatividad de los principios constitucionales –y aún de los valores que dimanen del Preámbulo– ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema desde antiguo, como se advierte de los casos “Siri” (Fallos: 239:459) y “Kot” (Fallos: 241:291) y amplia jurisprudencia concordante (conf. causa “Saguir y Dib”, Fallos: 302:1284 y muchos otros). No aconteció lo mismo respecto de los principios emanados de tratados internacionales de protección de derechos humanos hasta que éstos no exhibieron rango constitucional, como se advierte de las diversas precisiones que emergen del relevante precedente “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492). La expansión del tema puede apreciarse en el reciente caso “Q., C. c/ Gobierno de la Ciudad”, Fallos: 335:452 relativo al acceso a una vivienda digna por parte de una familia carenciada con un menor discapacitado.

<sup>10</sup> Robert Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” (del alemán por M. Atienza), *Doxa*, 5 (1988): 143-144.

principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto *deontológico*, y en otro bajo un aspecto *axiológico*. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de valores” (énfasis del original)<sup>11</sup>.

Ante ello, ingresa otro ingrediente llamado a tener honda repercusión en el horizonte argumentativo. A juicio de Alexy, “la naturaleza de los principios en cuanto mandatos de optimización conduce inmediatamente a una conexión necesaria entre principios y proporcionalidad”<sup>12</sup>, de modo que “la naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad y viceversa”<sup>13</sup>. No puedo detenerme aquí en el análisis alexyano del principio de proporcionalidad y sus conocidos subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto (algunos ejemplos jurisprudenciales procurarán ilustrarlo más tarde) más que en lo siguiente: la mayor o menor realización posible de los principios “están determinadas esencialmente por los principios opuestos”, por lo que “la determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio respecto a lo que ordena otro principio, se determina por medio de la ponderación”<sup>14</sup>, reconociendo, a ese respecto, una “escala triádica” de intensidades según que la afectación de un principio en un caso concreto sea “leve”, “media” o “intensa”. La respuesta a esa “gradación” la da, escribe Alexy, la “metáfora del peso” específico de cada principio en un caso concreto, lo que, en cuanto aquí especialmente interesa no está ajeno a una argumentación basada en la necesidad de corrección y en argumentos de carácter moral. A este último respecto, el autor es categórico en cuanto a que, por ejemplo, “la determinación de la intensidad de la interferencia al derecho al honor” de una persona se funda “en la apreciación de dicho epíteto como humillante y como expresión de falta de respeto”, lo cual constituye un “argumento moral”, sin los cuales, “la fórmula del peso no podría ser aplicable” en ningún caso del estilo por lo que “viene a ser una estructura de la argumentación jurídica y moral”<sup>15</sup>. En este punto, el autor hace frente a la frecuente “objeción de irracionalidad” de la fórmula del peso en tanto “no especifica cómo deben

---

<sup>11</sup> Alexy, “Sistema jurídico...”, 145.

<sup>12</sup> Rabbi-Baldi Cabanillas, “Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en Rivera/Medina, *Comentario al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2013* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012); Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos...”, *Doxa*, 5 (1988); Alexy, “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad” (del inglés por A. García Figueroa), *Anuario Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha/Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, 16, 13.

<sup>13</sup> Alexy, “La dignidad humana...”, 14.

<sup>14</sup> Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” (del inglés por J. Portocarrero *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, año 31 (2011): 12.

<sup>15</sup> Alexy, “Los derechos fundamentales...”,



determinarse los pesos concretos a ser introducidos, medidos y comparados en la fórmula”. Su respuesta es un decidido alegato, entre otros aspectos, en favor de la relevancia de la argumentación. A su juicio, proposiciones como “la restricción de la libertad de expresión es grave”, “tiene que ser justificada” y “esto puede ser hecho solamente mediante argumentos. En este sentido, la fórmula del peso está intrínsecamente conectada con el discurso jurídico”, expresando “un argumento básico” de éste<sup>16</sup>. Como tal, añade, “se hace imprescindible para introducir ‘orden en el pensamiento jurídico’. Esto pone en claro qué puntos son los decisivos y cómo dichos puntos se relacionan unos con los otros. Una estructura de discurso iusfundamental que asegure mayor racionalidad no es posible. Esto basta para demostrar que el análisis de proporcionalidad es exigido no solamente por la naturaleza de los derechos fundamentales, sino también por la pretensión de corrección misma que a su vez es necesariamente formulada en la argumentación realizada por la jurisdicción constitucional”<sup>17</sup>.

En definitiva, la constitucionalización del ordenamiento jurídico a través del despliegue de los principios jurídicos cuya naturaleza moral es incuestionable ha conducido a que la ciencia jurídica sea vista (es la postura no solo de Alexy, sino de Dworkin, Habermas, Mac Cormick o Finnis) como una práctica institucional de ese carácter. Y, como es obvio, una práctica así entendida requiere no sólo estructurarse en torno de argumentos, sino que, en rigor, precisa de una sofisticada metodología destinada a controlar y a desarrollar el procedimiento argumentativo de modo que éste obtenga soluciones justas.

¿Por qué se requiere de una argumentación? Porque si no la hubiera, ¿cómo cabría persuadir unos a otros acerca de la más pertinente respuesta a una controversia justamente de carácter moral? ¿cómo sustentar los juicios jurídico-morales que tienen entre manos todo operador jurídico? ¿cómo obligar (obligarnos) a explicitar y fundamentar las “precomprensiones”, para decirlo con Josef Esser<sup>18</sup>, que cada uno de ellos lleva consigo? ¿cómo “domesticarlas”, si se me permite el recuerdo, siempre cautivante, de Saint-Exupéry<sup>19</sup>? Dicho en palabras de Chaim Perelman: ¿cómo justificar los juicios de valor?, es decir, ¿cómo abordar la racionalidad de los juicios de valor?<sup>20</sup>.

La pregunta de Perelman es, en verdad, la que abre, luego de la Segunda Gran Guerra, los estudios en torno de las diversas teorías de la argumentación jurídica que se han desplega-

<sup>16</sup> Alexy, “Los derechos fundamentales...”, 17.

<sup>17</sup> Alexy, “Los derechos fundamentales...”, Cfr también

<sup>18</sup> Josef Esser, *Vorverständnis und Methodemwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt am Main: Athenäum, 1970), en la que “Vorverständnis” es “precomprensión”. Existe traducción castellana del cap. V a cargo de M. Rodríguez Molinero, bajo el título “La Interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid (1986): 41 ss.

<sup>19</sup> Antoine Saint-Exupéry, *Le Petit Prince* (Paris: Gallimard, 1975).

<sup>20</sup> Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Madrid: Civitas, 1988), del francés por L. Díez Picazo, *passim*.

do desde entonces. Se asiste, pues, a un nuevo paradigma en el que, según se ha adelantado, se abandona la fundamentación positivista basada en el razonamiento lógico-deductivo (discurso apodíctico o demostrativo) para adoptar otra de carácter ponderativo (discurso dialéctico o tópico) con el cual la índole de lo jurídico parece acoplarse mejor en tanto la índole de las cuestiones centrales a las que se enfrenta pertenecen más al mundo de lo verosímil, no de la certeza; de lo probable, no de lo inflexible; de lo razonable, no de lo racional; en suma, de lo que requiere *argumentación*, no *demostración*. Dichas cuestiones —ejemplificadas bajo el paradigma que representa el Estado Constitucional de Derecho— requiere de ponderaciones; de ajustes; de delimitaciones que precisan ser explicitados; explicados; desarrollados y, de ordinario, confrontados con otros contenidos nunca en abstracto, sino en el marco de casos concretos, los que acaecen en situaciones precedidas por tradiciones específicas y contextualizadas. En suma, un razonamiento del estilo ha contribuido enormemente —como puntualiza Prieto Sanchís— a “complejizar” las decisiones, lo que no va sin consecuencias respecto de la previsibilidad y seguridad jurídicas, y del papel de la judicatura en la resolución de los conflictos que arriban a sus estrados.

### 3.

## JUDICATURA Y ARGUMENTACIÓN

Pues bien; en lo que sigue deseo ocuparme de este último aspecto, el que ha concitado una creciente atención —y también preocupación— tanto por los teóricos cuanto por los operadores del derecho.

1. En líneas generales, se observa en diversos aspectos de la práctica tribunalicia el tránsito desde un papel de órgano “reproductor” de las normas, tal y como fue asumido por la Dogmática, a uno de superior actividad, tarea que se emprende básicamente por razones de justicia material y que requiere de un necesario bagaje argumentativo. Así, entre otros ejemplos:

—de pronunciarse sólo ante casos concretos, los jueces han avanzado manifestándose aun en situaciones que han devenido abstractas pero que, por su relevancia institucional, quien se asume como intérprete final de la Constitución considera que debe hacer saber su palabra, a título de autoridad doctrinaria. El también citado caso “Bahamondez” ilustra lo recién expuesto.

-de considerar que no correspondía declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas, porque ello atenta contra los principios de igualdad de las partes y, precisamente, de auto restricción de los jueces, se avanzó a la postura contraria, con sustento, en lo esencial, en los principios de jerarquía normativa y de *iuria novit curia*, como se advierte en los casos “Mill de Pereyra y otros”; “Banco Comercial de Finanzas SA (en liquidación BCRA) s/ quiebra” y “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra”<sup>21</sup>.

-el afianzamiento de la búsqueda de la verdad material por sobre la formal, lo que ha asumido diversas perspectivas que buscan preterir el denominado “exceso ritual manifiesto” en favor de la “verdad jurídica objetiva”, tal y como se expresa invariablemente desde el precedente “Colalillo”<sup>22</sup>; abandonar la obligación del planteamiento de la cuestión federal en la primera oportunidad procesal posible, en favor de su admisión cuando ésta resulta sobreviniente por determinadas circunstancias que así lo justifiquen<sup>23</sup>, o admitir los memoriales federales aun cuando no hubieran seguido los recaudos de presentación exigidos por la Acordada 4/2007 cuando estuvieren en juego determinados principios relevantes, como el derecho a la salud o la persecución de crímenes de lesa humanidad<sup>24</sup>.

De lo expuesto, surgen diversos planteamientos. Por de pronto, una cuestión no menor reside en responder si el intérprete constitucional, esto es, el exégeta de los principios más característicos del ordenamiento jurídico, es todo magistrado (sistema difuso), o son solo algunos de ellos (sistema concentrado) y, en ambos casos, quién y cómo los elige. Es innecesario agregar que los niveles y la extensión de la argumentación variará según las respuestas que se den a estas preguntas.

**2. Modelos de jueces. Ejemplos.** Dejaré este tema de diseño constitucional para otro momento. Ahora deseo concentrarme en un tópico de índole filosófico jurídico. En efecto; detrás del desafío por el logro de la racionalidad de los juicios de valor por parte de todo decisor late la tensión sea de incurrir en el *juez legislador* (o *quasi legislador*), es decir, aquel que con sustento en sus criterios personales crea la solución normativa del caso; sea en el *juez mera boca de la ley*, esto es, aquel que se erige en el mecánico reproductor de una norma que posee un carácter inflexible, con entera prescindencia de las particularidades de cada supuesto. Es que, frente a tales extremos, en este papel se abogará por la noción aristotélica

<sup>21</sup> Cfr., respectivamente, Fallos: 190:142; 302:303; 324:3219; 327:3117 y 335:2333.

<sup>22</sup> Cfr Fallos: 238:550.

<sup>23</sup> Cfr, por todos, el completo análisis de Néstor Pedro Sagüés, *Recurso extraordinario* (Buenos Aires: Astrea, 2, 3°, 1992), 408-422.

<sup>24</sup> Cfr Corte Suprema de Justicia de la Nación, causas “D., D. F. c/CEMIC s/amparo”, Sent. del 29/4/14, voto juez Fayt, y causa “A.1320.XLIV. RHE. “Acosta, Jorge E. y otros s/infracción art. 144 bis”, Sent. del

del magistrado como sinónimo de “justicia animada” y que aquí se define como el *juez intérprete*, según se precisará más abajo.

Por de pronto, una pertinente muestra de lo primero es el voto de mayoría de la CIDH en el caso “Artavia Murillo” en el que determina que la vida humana, en el supuesto de las técnicas de fertilización asistida, se inicia recién con la implantación del embrión en el útero materno. El *holding* del fallo se encuentra en el parág. 186 en el que se lee que “la prueba científica concuerda que (...) si bien el óvulo fecundado da paso a una célula *diferente*, con la consecuente información genética *suficiente* para el desarrollo de un ser humano, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus *posibilidades de desarrollo* son nulas”<sup>25</sup> (énfasis añadido para puntualizar el corazón de la crítica). A mi juicio, deducir la inexistencia de la persona humana por su imposibilidad de desarrollo encierra la propia refutación del postulado, máxime si está contradiciendo la evidencia científica que el propio voto asume de que ya existe una célula diferente, estoy es, que ya hay un ser distinto, más allá de su ninguno, poco o mucho desarrollo posterior. En síntesis, la conclusión parece más bien fruto de un voluntarismo que no resiste las premisas lógicas sobre las que reposa<sup>26</sup>. A su vez, un ejemplo de lo segundo lo constituye la disidencia parcial del juez Belluscio en la causa “Itzcovich” (Fallos: 328:566) relativa a la planteada inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463 en cuanto establece un recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema contra los pronunciamientos de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

A juicio del magistrado, se trata de una “norma altamente inconveniente que roza los límites de lo absurdo”, pues

parece ideada en el propósito de poner trabas al reconocimiento de los derechos previsionales, y ocasiona un singular trastorno en las tareas de este tribunal. Sin embargo, **es al legislador a quien incumbe corregir su error, que esta Corte puede señalar, pero no enmendar sin entrar a juzgar del acierto o desacierto de aquél en el ejercicio de sus poderes discrecionales**. De lo contrario, se invalidarían las atribuciones del Congreso entrando en el examen del mérito o conveniencia de lo legislado por éste con afectación de la separación y el equilibrio entre los poderes del gobierno federal que el texto constitucional estatuye” (consid. 3°, énfasis añadido para puntualizar el *quid* del planteamiento citado).

---

<sup>25</sup> CIDH, “Artavia Murillo y ot. (fecundación in vitro) c/ Costa Rica”, Sent. del 28/11/12, No. 2000-02306, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, t. I, folios 88, 90). Una versión abreviada se publicó en *La Ley*, 28/12/12, p. 8.

<sup>26</sup> Para un estudio más detallado del tema, cfr Rabbi-Baldi Cabanillas, R./Fléming Cánepa, E., “El Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica de la CIDH: las técnicas de fertilización asistida; el estatuto del embrión y sus efectos en el derecho interno”, en Palacio de Caeiro, Silvia (director), *Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el derecho argentino* (Buenos Aires: La Ley, 2015), t. I, cap. XI, 551-595.

Como surge de lo transcrito, el voto hace gala de una extrema auto restricción en orden al ejercicio de facultades ajenas al Poder Judicial (examinar el modo de ejercicio de una incumbencia de otro Poder), aún a sabiendas de la inconveniencia de la norma y de los graves perjuicios de rango constitucional que irroga a un sector especialmente crítico de la sociedad.

Pues bien, pienso que las teorías argumentativas en sentido lato y el pensamiento de la razón práctica en particular prohíjan un modelo de un “juez intérprete” de todos los hechos arimados a la causa; todas las razones (y sin razones) vertidas en el proceso; todas las normas que integran el ordenamiento jurídico; su jurisprudencia y los aportes doctrinarios que amalgaman, para decirlo con Betti y aún con Cossio<sup>27</sup>, la tradición jurídica a la que se pertenece y en la que se actúa, de modo que la “norma del caso”, según reparaba Karl Engisch, no resulte aquel texto ya escrito ni, tampoco, un documento absolutamente original. Se trata, por el contrario, de arribar a una lectura que sin traicionar su sentido originario, contemple los ingredientes que le aportan la historia; el contexto y las circunstancias de cada caso, *actualizando* su cabal contenido. En una clave constitucional, cabría decir que se le pide al juez interprete una visión “dinámica” de la norma bajo examen. Ilustraré este punto en el último apartado de este papel.

**3. Modelos de casos. Ejemplos.** La otra cuestión que deseo plantear aquí y que guarda cierta relación con el perfil de la judicatura que se ha descrito es la clasificación de los casos a los que se enfrenta según sean “fáciles”, “difíciles” o “trágicos”. Manuel Atienza escribe que existen casos en los que “cabe establecer una jerarquía más o menos clara de valores, de manera que, por ejemplo, las exigencias que derivan de un valor de rango superior tienen prioridad con respecto a las que derivan de otros de rango inferior”. Estos supuestos, es claro, difieren de otros “más graves (...) en que se plantea un conflicto entre valores, o entre exigencias que derivan de valores, que tienen, o cabe plantear que tienen, el mismo rango jerárquico. Esto ocurriría cuando entran en conflicto dos o más derechos ‘fundamentales’...”<sup>28</sup>. El primer supuesto remite a lo que cabe identificar como un caso “fácil”; el segundo se conduce a los “difíciles”. Ahora bien; cuando dicho procedimiento resguarda la totalidad de los aspectos o elementos que componen cada uno de los derechos fundamentales en tensión, expresa Atienza que se obtiene un “equilibrio óptimo”<sup>29</sup>. Sin embargo, si ello no es posible (y, como es bien sabido, de ordinario deviene sumamente dificultoso, cuando no imposible que

<sup>27</sup> Sobre esto, cfr mi estudio “La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: coincidencias y actualidad de dos perspectivas contemporáneas”, *La Ley*, Buenos Aires, 2005-

<sup>28</sup> Manuel Atienza, “Sobre lo razonable en el derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 27 (1989):97.

<sup>29</sup> Atienza, “Sobre lo razonable...”, 100.

lo sea), el equilibrio que resulte será, afirma Atienza, “mínimo”<sup>30</sup>. Por último, cuando nada de eso es viable, se está ante un caso “trágico”: “si así ocurriera, entonces no habría forma de encontrar una solución que no sacrificara lo esencial de alguno de los dos valores (...). Ahora no nos encontraríamos ya frente a una simple alternativa, sino frente a un dilema”<sup>31</sup>.

Generalizando, un caso “fácil” tiende a ensamblar con el perfil del juez “boca de la ley”, en tanto éste, como mero aplicador de la norma, procura “simplificar” sus resoluciones, sin adentrarse en prescripciones que, en línea de principio, son propias del órgano legislativo. A su turno, los casos “difíciles” y “trágicos” pueden transformarse en el escenario del juez “quasi-legislador” y del juez “intérprete”, en tanto éstos suelen presentar diferencias con la mera subsunción normativa, bien que las razones justificatorias difieren marcadamente: el primero es refractario a obtener resultados antifuncionales con el ordenamiento jurídico; disvaliosos para los fines tenidos en mira por el ordenamiento jurídico o manifiestamente injustos. Por su parte, si bien el juez “quasi legislador” tiende a compartir dichos propósitos, puede no exhibir reservas ni en abandonar el ordenamiento jurídico ni, incluso, las circunstancias fácticas del supuesto al que se enfrente (lo que Alexy denomina “certeza epistémica”<sup>32</sup>), lo que no es el caso del anterior, preocupado, según acaba de señalarse en el punto anterior, por hacer honor, conjuntamente, tanto a la semántica cuanto a la finalidad o sentido último del sistema en correspondencia con las circunstancias comprobadas de la causa. Ejemplifico lo recién expuesto con un supuesto que bordea lo “trágico”: el caso “FAL” de la Corte Suprema argentina sobre no punibilidad de aborto seguido de violación<sup>33</sup>. El Código Penal argentino vigente autoriza la práctica ante dos supuestos: peligro para la vida y la salud de la mujer sino hubiera otra alternativa menos grave y, transcribo, “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente” (énfasis añadido). El caso se planteó porque quien requiere la práctica es una menor de edad plenamente capaz, más allá de que el aborto ya se había realizado lo que revela el ya señalado cambio de paradigma desde un juez meramente reproductor de normas a otro más focalizado por discernir el sentido de éstas y, si cabe, su justicia intrínseca. De ahí que, asumido dicho “giro”, lo que debe indagarse (y es lo que se hará a propósito de este supuesto en este lugar) es si en ese propósito los magistrados actúan “quasi legisladores” o como “intérpretes”.

---

<sup>30</sup> Atienza, “Sobre lo razonable...”, 100.

<sup>31</sup> Atienza, “Sobre lo razonable...”, p. 101.

<sup>32</sup> Alexy, “La dignidad humana...”, p. 24.

<sup>33</sup> Sobre este tema, cfr más ampliamente mi estudio “El aborto no punible en la Argentina: consideraciones del sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una filosofía del derecho constitucional, a partir del caso “F.” de la Corte Suprema”, *Pensar en derecho*, número 0, año 1 (año), Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 331-378.

La mayoría de la Corte resolvió que le asiste razón con sustento en que “al utilizar una conjunción disyuntiva” (la “o”) el legislador “previó dos supuestos diferentes”. Pues bien; dicha afirmación no solo contradice la semántica de la norma (el Diccionario de la Real Academia esclarece que la “o” tiene valor tanto disyuntivo como coordinante), sino que, ante la razonable duda de cuál sentido gramatical corresponde asignar a la conjunción, se debió acudir –como el Alto Tribunal lo recuerda constantemente en invariable jurisprudencia, menos en ésta ocasión- a la voluntad del legislador y, en este caso, todavía más, existía la posibilidad de acudir a la fuente que sirve de base al texto, el anteproyecto suizo de 1917, sin contar, a mayor abundamiento, con los comentaristas del documento más clásicos, tanto los de entonces como posteriores, de todo lo cual se hubiera concluido que la exención solo cubría a la mujer idiota o demente y ello con sustento en tristemente célebres motivaciones eugenésicas, que fueron explícitamente señaladas en los fundamentos de ambas normas (la suiza y la argentina). La mayoría del tribunal, pues, actuó en el caso como “quasi legislador”, a contramano de la voluntad expresa del legislador penal; de otras normas constitucionales, infraconstitucionales y de una metodología interpretativa de armonización de los derechos fundamentales que el propio órgano exige adoptar de ordinario.

Por el contrario, el voto concurrente de los jueces Petracchi y Argibay parece encaminarse en la línea de lo que cabría considerar el “juez intérprete”. Por de pronto, reconoce que se está ante una “severo conflicto de intereses” entre derechos de análogo rango (el del nasciturus y el de la mujer), algo que no había sido considerado en el anterior voto el que, por tanto, plantea la cuestión del aborto en términos de un “derecho” (absoluto) de la mujer. De seguido, señala que la defensa del nasciturus no ha probado que las “medidas alternativas” que propicia para evitar la práctica neutralicen el perjuicio que sufre la peticionante (voto de la jueza Argibay, consid. 13, párr. 4º; voto del juez Petracchi, consid. 11, la cursiva se ha añadido), por lo que, *a contrario*, parece sugerir que de haberlo hecho, no procedería el pedido. A mi juicio, lo expuesto está revelando que para estos magistrados el supuesto bajo análisis entraña un caso “trágico” (“Sólo en consideración de este contexto específico [“peligro para un interés legítimo” de la mujer] es que el legislador *acepta como socialmente soportable* una conducta que *en sí* aprecia como prohibida” (voto de la jueza Argibay, consid. 14, párr. 1º) que, de ser posible, debe evitarse, y de no serlo podría autorizarse el aborto, pero no con sustento en lo que la ley claramente no dice, sino, v. gr., con apoyo en la hipótesis del peligro para la vida o salud de la mujer.

Se advierte, en fin, que el resultado podría ser semejante pero la estructura argumental difiere por completo: el juez de la mayoría actuó como un “quasi-legislador” en tanto que:

a) prescindió de la norma infraconstitucional aplicable al caso –art. 86, inc. 2°, Cód. Penal-; b) ignoró la categórica voluntad legislativa; c) omitió acudir a la metodología de interpretación ponderativa de los derechos en tensión, la que es reemplazada, según se vio, por una jerarquización de valores y principios que, finalmente, d) conducen a una desconsideración de los aspectos fácticos del caso. Por el contrario, el voto concurrente parece acercarse a la lógica del “juez intérprete” en tanto evidencia un acatamiento al sentido último de las normas en juego (al reconocer la existencia de una “extrema conflictividad” entre dos derechos de primer orden<sup>34</sup>); revela la consideración, *a contrario*, de la “certeza epistémica” de la causa (de haber probado la defensa del *nasciturus* la existencia de medidas alternativas menos gravosas que el aborto) y –aspecto éste dirimente- a través del empleo de una método que ubica en la cúspide valorativa a todos los derechos constitucionales involucrados en cada caso, considera que éstos no exhiben prioridad de rango ni en abstracto ni en concreto: en lo primero, porque ningún derecho prevalece sobre otro (no “pesa” más la vida y la salud psico-física de la madre que la del *nasciturus* o viceversa); en lo segundo, porque la tarea del intérprete es garantizar, tanto como resulte posible, la concreción de los derechos en tensión a niveles de equilibrio cuanto menos “mínimos”, para seguir el planteamiento de Atienza, reservando el “dilema” del caso “trágico” (la necesidad de optar por uno u otro derecho como última *ratio* del ordenamiento jurídico y luego de haber agotado el análisis de todas las posibilidades fáctico jurídicas en orden a evitarlo.

4. El aporte de las teorías argumentativas a la justificación racional de las decisiones. Algunas consideraciones. En este horizonte de especial complejidad, considero que en la actualidad la judicatura cuenta con suficientes elementos como para asumir exitosamente la función de lo que aquí se ha llamado el *juez intérprete* gracias al creciente nivel de sofisticación y completitud asumido por los convergentes esfuerzos de las teorías argumentativas. Éstas se han ido concibiendo como una perspectiva “moral procedimental del discurso práctico racional” en la que “un enunciado normativo es correcto o verdadero cuando es el resultado de un determinado procedimiento, es decir, el del discurso racional”<sup>35</sup>. Dicho discurso se nutre de un haz de reglas orientadas a controlar las valoraciones ínsitas en toda decisión ya que “es imposible un sistema de reglas metódicas que establezca exactamente sólo un resultado”. Sobre el particular, Alexy añade -y cualquier práctico del derecho no puede sino rendirse ante la evidencia- de que “en todos los casos ya medianamente dudosos se requieren valoraciones” de suerte que “la racionalidad del procedimiento de aplicación

<sup>34</sup> Cfr voto de la jueza Argibay, consid. 13, párr. 2° y voto del juez Petracchi, consid. 10.

<sup>35</sup> Robert Alexy, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía* (Barcelona, Alfa, 1985), 44.



del derecho depende si y en qué medida” dichas reglas “son accesibles a un control racional” ya que las mismas no entrañan ninguna determinación sobre convicciones normativas. De ahí que, avance el autor, la presencia de un haz de reglas no solamente desnuda inconsistencias en aquellos razonamientos que prescindan de ellas, sino que garantiza la racionalidad (corrección) de los enunciados; la racionalidad de la argumentación y la justificación de la decisión<sup>36</sup>. No corresponde en este papel el análisis (ni siquiera elemental) de cuál es ese conjunto de reglas (generales y específicas) del discurso práctico jurídico racional que, en la terminología alexyana, elaboran un “código de la razón práctica” que permite controlar y, en definitiva, configurar juicios sustentados bajo una pretensión de verdad o corrección<sup>37</sup>, labor que ha sido realizada con especial profundidad y claridad por otros autores a los que se remite<sup>38</sup> y que, por cierto, la Corte Suprema ha sido emplear aquí y allá<sup>39</sup>. Además de lo que al respecto diré en el último apartado de este capítulo, deseo ahora efectuar dos precisiones complementarias al papel de las teorías argumentativas en la difícil tarea de discernimiento del sentido último de lo justo.

La primera es que estos planteamientos no parten de cero. En efecto; existen condiciones limitadoras” que son antiguas y forman parte de nuestra práctica más acendrada (“la sujeción a la ley; la obligada consideración de los precedentes; su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente (...), las reglas del ordenamiento procesal”<sup>40</sup>.

La segunda precisión es que, a pesar de sus denodados empeños, estos planteamientos no impiden la existencia de criterios encontrados. Se trata de una afirmación de la mayor relevancia. El autor lo denomina “posibilidad discursiva”<sup>41</sup> ya que reconoce que el

---

<sup>36</sup> Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (del alemán por M. Atienza e Isabel Espejo), nota 31, 279-280.

<sup>37</sup> Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 36.

<sup>38</sup> Cfr, entre otros, los completos estudios de José Antonio Seoane, “Un Código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, en Pedro Serna (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Granada: Ed. Comares, 2005; nota 54, pp. 105-195; Serna, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006, pp. 78-103; Rodolfo Luis Vigo, “La teoría jurídica no positivista de Robert Alexy”, en él mismo, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 25-72 y, de modo general, el colectivo que reúne doce estudios sobre el pensamiento de Alexy/Alonso/Rabbi-Baldi Cabanillas, *Argumentación...*, nota 32, *passim*.

<sup>39</sup> Me he ocupado de ello en “El principio de proporcionalidad, la dignidad humana y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un análisis desde la perspectiva de Robert Alexy”, en Alexy, Robert/Alonso, Juan Pablo/Rabbi-Baldi Cabanillas, *Argumentación...*, nota 32, pp. 231-254 (reproducido en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, 2017-I, 12, pp. 1-12). A su vez, preparo un estudio respecto de la jurisprudencia que denuncia casos de discriminación a propósito de las denominadas “categorías sospechosas”.

<sup>40</sup> Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 36.

<sup>41</sup> Alexy, *Teoría de la argumentación...*, 202.

procedimiento no prescribe las premisas normativas de partida de los participantes en el discurso, las que pueden, por ende, diferir<sup>42</sup>, de donde –como es obvio– subsiste la posibilidad de justificar dos enunciados incompatibles pese a ser rigurosamente fundados, sin infringir las reglas del discurso.

Como es obvio, esta “posibilidad discursiva” nada dice en perjuicio de las teorías de la argumentación. Antes bien, parece dar cuenta de su nota esencial y, por ende, tanto de sus límites cuanto de sus potencialidades. Por de pronto, conviene reparar que la inexistencia de una “seguridad jurídica” asumida en la clave del pensamiento positivista clásico no es equivalente a irracionalidad pues, además de que –se insiste– “no es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de la Jurisprudencia, sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios o reglas”<sup>43</sup>, el derecho, como se había anticipado, no es un concepto concluido de una vez y para siempre, sino una realidad que se configura caso a caso en el marco de un quehacer eminentemente práctico. En ese sentido, la ausencia de una “respuesta correcta” no implica que ésta no exista como “idea regulativa”; como “idealiter”; como “pretensión de corrección” que el operador jurídico configura, tanto como le resulta posible, en cada caso con el concurso de todos los elementos y factores de que dispone la ciencia jurídica, la que, por cierto, no es ajena a una “tradición”, la que actúa no como un mero repertorio de datos, sino que procura explicar o, mejor, y para decirlo de manera hermenéutica, “comprender” el destino del ser humano al cual el derecho ha de servir si es que quiere encontrar su razón de existir<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 273: “el punto de partida del discurso lo constituyen las convicciones normativas realmente existentes, que con frecuencias son incompatibles entre

<sup>43</sup> Alexy, *Teoría de la argumentación...*, nota 31, p. 279.

<sup>44</sup> Por eso dice Alexy que en la tarea el jurista no está solo, sino que se haya acompañado de un ordenamiento social racional y justo, el que debe integrarse tanto en una teoría del derecho (cuyo valor medular es la racionalidad), como en una teoría del Estado (cuyo valor es la democracia y los derechos humanos). De ahí que, añada, la “teoría del discurso es coherente con el estado democrático occidental y expresa la idea de la libertad y de la igualdad universal”. Considero que esta afirmación asume un dato fáctico (la primera parte) y emite un juicio teórico (la segunda). Esta última es relevante por su pretensión de generalidad que, a mi ver, es lo característico de toda teoría del discurso: si éstas no tienen como norte alcanzar un entendimiento universal, verdaderamente habrán fracasado. En esa línea, más allá de que puedan identificar mejor a Occidente que a otras regiones (afirmación que pongo entre paréntesis), considero que las teorías argumentativas constituyen el *prinus* para un entendimiento universal. Por eso, completa Alexy, la teoría del discurso jurídico racional “como tal ideal, apunta más allá del campo de la jurisprudencia. Los juristas pueden, ciertamente, contribuir a la realización de la razón y de justicia, pero esto, en el sector que ellos ocupan, no pueden realizarlo aisladamente. Ello presupone un orden social racional y justo” (*Teoría de...*, p. 280).

## 4.

### UN EJEMPLO VIRTUOSO DE ARGUMENTACIÓN

Deseo ahora retomar el caso “Itzcovich” pero a través de sus votos mayoritarios, en razón de que en ellos encuentro un adecuado ejemplo de una argumentación robusta que, distanciándose tanto del “juez boca de la ley” cuanto del “juez legislador” (al que uno de los votos mayoritarios –el del juez Lorenzetti– refiere críticamente en su pronunciamiento), hace honor a los exigentes postulados del Estado Constitucional de Derecho, cuidando, al mismo tiempo, que aquella argumentación no resulte defraudada ni por una lectura originalista del documento ni, tampoco, mediante una descontextualización de aquél a través de una mirada ajena a sus raíces propias.

Como se puntualizó, en esa causa se discutía la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463, lo que así fue declarado por el Alto Tribunal a través de tres votos concurrentes que, a mi ver se estructuran en niveles crecientes y complementarios de argumentación proporcionando una fundamentación lo más completa y satisfactoria posible respecto de la decisión adoptada.

El voto mayoritario (jueces Petracchi; Fayt y Highton), recuerda, en primer lugar, los motivos que inspiraron el dictado de la ley bajo análisis (moderar el altísimo índice de litigiosidad en la materia; evitar el dispendio jurisdiccional y, en cuanto concierne al art. 19, considerar que la tercera instancia ordinaria tuvo en miras conceder una mayor seguridad de acierto a los fallos atenta su repercusión en asuntos análogos, consids. 6º, *in fine* y 7º).

Sobre tales bases, precisa las objeciones que “la evidencia empírica” muestra respecto del procedimiento del citado artículo: (a) “gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional” (b) inadecuado empleo de dicha vía por parte del Estado Nacional, en tanto “la experiencia reflejada en las estadísticas demuestra” que “una significativa mayoría de los recursos ordinarios” deducidos fueron rechazados o declarados desiertos”; (c) lo que ha entrañado “una injustificada postergación” en el cobro de créditos de carácter alimentario.

Ante ello, concluye que “si bien es cierto que hasta el presente la Corte acató la jurisdicción reglada (...) ello no la inhabilita para declarar que la disposición impugnada, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible”, con sustento en un triple orden de razones: (a) “no se adecua a los fines tomados en consideración para

su sanción y en su aplicación”; (b) en su aplicación práctica compromete “el rol institucional del máximo tribunal” y (c) “causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible” (consid. 10).

Se advierte el ingreso de la dimensión ponderativa en el razonamiento del voto: la norma, no “ostensiblemente” incorrecta al inicio, sí lo es ahora con sustento en la desvirtuación tanto de los “fines” planteados (fines éstos que se estructuran como mandatos de optimización de determinados objetivos, en el caso, el acceso a una jubilación integral—derecho constitucional de primer rango— por lo que, se añade en el consid. 11, se “justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio” —confr. también consid. 13—), cuanto de los “medios” escogidos para el logro de aquellos (los que, como es obvio, también son susceptibles de un análisis en términos de la mayor o mejor adecuación) (confr., también, consid. 10).

El horizonte ponderativo se corrobora cuando se alude al principio de “razonabilidad”, el cual, a juicio de los jueces, entraña que “debe cuidarse (...) que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia” (criterio que, por lo demás, se vincula con una de la regla de la teoría argumentativa alexyana de la fundamentación del origen de las convicciones normativas, las que deben superar la prueba de su génesis histórico crítica<sup>45</sup>), por lo que, a la luz de lo expuesto, “corresponde concluir” que la norma bajo análisis “carece actualmente de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental”, máxime si se desvirtúan mediante su aplicación otros “enunciados de jerarquía constitucional” (consids. 10 y 13).

El voto concurrente de los jueces Maqueda y Zaffaroni mantiene los criterios recién expuestos, bien que profundiza algunos de ellos y añade otros. Si se pensara en la idea hermenéutica de “espiral argumentativo”, cabría considerar que este voto incorpora un nivel más sofisticado de análisis, en tanto aporta nuevas perspectivas que coadyuvan a una mejor fundamentación del *thema decidendum*<sup>46</sup>.

Así, en el consid. 4º, tras afirmar el cambio de criterio del tribunal, precisa, en línea con la más prístina tradición de la razón práctica, que “a esta Corte no incumbe emitir juicios históricos, ni declaraciones con pretensión de perennidad, sino *proveer justicia en los casos concretos* que se someten a su conocimiento”. Y profundizando sobre esa mutación de parecer, en el consid. 7º expresa, con apoyo en lo resuelto en el célebre precedente “Kot”, que aquella acaece “con el transcurso del tiempo y el *cambio de circunstancias objetivas* re-

<sup>45</sup> Cfr, al respecto, Seoane, “Un código ideal...”, 134.

<sup>46</sup> Cfr sobre el punto, el breve estudio “La espiral hermenéutica” de Arthur Kaufmann en él mismo, *Hermenéutica y derecho*, edición a cargo de A. Ollero y J. A. Santos (Granada: Comares, 2007), 141-145.

lacionadas con ellas”. Todavía más: en el siguiente considerando, reconociendo la peculiar función constitucional del Tribunal, expresa que ésta “lo lleva a **ponderar cuidadosamente las circunstancias, evitando que por aplicación mecánica** e indiscriminada de la norma se vulneren derechos fundamentales de la persona y se prescinda de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto, lo que iría en desmedro del **pro- pósito de ‘afianzar la justicia’**, enunciado en el Preámbulo...” ya que “la misión judicial (...) no se agota en la **remisión a la letra de la ley**, toda vez que los jueces (...) **no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma**; ello por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial”.

Se han enfatizado expresiones características de aquella tradición: mirada al caso concreto como reflejo del referido “pensamiento problemático”; relevancia de las circunstancias “objetivas”, es decir, no de **cualquier** elemento a la hora de alterar un criterio antes admitido o de introducir uno nuevo, todo lo cual, como es claro, conduce a prescindir de una “aplicación mecánica” o literal de las normas favoreciendo, en su lugar, el ya referido razonamiento ponderativo que, en rigor, profundiza en el sentido último del documento (su teleología). Es que el propósito que anima la tarea judicial es el logro de los valores constitucionales, uno de los cuales es el afianzamiento de la justicia, para lo cual, en línea con la reflexión antes citada de Viola, se ha de buscar más que la letra legal, el sentido genuino de ésta.

El voto retoma la distinción fines-medios ya vista en el anterior, precisando que si bien “en principio no es una cuestión sobre la que deba pronunciarse la magistratura”, lo será si se advierte una clara inadecuación entre éstos (consids. 9º y 10). La conclusión afirmativa se impone con sustento en las razones ya dadas aunque el voto incorpora otras.

Así, pide que el art. 19 objeto de controversia “sea ponderado en relación con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional” (consid. 17), es decir, propicia una interpretación “de conformidad” con diversas disposiciones de la Ley Suprema expuestas en convenciones internacionales que reclaman, en esencia, la pronta conclusión de los asuntos. Asimismo, efectúa un “análisis más pormenorizado” a través de “la pauta de control prevista en el art. 28” del texto supremo (consids. 19-27). El sugerente estudio realizado en esos considerandos, a cuya lectura se reenvía, incluye algunas interesantes reflexiones que memoran el planteamiento alexyano, anteriormente citado. Así, el Alto

Tribunal reconoce

que

quizá juzgar la racionalidad absoluta de un acto no sea tarea humanamente posible, incluso al mero nivel de adecuación de medios a fines, **dada la imposibilidad de prever toda la causalidad que cada acto humano desata o altera**, pero no cabe duda de que *es humanamente posible juzgar la irracionalidad manifiesta*, la inadecuación completa e incluso paradójica respecto del principio proclamado” (consid. 27).

Sobre tales bases, el voto concluye que el cuestionado art. 19 “si bien proviene del uso de la competencia legislativa otorgada por los arts. 117 y 75, inc. 32 constitucionales, lo hace sobrepasando el límite impuesto por el art. 28, quedando fuera del específico diseño institucional” (consid. 28) ya que, en otra remisión en la que sobrevuela tanto la tradicional jurisprudencia de la Corte sobre la materia<sup>47</sup> cuanto la autoridad de Alexy, aquél artículo “no resulta un medio ni adecuado, ni idóneo, ni necesario, ni proporcional en relación con los derechos, intereses y valores que el Estado está llamado a proteger en la materia bajo examen” (consid. 30).

Por último, el voto del juez Lorenzetti, incorpora otras argumentaciones que, sumadas a las de los votos precedentes, proporcionan una mirada sumamente completa de la resolución bajo examen. Así, reconoce la necesidad de aquella incorporación cuando expresa que si bien el conflicto bajo análisis “quedaría suprimido por la garantía que los tribunales de grado dan en la especie, que haría innecesaria no sólo la vía cuestionada, sino todo debate al respecto por un principio de economía argumentativa”, agrega “que no obstante ello, cabe desarrollar **otros argumentos para reforzar el valor persuasivo de la sentencia** desde el punto de vista de los valores y de la lógica jurídica constitucional que surge de la interpretación armónica de los arts. 28, 75, incs. 22 y 23 de la Carta Magna” (consid. 10, énfasis añadido).

A mi ver, esos argumentos se refieren al especial estatuto del sector de la sociedad afectado por la norma cuestionada, y a la índole y alcance de la decisión asumida y en ellos no se escatima un expreso recurso a la filosofía jurídica, en orden a aportar una fundamentación lo más robusta posible de la solución de especie.

Para lo primero menciona la “A Theory of Justice” del ya citado Rawls para justificar lo que en el derecho constitucional norteamericano se conocen como “affirmative actions” que, como es sabido, se expanden al derecho comparado arribando con la reforma de 1994 a nuestro texto supremo. Así, recuerda que “un principio de justicia que goza de amplio consenso es aquel que manda desarrollar las libertades y los derechos individuales hasta el

---

<sup>47</sup> Cfr, por todos, Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad* (Buenos Aires, Ábaco, 2004), *passim*.

nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos”. Y agrega que esto es lo que acaece en nuestra Constitución a través de los arts. 16 y 75, inc. 23, párrafo 1°. Sobre tales bases –en un razonamiento que, además, implícitamente memora a Alexy cuando señala que “si el legislador constituyente ha superado una colisión de principios expidiendo una regla, entonces el principio formal de autoridad de la Constitución exige que esa regla sea respetada”<sup>48</sup>–, concluye que “la calificación constitucional de los ancianos como un grupo particularmente vulnerable, incorpora una regla hermenéutica que no se compadece con la introducción de diferencias que, lejos de protegerlos, desmejoran su posición jurídica” (consid. 11) que es, precisamente, lo que acaece con la norma cuestionada, motivo por el cual se justifica su declaración inconstitucionalidad.

El segundo aspecto –la declaración de inconstitucionalidad a la que se arriba– conduce al voto a expresar, en el consid. 13, que “es necesario precisar el criterio que se utiliza” sobre el particular “a fin de contribuir a la seguridad jurídica”, motivo por el cual debe diferenciarse claramente la interpretación adaptativa, la inconstitucionalidad sobreviniente y la descalificación por los efectos derivados de la aplicación de una norma jurídica”. En todos los casos, la argumentación cabalga sobre criterios que son propios de la tradición de la razón práctica. Así, se lee que la primera consiste “en adjudicar un sentido a la norma jurídica y por ello, tratándose de conceptos jurídicos indeterminados, puede perseguir una legítima concretización a las circunstancias de tiempo y lugar (...) pero de ninguna manera importa su descalificación y expulsión del sistema jurídico”. Es claro: conceptos del estilo –en rigor, se trata de tópicos o de tipos (*typus*)<sup>49</sup>– requieren ser concretados en cada caso bajo el prisma constitucional por lo que adquieren un alcance que varía, enriqueciéndose con los ingredientes del texto supremo, el que no los expulsa, sino que los cobija bajo su seno.

La segunda “ha sido utilizada para invalidar una regla afectada por las transformaciones históricas y sociales”. Y añade: “ésta es una alternativa excepcionalísima dentro de la ya excepcional declaración de inconstitucionalidad”, ya que “si las **mudanzas de opinión o los cambios de costumbres o de políticas gubernamentales de una década a otra fueran el único sustento para reinterpretar los textos constitucionales** y descalificar las leyes, de modo ordinario o habitual, ***se incurriría en un relativismo extremo***, que lesionaría gravemente la seguridad jurídica de los ciudadanos”. Las expresiones subrayadas, de inocul-

<sup>48</sup> Alexy, “Los derechos fundamentales...”, 26.

<sup>49</sup> Kaufmann, *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica* (Chile: Jurídica de Chile, 1976).

table trascendencia, aleccionan contra lo que más arriba se ha caracterizado como el “juez legislador”

Por último, la descalificación de la ley por sus efectos es precisada cuando se dice que “los constituyentes decidieron sujetarse a unos principios fundamentales para convivir en sociedad”, los que han sido “expresados con sabia amplitud, para permitir la adaptación a los tiempos futuros”, por lo que conviene hacer especial hincapié en que “no debe confundirse la indeterminación lógica con la valorativa”. Pues bien, éste último es el *test* que no resiste el art. 19 bajo análisis pues esa norma, “a lo largo del tiempo de su aplicación demostró un efecto contrario al que ella misma perseguía y al sistema de valores y principios constitucionales”. Es que, de nuevo con la referida regla alexyana de la génesis “histórico crítica”, expresa que “el elemento a considerar no es sólo el contexto de sanción de la norma, sino el de aplicación, de modo que pueda ser sometida a una prueba de verificación de la permanencia de su adaptación constitucional”.

---

## CONCLUSIÓN

Espero que las páginas precedentes hayan aportado alguna luz al estimulante debate al que se asiste en torno del tópico de la argumentación jurídica. He querido discurrir, a partir de ciertos elementos que aporta la filosofía jurídica, en la riqueza que proporciona la jurisprudencia constitucional, acaso el “teatro de operaciones” por excelencia en el que confluyen las reflexiones teórico-prácticas que a diario nos fatigan. El caso que se ha examinado en el apartado anterior –uno de tantos que podrían haberse escogido para su análisis- enseña las virtudes y los riesgos que entraña tornar realidad los exigentes recaudos que caracterizan el Estado Constitucional de Derecho del que hoy se goza. Este Estado sintetiza centurias de reflexiones y de luchas en favor, para decirlo kantianamente, de quien “no puede ser usado meramente como medio” de modo que a su respecto queda limitado “todo capricho (y es un objeto de respeto)”<sup>50</sup>. Se trata de un alto listón que no debe ser infravalorado ni, menos, de- jado a un lado por el no menos variado, complejo y exigente despliegue argumentativo que, como se ha procurado poner de relieve, lleva ínsito ese Estado Constitucional de Derecho: éste, en rigor, solo se entiende y *solo será* si las sociedades complejas y en muchos casos

---

<sup>50</sup> Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Madrid: Espasa Calpe, 1983) (del alemán por M. García Morente),85.



fragmentadas en las que hoy vivimos<sup>51</sup> son capaces de explicitar; estructurar; fundamentar y persuadir argumentaciones que únicamente tengan en miras la defensa del destinatario de esas reflexiones y de esas luchas.

---

Para citación: Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “Mirada argumentativas y filosóficas ante casos difíciles”, en *Revista de Derecho* N° 19 (jul.-2019), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 77-102

---

Contribución 100% Renato Rabbi-Baldi Cabanillas.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad”, *Anuario Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha/Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.
- Alexy, Robert, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía*. Barcelona: Alfa, 1985.
- Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, año 31 (2011).
- Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 5 (1988).
- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Atienza, Manuel, “Sobre lo razonable en el derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 27 (1989).
- Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad*. Buenos Aires, Ábaco, 2004.
- Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1970.
- Hart, Herbert, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema* N° 36 (mayo 1980), Madrid.
- Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa Calpe, 1983.

---

<sup>51</sup> Tomo esta idea de los constitucionalistas Peter Häberle y Gustavo Zagrebelski, habiéndolas desarrollado en discurso de ingreso a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, “Universalismo vs. multiculturalismo en la encrucijada contemporánea de los derechos humanos. Algunos ejemplos históricos y recientes de la jurisprudencia argentina”, editado por esa Academia, Buenos Aires, vol. 40, 2014, 15-55.

- Kaufmann, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Chile: Jurídica de Chile, 1976.
- Kaufmann, Arthur, *Hermenéutica y derecho*, edición a cargo de A. Ollero y J. A. Santos. Granada: Comares, 2007.
- Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001
- Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1988.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R.-Fléming Cánepa, E., “El Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica de la CIDH: las técnicas de fertilización asistida; el estatuto del embrión y sus efectos en el derecho interno”, en Palacio de Caero, Silvia (director), *Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el derecho argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2015, t. I, cap. XI, 551-595.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en Rivera/Medina, *Comentario al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2013*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “El principio de proporcionalidad, la dignidad humana y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un análisis desde la perspectiva de Robert Alexy”, *Jurisprudencia Argentina*, 12 (2017-I): 1-12.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: coincidencias y actualidad de dos perspectivas contemporáneas”, *La Ley*, Buenos Aires, 2005-A, 1148.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato: *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Ábaco, 2008.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Recurso extraordinario*. Buenos Aires: Astrea, 2, 3º, 1992.
- Saint-Exupéry, Antoine de, *Le Petit Prince*. Paris: Gallimard, 1975.
- Seoane, José Antonio, “Un Código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, en Serna, *De la argumentación...*
- Serna, Pedro (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Granada: Ed. Comares, 2005.
- Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. México: Porrúa, 2006.
- Viehweg, Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991.
- Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

# Da Norma ao Status Objetal: expressão e designação\*

From Norm to Object Status: expression  
and designation

De la Norma al estado objetal: expresión y  
designación

*Marcus Paulo Rycembel Boeira*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidade Federal do Rio Grande do Sul

<https://orcid.org/0000-0003-0578-1064>

DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1728>

Comunicación

**Resumo:** O presente artigo tem como escopo central apresentar uma investigação analítica dos aspectos lógicos e linguísticos da norma jurídica. Por trás dos enunciados normativos, abre-se um horizonte semântico, do qual extraímos proposições normativas. Tais modalidades de proposições desempenham funções lógico-veritativas específicas, constitutivas e condicionais para teoremas e axiomas integrantes da lógica deôntica padrão. A partir disso, destaca-se o objeto designativo das normas, a saber, o status objetal, o campo de ordem designado pela leitura do enunciado e sua correspondente aptidão descritivo-proposicional. Busca-se, assim, tecer um panorama de fundo sobre as conexões lógicas e linguísticas das normas jurídicas enquanto fontes de proposições normativas.

---

Recibido: 18/06/18 Evaluado: 05/07/18. Aceptado: 10/07/18.

\*Comunicación original e inédita, avaliada por pares, escrita para este dossier.

**Marcus Paulo Rycembel Boeira.** Professor de Filosofia do Direito e Lógica Jurídica na Faculdade de Direito da UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Doutor em Ciências pela USP e Mestre em Direito pela USP. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Lógica Deôntica, Linguagem e Direito. [boeiramarcus@gmail.com](mailto:boeiramarcus@gmail.com)

**Palavras-chave:** norma, proposição, enunciado, expressão, designação, lógica. **Abstract:** The present article has the central scope to present an analytical investigation of the logical and linguistic aspects of the legal norm. Behind the normative statements, a semantic horizon opens, from which we extract normative propositions. Such modalities of propositions perform specific, constitutive and conditional logical-veritative functions for theorems and axioms that are part of the standard deontic logic. From this, the designative object of norms stands out, namely, the object status, the order field designated by the reading of the utterance and its corresponding descriptive-propositional aptitude. The aim is to provide an overview of the logical and linguistic connections of legal norms as sources of normative propositions, presenting a mechanism of connection between the expressive language of legal norms and the designative language of social order.

**Key-words:** norm, proposition, statement, expression, designation, logic.

**Resumen:** El presente artículo tiene como objetivo central presentar una investigación analítica de los aspectos lógicos y lingüísticos de la norma jurídica. Por detrás de los enunciados normativos, se abre un horizonte semántico, del que extraemos proposiciones normativas. Tales modalidades de proposiciones desempeñan funciones lógico-veritativas específicas, constitutivas y condicionales para teoremas y axiomas integrantes de la lógica deóntica estándar. A partir de eso, se destaca el objeto designativo de las normas, a saber, el status objetal, el campo de orden designado por la lectura del enunciado y su correspondiente aptitud descriptivo-proposicional. Se busca, así, tejer un panorama de fondo sobre las conexiones lógicas y lingüísticas de las normas jurídicas

## 1.

### INTRODUÇÃO

Os capítulos que constituem a história da lógica normativa no século XX são marcados pela profunda relação existente entre o campo formal e o âmbito prático do direito. Normalmente, juristas trabalham com a argumentação no seu sentido experimental, especialmente quando se debruçam sobre aquilo que é produzido pelos tribunais e pelos parlamentos. Todavia, a matriz oculta que se interpõe entre a linguagem e os sentidos implícitos que a produção do direito possui, ou melhor, entre a verdade das proposições e a busca de certeza, acaba exigindo uma atenção mais detalhada ao objeto principal do direito: a saber, a norma jurídica. Dentre os inúmeros sistemas notacionais e teoremas analíticos com os quais lidam a lógica simbólica como um todo, e a lógica modal em particular, os operadores próprios da lógica deôntica almejam estabelecer conexões analógicas possíveis entre o mundo das normas e o horizonte semântico que se abre a partir delas.

Ante o ceticismo presente no contato com as normas, em especial quanto a validade ou não de alguns de seus significados, a prática de aplicação das normas experimenta um clima de tensão: entre o formalismo e o ceticismo, despontam as teorias da argumentação, ávidas por fornecer horizontes alternativos ao formalismo absoluto, típico de ciências formais como a matemática, e ao ceticismo radical, legitimador do arbítrio judicial.

O crescimento exponencial de novas ferramentas argumentativas tem conquistado importante espaço na teoria do direito, sobretudo em nações cujos sistemas jurídicos tornam o juiz o autêntico “produtor” do direito e de algumas de suas fontes. Frente a isso, a lógica deôntica passou a ser alocada à um esteio extremo, à um âmbito dentro do qual o formalismo encontra um método duro, rigoroso, apto a dar vantagens formais ao aplicador do direito. Suas ramificações em sistemas de computação e inteligência artificial são exemplos

inescapáveis dessa realidade. A conjuntura de teoremas deônticos e modais aportados ao campo das normas e suas respectivas significações pode encontrar enormes dificuldades em espaços normativos abertos, como é o mundo dos princípios. Ainda assim, a portabilidade de notações simbólicas para o terreno deontológico tem permitido o avanço tecnológico do direito, como demonstra claramente o processo eletrônico e os modos de resolução virtual de conflitos.

A relevância da lógica deôntica, contudo, ainda não atingiu a amplitude cultural que merece. Seus aspectos internos ainda suscitam análise mais rigorosa e, quando possível, co-tejadas dentro do escopo da filosofia da linguagem. A conexão entre a notação e a semântica dos mundos possíveis, entre a lógica propriamente dita e a linguagem ainda requer investigação menos trivial.

No presente artigo, propomos uma investigação do caráter semântico das normas jurídicas tomando por base sua estrutura composicional de significados, para então tecermos conexões possíveis entre a lógica deôntica e o universo da ordem social. Dentre os objetivos almejados, destacam-se o de apresentar a matriz compositiva dos enunciados normativos, a saber, as dimensões sintática e semântica que formam as normas jurídicas, bem como as condições viabilizadas pela analítica da linguagem jurídica para a formação de teoremas deônticos mediante a distinção entre o campo expressivo e o campo designativo das normas, ou seja, o aspecto estrutural-descriptivo e o âmbito designativo da ordem social aludida. Não se trata, portanto, de estabelecer axiomas e teoremas, senão de sondar o modo como a linguagem normativa, em razão de sua estrutura composicional, viabiliza todo o conjunto de empreendimentos da lógica deôntica standard. Em outras palavras, levantamos a hipótese de que as modalidades de proposições com as quais os enunciados normativos trabalham desempenham funções lógico-veritativas específicas, que atuam como condições intransponíveis para a formação de teoremas da lógica deôntica padrão. É esta a hipótese que o presente artigo pretenderá confirmar.

A metodologia empregada para tanto é a analítico-constitutiva, própria da filosofia analítica da lógica e da linguagem, cuja matriz central está na divisão e composição dos argumentos tendo em vista o encadeamento de proposições e o enfrentamento de dificuldades linguísticas.

Normalmente, o estudo da **norma jurídica** é alocado para o terreno da teoria do Direito e tomado como assunto atinente ao modelo deontológico da ciência jurídica. Investiga-se a norma pelo que contém de factual e sancionador. Para a **iurisprudencia**, o estudo apropriado da norma condiz com sua composição bidimensional: fato e consequência,

preceito e sanção. Ainda que tal consideração seja evidente por si mesma, vez que a teoria jurídica delimita seu ponto focal no âmbito do conhecimento prático relativo ao escopo deontológico da ação humana, acaba por ocultar todo o envolvimento de significação contido implicitamente na norma enquanto **signo de linguagem**.

Nosso trabalho pretenderá desterrar os aspectos linguísticos da norma que não aparecem na superfície sintática. Há, por trás dos enunciados normativos, todo um campo aberto de significação, apto a ser desvelado e aprofundado em suas ataduras lógico-analíticas. Buscamos, assim, tecer um panorama de fundo sobre as conexões lógicas e linguísticas das normas jurídicas enquanto fontes de proposições normativas. Para tanto, assumimos que normas não são proposições. Ainda assim, viabilizam a formulação de proposições normativas e, em razão disso, possuem uma variedade de predicados lógicos cujo acesso se dá a partir da constatação de seu objeto de designação e toma forma pelo modo como compreendemos o sentido desse tipo particular de proposição. A convicção de que a lógica deontica é uma lógica de normas encontrou severas desconfianças entre os juristas. Desde a exposição do “dilema de Jørgensen”, expressão dada por Alf Ross ao problema semântico apresentado pelo autor dinamarquês, pairou sobre o ambiente acadêmico dos lógicos intensa aversão às condições de verdade das normas<sup>2</sup>. O dilema em questão foi posto na obra “Imperativer og Logik”, na qual são apresentados dois argumentos: primeiro, que a lógica somente articula entidades das quais se predicam valores de verdade ou falsidade; segundo que, semanticamente, as normas não são verdadeiras nem falsas. Logo, não é possível relacionar normas logicamente<sup>3</sup>. A partir de então, os esforços para a edificação de uma **lógica deontica standard** transitaram entre a fictícia lógica de normas e a lógica de proposições normativas. De qualquer modo, a lógica deontica passou a ser encarada no interior da lógica modal, como um conjunto de formas específicas de semânticas dos mundos possíveis. A partir da lógica modal, a lógica deontica erige-se como um conjunto de sistemas que se articulam no horizonte dos mundos possíveis das lógicas intensionais (com “s”). A lógica deontica lida com sentenças de tipo “é obrigatório”, “é permitido”, “é proibido”, cujas letras sentenciais são O, P, F, respectivamente. A lógica modal trata de sentenças de tipo “é necessário”, “é possível”, de modo que todas as orações de tipo L serão verdadeiras em pelo menos um mundo possível. A lógica modal é, assim, o caso central dos mundos possíveis, a partir do que estendemos argumentos elementares mediante o recurso aos conectivos lógico-proposicionais, que de-

<sup>2</sup> Exceção feita ao lógico e jurista polonês Kalinowski, Georges. *Introducción a la Lógica Jurídica*. 1ª ed. Buenos Aires: EUDEBA, 1973, p. 67 e ss.

<sup>3</sup> Jørgensen, Jørgen. *Imperatives and Logic* (Leipzig: Erkenntnis, 1938), n. 7, p. 288 a 296.

semprenham funções de extensão e conjunção de teoremas (cópula, disjunção, condição, bicondicional, além dos quantificadores).

De qualquer modo, a lógica deôntica erigiu-se sob o recurso ao mundo das proposições normativas, extraídas das normas e formadoras de uma escala analógica de significados normativos, de onde se inferem axiomas e conjuntos, enfim, teoremas consistentes e aptos a formarem sistemas notacionais complexos.

A articulação, portanto, da lógica deôntica com a linguagem jurídica só é possível pelo caráter semântico imbricado nas normas.

## 2.

### NORMA, PROPOSIÇÃO E SIGNIFICADO

O ponto de partida metodológico de nossa análise está em reconhecer previamente a norma como um **ato de fala**, como uma coisa material corporificada fonética e graficamente, para então concebê-la como signo convencional, tomando-a como **ser relacional de razão**<sup>4</sup>. Não há dúvidas sobre o caráter arbitrário do aspecto externo e material da norma jurídica, pois todo conjunto sintático modifica-se conforme o sistema jurídico em que se situa e, por isso, de acordo a língua falada no país onde seja **reificada**. Ainda assim, as palavras internas (imagens e conceitos) são compartilhadas por todos os seres humanos, independentemente da civilização em que estejam e, assim, da língua propriamente falada.

Enquanto signo convencional, assim, a norma é sacada como um corpo de enunciados de relação racional com a **ordem** constitutiva de determinadas ações humanas na sociedade e projetada sobre a inteligência prática dos agentes aptos a formular essa **imagem de ordem**. A norma, assim como a língua, pode ser compreendida como o depósito de imagens acústicas de determinados comportamentos sociais e sua correspondente escritura –corporeidade em enunciados, na proposição normativa – em forma de linguagem, linguagem aqui contemplada como a própria tangibilidade narrativa dessas imagens.

O signo normativo é reputado como **notação**, porque, nas palavras de Frege “é, pois, plausível pensar que exista, unido a um sinal (nome, combinação de palavras, letras), além daquilo por ele designado, que pode ser chamado de sua referência, ainda o que eu gostaria

---

<sup>4</sup> A expressão “ser relacional de razão” foi amplamente empregada pelos filósofos dos séculos XVI e XVII, notadamente pelos escolásticos tardios que se dedicaram ao estudo das proposições e dos signos. Nesse sentido, é o *Livro de Summas* e o *Comentário ao quarto livro de sentenças de Pedro Lombardo* de Domingo de Soto. Soto, Domingo de. *Summulae*. 1ª ed. (Salamanca: Portonarius, 1554), 2 e seguintes.



de chamar de o sentido do sinal, onde está contido o modo de apresentação do objeto”<sup>5</sup>. Como tal, a norma é entendida como conjunto de entidades humanas relacionais-práticas que apresentam a ordem como seu objeto designativo (referência), e que podem adquirir um significado formal estruturante extraído de sua dimensão semântica (proposição normativa), selecionando o âmbito das ações sociais a um campo específico de meios e fins determinados e expondo-os sintática e pragmaticamente em seus domínios linguísticos interiores e exteriores, respectivamente.

Há uma definição compartilhada na história da filosofia da linguagem acerca do signo: aquilo que **representa algo distinto de si mesmo e tem como pretensão tornar presente esse algo à faculdade cognoscitiva**. Por isso, significar é tornar algo presente-me- diante um signo que faz alusão a algo que não se resume a si, mas projeta um algo diferente de si próprio à faculdade da cognição humana. A definição de signo, portanto, passa pelo reconhecimento de três partes: enunciado, algo representado e faculdade cognoscitiva<sup>6</sup>.

No que diz respeito ao enunciado, entendemos o signo como uma cadeia de letras e palavras, isto é, como um conjunto de símbolos que fazem referência a algo distinto de si. Somos capazes de compreendê-lo, em primeiro lugar, desde seu ponto de vista sintático. O enunciado em si, porém, não possui outra representação senão sua própria conjuntura de símbolos antecedentes e consequentes, em uma cadeia simbólica de letras e palavras que, desconectadas entre si, nada significam. Por isso, é no conjunto harmônico dos símbolos interiores que o signo possui condições de significação objetiva. Possui, a partir de então, uma dimensão semântica.

A dimensão semântica, todavia, não se limita apenas ao pátio interno do signo. Busca, ao invés disso, significar algo externo a si, tornando-o presente de maneira ficcional. Por isso, o signo “representa” algo diferente de si mesmo. É esse algo representado que robustece o emaranhado de palavras e letras de um significado objetivo. Tomemos esse algo representado como o **status objetal** do signo, seu **objeto designativo**.

Todo signo é compreendido dentro dos limites dados por seu **status objetal**. Um signo não se refere a totalidade, mas sim à algum aspecto particular ou, no máximo, a um âmbito determinado de significação. É, portanto, da própria natureza do signo significar algo à alguém, isto é, a alguma faculdade dotada de capacidade e disposição para internalizar o signo e discernir seu status objetal, tomando-o por mero entendimento ou, em sentido

---

<sup>5</sup> Frege, Gottlob, “Sobre o sentido e a referência” (1892), in *Lógica e Filosofia da Linguagem- conjunto de artigos de G. Frege*, org. por Paulo Alcoforado. 1ª ed. (São Paulo: Edusp, 2009), p. 131.

<sup>6</sup> Poinso, Juan (Juan de Santo Tomas), *De los signos y los conceptos*. 1ª ed. (México: Universidad Autónoma, 1989), p. 35.

mais radical, por participação. Chamamos essa faculdade que compreende o signo de faculdade cognoscitiva. Faculdade cognoscitiva é a disposição sensitiva e intelectual capacitada para apreender o objeto designativo de um signo. Quando a faculdade cognoscitiva é vertida para a captação de entidades e aspectos relativos às ações humanas dizemos que a modalidade operante dessa faculdade intelectual é o *intelecto prático*, mobilizado pela racionalidade própria do agir. O intelecto prático é a operação específica da inteligência voltada para captar os signos que representam os modos humanos de agir no ambiente social. Assim, faculdade cognoscitiva é o gênero do qual o intelecto prático é uma espécie; no caso, uma espécie inteligível atinente ao âmbito das ações sociais. Tratamos agora dessa definição porque o tipo de signo que irá nos ocupar a atenção nesse trabalho é um tipo especificamente atinente às ações humanas: as normas jurídicas e suas respectivas proposições.

O status objetal da norma é uma determinada **ordem social parcial**, condizente com um âmbito particular de relações humanas desejáveis pela comunidade política naquilo que é a zona de incidência do enunciado normativo. Assim como o objeto do signo é a imagem mental a que alude como **algo/alguma coisa/alguma situação desejável**, quando tratamos de normas jurídicas, nossa “imagem mental” é constituída por um conjunto de ações humanas ordenadas dentro de um âmbito específico de significação, de modo que o significado a que faz menção a parte preceptiva do enunciado normativo é uma ordem social almejada e esperada pela comunidade. Assim como a imagem concebida constitui uma referência narrativa à determinadas ações sociais reproduzidas no enunciado normativo por descrição (o que é desejável) ou por contraste (o que é indesejável e passível de punibilidade institucional), o pano de fundo da narrativa é a própria constituição de uma ordem social ideal, perseguida pelas normas em geral, mas parcializada em cada uma das normas relativamente à determinados âmbitos de sua realização.

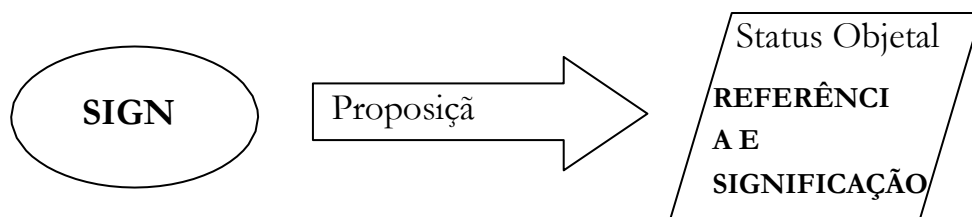
O status objetal da norma é a própria ordem social parcial a que esta faz alusão. E seu significado ampliado é a ordem futura, a ser realizada paulatinamente no contexto de aplicação da norma. O alcance absoluto da sociedade futura imaginada como desejável é o propósito do enunciado normativo, o que significa dizer que, idealmente, a norma tende ao seu desaparecimento, ou pelo menos ao desaparecimento de seu sentido na sociedade utopicamente concebida.

A tensão entre o ideal e o real condiz com a própria dialética orquestrada pela norma, cujo âmbito de significado alude a uma ordem inatingível de forma absoluta, mas que é perseguida pelos agentes e instituições na comunidade política. A dimensão semântica dá vazão

à proposição normativa daí extraída. Esse campo de significado, por sua vez, desponta no interior de uma superfície de contrastes, entre a imputação normativa e a ordem pretendida. Os padrões de referência do status objetal abrem caminho para que a dimensão semântica da norma jurídica seja perfurada por uma busca incessante de sentido, mediante instituições e agentes autorizados a interpretá-la em contextos determinados. A determinação desses contextos dependerá, em outros termos, da circunferência semântica do status objetal, que projeta sobre qual ou quais tipo(s) de relações humanas recairá a imputação normativa. A norma, por isso, é um enunciado com a aptidão para encontrar significações.

É um signo, entendido aqui como uma matriz de intelecções e sentidos possíveis.

O signo como tal recebe significado na relação que estabelece com o objeto designativo (status objetal) e com a faculdade cognoscitiva<sup>7</sup>. É, portanto, um ente pertencente à categoria de *relação*. Seu constitutivo formal é a relação, tomada como gênero próximo do signo linguisticamente considerado. As duas direções abordadas, o status objetal e a faculdade cognoscitiva, despontam como elementos compositivos do signo.



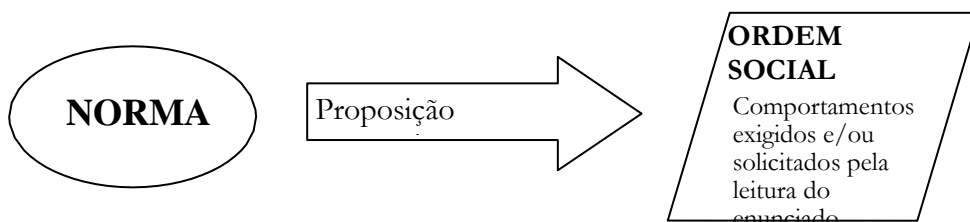
**Figura 1.**

Fuente: própria

A norma jurídica é um signo de linguagem cujo enunciado reúne partes componíveis. Uma dessas partes é sua dimensão semântica, de onde podemos inferir uma proposição normativa, isto é, uma proposição que descreve certos *estados-de-coisas* possibilitados pela aplicação de operadores deonticos, a saber, obrigações, permissões e proibições. Normas que proíbem, obrigam e permitem o fazem em relação a certos comportamentos humanos, condutas estas que compõem o horizonte aberto do significado aludido pelas proposições nor-

<sup>7</sup> Alusão a definição de signo dada por Poinset, *De los signos ...*, p. 35.

mativas. Assim, a ampliação da escala de significado aduzida a partir da leitura da proposição preenche um horizonte mais amplo, uma concepção aberta de ordem, ao que chamamos de status objetal. Como signo linguístico, a norma possui uma área de significado (descrita pela proposição) que invade o status objetal, e que pode ser captada pela razão prática. A faculdade cognoscitiva que apreende a norma a toma como eixo focal de relação com um determinado objeto designativo a que faz menção, encontrando nele seu significado pragmático.



**Figura 2.**

Fuente: própria

Como signo, a norma impõe um círculo de deduções, a partir dos quais se predi- cam determinados comportamentos e atividades sociais de reconhecimento recíproco. Assim como o reconhecimento é a marca para a construção da identidade narrativa dos agentes, a norma reconstitui os laços de relação social a partir da focalização da atenção a uma circunferência de tensões e contradições sociais objetivadas por um circuito semântico.

Nesse sentido, a proposição encontra seu lugar no *status objetal*, desde que o acesso do interprete a este nível ocorra a partir do preenchimento das exigências lógico-conectivas, o que permitirá extrair o significado objetivo da norma desde o conjunto dos predicados lógicos possíveis no mundo das ações humanas. Em outras palavras, assim como as *regras de verificação* constituem a validação possível dos *juízos sintéticos*, as normas escancaram suas portas e abrem seus significados autênticos quando as exigências lógicas são preenchidas em contextos específicos de aplicação<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Ayer, Alfred J. *The problem of Knowledge: I*. 1ª ed. (London: Macmillan, 1956), p. 1 e ss. Ver também Carnap, Rudolph. "Empiricism, Semantics and Ontology", in *Revue Internationale de Philosophie* 4 (1950): 20-40, disponível no endereço eletrônico <http://www.ditext.com/carnap/carnap.html>

A norma compõe-se, assim, de sujeitos, verbos e predicados gramaticais e lógicos. Sujeitos são compreendidos como indivíduos que incorrem nas ações descritas como narrativas de imputação. O agente imputado da norma é, nesse diapasão, todo aquele cuja ação coincide com a descrição factual presente no enunciado. Os verbos, por sua vez, apontam a intenção da ação. Articulam a transitividade da ação com o movimento apontado no enunciado. Por fim, a norma desempenha uma função de arbitragem imparcial, denotando uma variedade de condicionamentos ao seu escopo imputativo e sujeitando diversos comportamentos ao status objetal designado.

Do ângulo interno-composicional, a norma compõe-se de sujeito, verbo e predicados. Do ângulo externo-composicional, a norma é formada por agente, tempo verbal e condicionamento. Agente é a referência feita ao produtor da ação descrita no tipo normativo. Tempo verbal é a modo como se indica a participação no tempo da ação. No latim, a existência do participio futuro propicia melhor indicação do que ocorre com a norma jurídica, pois aduz uma ação presente que participa no futuro almejado pela norma. Em português, na falta dessa categoria de tempo verbal, podemos assumir como presente do indicativo. Por fim, o condicionante alude à posição de imparcialidade que a norma ocupa perante a totalidade das ações humanas inseridas no âmbito específico de referência do enunciado normativo.

A norma, como todo signo, pertence ao gênero de relação e realiza-se mediante **objetivação no outro algo**. É na **ipseidade** que a norma assume-se como tal, projetando-se para fora de seus pátios sintáticos internos, alcançando significação na alteridade. A relação que se estabelece a partir da norma tem inúmeros destinatários, mas um único status objetal, que apela a visão ideal da ordem social em um âmbito específico de atividades humanas.

O conjunto das relações que a norma estabelece pode ser dimensionado em dois tipos de objetivação: (i) objetivação da norma com outras normas de igual estrutura proposicional, ou (ii) com a realidade social em geral, quando a norma se dirige à todos os seres humanos abarcados pela zona de incidência. No primeiro caso, as normas se relacionam com o próprio status objetal ou com o status objetal de outras normas, com as quais mantêm conexões de sentido.

Nesse primeiro caso, a norma pode aludir três modalidades de relações:

**1) Norma -Ordem (eficácia): relação de analogia**

Esse é o caso em que a norma se relaciona com seu próprio status objetal, a saber, sua concepção de ordem social parcial. Condiz com o âmbito de sua eficácia, pois aponta para a efetividade da norma em um contexto específico da experiência social – ordem social atinente a um âmbito de relações humanas. Há, nesse caso, analogia entre a proposição ex-

traída da norma e a experiência social correspondente. As regras de verificação da proposição são satisfeitas para fins de correspondência empírica. O juízo sintético da norma é tomado como enunciado de sentido, já que sua descrição semântica se coaduna com a prática social.

## **2) Norma - Norma (validade): relação de univocidade**

Cada proposição é unívoca, no sentido de que cada uma possui um status objetal e, assim, uma circunferência semântica. Ainda que diversas normas possam constituir diferentes tipos de relação, quando tomadas em sentido proposicional, constituem teias atomísticas, em que cada norma continua mantendo seu próprio círculo de significação e, portanto, sua própria unidade semântica, independentemente da alteridade que possa provocar em outras áreas como, por exemplo, no sistema normativo. A norma, por isso, quando cotejada com outra de igual tipo e/ou nível externo (exemplo: posição hierárquica, temporal e espacial no sistema normativo), mantém com esta relação de univocidade. É o próprio signo/norma tomado como gênero e objeto, diferentemente dos outros signos/normas de mesma estrutura e dimensão. Por isso, a compreensão expansiva do conjunto das normas pode ser vista como uma totalidade de partículas diferentes e individuadas, sem que nenhuma perca seu status objetal nem tampouco sua estrutura em relação a outras.

## **3) Ordem - Ordem (Vigência): relação de analogia**

Nesse campo de relação, estamos diante de objetos designativos conexos, que se articulam em uma noção mais ampliada de ordem social. A ordem social pode ser imaginada na sua totalidade, constituindo uma narrativa simples que envolve cenários, agentes, instituições, divisão do trabalho, instituições políticas, etc. Ou pode ser vislumbrada por suas partes, ao que as normas servem de fontes proposicionais. O status objetal de cada norma possui relação analógica com o status objetal de outra na medida em que a ordem social total se objetiva em cada uma das ordens sociais parciais designadas em cada uma das normas de um sistema jurídico, fazendo com que a totalidade atue como analogado principal enquanto os objetos designados nas normas sejam compreendidos como analogados secundários. Ora, se o caso central de uma sociedade é sua concepção de ordem ideal, cada objeto designado em uma norma é uma analogia periférica à ordem geral. Por essa razão, cada status objetal verificado isoladamente só o pode ser na conjuntura com outros objetos designativos, sem os quais seu sentido desaparece. A analogia estabelecida, portanto, está em favorecer uma visão designativa da linguagem jurídica que tome cada ordem objetivada por uma norma em articulação representativa com a ordem de outra proposição normativa.

### 3.

## OBJETIVAÇÃO DA NORMA NA REALIDADE SOCIAL

A norma jurídica se dirige a dois destinatários: primeiramente, à situação fática não designada no status objetal, contrária a ordem perseguida pela norma e, por isso, contrária à proposição normativa, ou à situação fática relacional tomada como coincidente com o status objetal, conformada pela norma e adequada à ordem social representada no enunciado. Em segundo lugar, à faculdade cognoscitiva, isto é, ao intelecto que julga a proposição e avalia sua pertinência ao caso, estabelecendo um juízo prático de imputabilidade ou não da norma ao caso concreto.

Francisco de Araújo, escolástico português, no diz que “o signo se constitui essencialmente por uma única e simples relação terminada primariamente no designado e secundariamente na faculdade”<sup>9</sup>, ou seja, é por referência ao status objetal que a norma é entendida pelo intelecto, faculdade cognoscitiva adequada para a compreensão da norma, enquanto signo de relação social. Sem objeto designativo, a norma não poderia ser captada em seu significado, em seu âmbito semântico.

Nesse sentido, o signo aceita duas classes de divisões, de acordo com o foco relacional. Em relação com o objeto designativo, isto é, com o status objetal, o signo pode ser natural ou artificial. Será natural quando aludir a algo ou alguma coisa que exista individualmente no mundo natural. Será artificial quando for produzido por convenção ou pelo costume. É, assim, ou convencional ou consuetudinário<sup>10</sup>. Portanto, em relação com o status objetal, a norma é um signo artificial, de caráter convencional, fruto do assentimento da comunidade política na sua confecção e produção. Relativamente à faculdade cognoscitiva, de outro modo, o signo pode ser formal ou instrumental. Será formal quando encerrar sua pretensão de significado em si mesmo. Ou instrumental, quando servir de mediação com algo externo si ou, nas palavras de Domingo de Soto, “quod potentiae cognoscitivae aliquid repraesentat”, a saber, quando representar algo à faculdade cognoscitiva, como foi dito anteriormente<sup>11</sup>. A norma, assim, tem caráter formal e instrumental, pois encerra uma dimensão interna (sintática e semântica) e externa (semântica e pragmática).

<sup>9</sup> Araújo, Francisco de. *Commentariorum in universam Aristotelis Metaphysicam tomus primus* (Salamanca: Varesius, 1617), p. 15 e ss.

<sup>10</sup> Poinot, *De los signos ...*, p. 54.

<sup>11</sup> Soto, *Summulae*, p. 50.

#### 4.

### NORMA JURÍDICA COMO FONTE DA PROPOSIÇÃO NORMATIVA: O SUPORTE DA LÓGICA DEÔNTICA

Conceber a norma como signo impõe assumir seu caráter relacional, convidando o investigador a penetrar os aspectos internos da norma e constatar seu diagrama de fundo, suas articulações possíveis e, assim, sua *estrutura composicional*. Sua compreensão como fonte proposicional pressupõe ser tomada como um enunciado de sentido. E seu sentido é imputativo, dotado de coercibilidade. A norma, como tal, carece de valor de verdade. Por isso, para que se possa articulá-la com a lógica, é necessário tomá-la em seu âmbito semântico, a saber, no espectro de significação, pelo que o observador não foca a atenção no caráter performativo do enunciado do normativo, mas nas diversas descrições possíveis dos estados-de-coisas da norma; em outras palavras, toma-se a proposição normativa, o significado obtido pela descrição de um estado-de-coisas pensado a partir da leitura da norma. Por isso, a norma é fonte de proposição normativa.

Somente a proposição é capaz de satisfazer as condições exigidas de verdade, pelo que pode ser tomada como objeto da lógica normativa e, assim, ser assumida dentro de teoremas deônticos. Porque a lógica deôntica trata de obrigações, proibições e permissões, a reificação de seus teoremas dependerá sempre de operadores aléticos e deônticos que expressem proposições dotadas de valor-verdade.

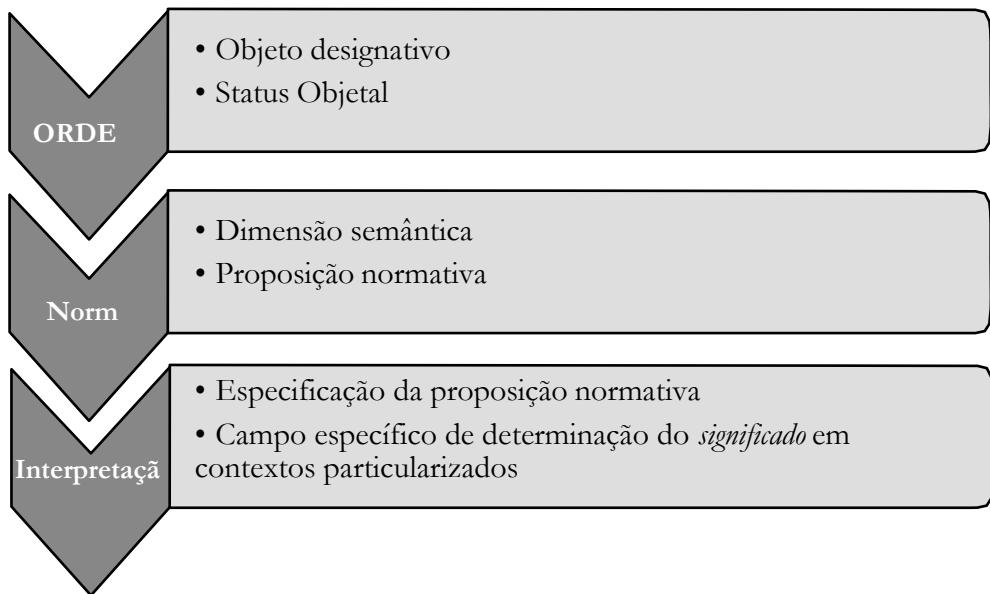
A expressão proposição deriva do latim “propositiōnis”, que significa, de acordo com o dicionário de Koehler, “apresentação à vista ou à imaginação; ideia; parte do discurso; a maior do silogismo”<sup>12</sup>. A expressão decomposta **pro-positio** indica que proposição é um enunciado de sentido, cujo objeto central está em revelar algo para além de si, a partir do qual se constituem diversos nexos e relações. É algo em direção a uma posição, a um firmamento. Um enunciado que busca revelar algo externo ao seu próprio conjunto sintático, uma ideia imaginada como forma a ser perseguida. A proposição extraída da norma tem como escopo um objeto ao qual faz menção intencional, uma ideia sobre formas de vida desejáveis e imaginadas como partes componíveis de uma ordem social parcial. A proposição subtraída da norma, por ser descritiva de um conjunto de ordens imperativas é normativa, pois descreve obrigações, permissões ou proibições de comportamentos em geral, apresentando à vista e/ou à imaginação uma concepção determinada de ordenação de certos comportamentos e condutas, constituintes de relações sociais específicas e tipificadas na estrutura do enunciado.

<sup>12</sup> Koehler, H. *Pequeno dicionário escolar latino-português*. 13ª ed. (Porto Alegre: Editora Globo, 1958), p. 251.



Em aditivo ao aspecto ideal e imaginativo, a proposição também pode ser tomada como parte do discurso. Ou seja, se a ordem social imaginada é entendida como o objeto designativo a que a norma faz menção, o discurso que narra essa mesma ordem não pode se esgotar na norma. Deve contar com outros componentes fundamentais, determinantes para a atribuição de sentido dos comportamentos pertencentes ao âmbito de significação dessa ordem. Por isso, as interpretações possíveis da norma são entendidas dentro da filosofia analítica da linguagem jurídica como discursos continuadores da norma, como seleções ainda mais específicas das opções de significação possível do objeto designativo. Sim, pois a interpretação adiciona de modo *incontinenti* dados de especificidade que compõem e recheiam os predicados da ordem, para além do mero âmbito semântico da proposição normativa. Se a norma começa o discurso da ordem, a interpretação tem a função de encerrá-lo, tecendo uma narrativa mais ampliada do círculo de determinação da ordem ideal. Por isso, a partir do objeto designativo da norma, isto é, da ordem, há uma escala de determinação que tem início proposicional na norma e acaba na interpretação, ainda que comece cognoscitivamente nessa para depois apenas constituir-se como determinação aplicada, singularizada em contextos específicos de aplicação. É dizer, a interpretação da ordem é, para o ser humano, uma etapa prévia à própria norma, que só nasce depois da constatação particular da ordem. Todavia, para a ciência do direito, a norma antecede a interpretação na posição que ocupa na escala de determinação do sentido da ordem imaginada como objeto designativo, de maneira que a interpretação atua como uma proposição também deontica mais expansiva, especificadora do objeto designado na norma para um âmbito ainda mais particularizado de relações e conexões. A ordem em questão, portanto, é a própria formalização do sentido da norma, seu status objetal. (Figura 3)

Entender a proposição, por fim, como a **maior do silogismo** condiz com a derivabilidade e a predicabilidade de seus enunciados. A partir da proposição se pode predicar inúmeras possibilidades, ou deduzir-se conclusões e determinações de sentido. Da norma tomada nesse sentido, pode-se inferir dela **menores** e conclusões necessárias e/ou prováveis, a partir das quais se justificam argumentos conclusivos, dialéticos, retóricos e metonímicos. Tomar a norma jurídica como fonte de proposição deontica exige, assim, que se levantem algumas questões decisivas para a adequada compreensão de seu caráter lógico. Noções como o tipo de estrutura proposicional, a natureza do signo linguístico, o objeto, as causas e as possibilidades de significação gravitam em torno do âmbito de pesquisa da norma jurídica e, especialmente, da lógica jurídica como tal. Vilanova chama a atenção em seu **Causalidade e Relação no Direito** para o caráter compositivo da norma jurídica, entendida como uma



**Figura 3.**

Fuente: própria

união de duas partes: estrutura implicacional condicional (suporte fático, fato jurídico e efeitos) e componente sintático-proposicional<sup>13</sup>. Portanto, quando tratamos de proposições normativas, como é o caso da norma, não estamos a buscar a veracidade ou falsidade dos enunciados, mas narrativas de prescrições. O tipo de discurso predominante na proposição normativa é o não-apofântico. O próprio Vilanova é claro em outra obra chamada “As estruturas Lógicas e o sistema do Direito Positivo a esse respeito”, afirmando que temos de

compreender (...) dentro do conceito de proposição, tanto os enunciados da linguagem prescritiva de objetos, como os enunciados da linguagem prescritiva de situações objetivas, ou seja, da linguagem cuja finalidade é ‘alterar a circunstancia’, e cujo destinatário é o homem e sua conduta no universo social. Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito<sup>14</sup>.

Pertencendo ao gênero categorial de relação, a norma pode ser usada, dentre os inúmeros recursos metodológicos a que presta continência, como linguagem-objeto para abstração formalizadora, isto é, para delimitação de uma circunferência dentro da qual orbitam de-

<sup>13</sup> Vilanova, Lourival, *Causalidade e Relação no Direito*. 2ª ed. (São Paulo: Saraiva, 1989), p. 19 e seguintes.

<sup>14</sup> Vilanova, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. 4ª ed. (São Paulo: Noeses, 2010), p. 4.

terminações de sentido e de onde nascem conteúdos reflexivos atinentes ao campo da ciência jurídica. A norma jurídica contém elementos estruturais e externamente institucionais com os quais a teoria e a filosofia do direito apoiam suas investidas compreensivas. Para que possa dar conta de uma teoria jurídica autêntica e assaz crítico-reflexiva, a lógica deôntica vale-se da norma para perfurar o âmbito específico de um tipo de linguagem-objeto, extraindo daí seus aspectos constitutivos.

Dentro disso, a norma é um enunciado de sentido quando sua proposição é capaz de:

(i) descrever estados-de-coisas; (ii) que os estados-de-coisas correspondam aos diversos comportamentos exigidos e solicitados pelo conteúdo performativo da regra; (iii) que o conteúdo performativo possa ser expresso em letras sentenciais O, F e P, utilizadas em teoremas deônticos<sup>15</sup>; (iv) que os teoremas deônticos sejam constituídos segundo as **regras do sistema-padrão**<sup>16</sup> e estejam ancorados na lógica modal dos mundos possíveis; (v) que o status objetal do enunciado seja captado pela faculdade cognoscitiva como uma noção ampliada de ordem social, atinente aos comportamentos descritos, componentes dos estados-de-coisas; (vi) que as propriedades conceituais dos enunciados sejam imprescindíveis para o ato de significação, pelo qual a proposição preenche e designa o status objetal; (vii) se, e somente se a proposição normativa for capaz de preencher os requisitos anteriores, será dotada de valor-verdade.

Tais indagações dirigem a atenção do leitor a um componente inexorável: o de que há combinações entre classes de enunciados descritivos e normativos (apofânticos e

<sup>15</sup> Proposições normativas que descrevem estados-de-coisas deonticamente necessários em ao menos um possível, como “o caso x é tal que a norma p obriga o agente a realizar f”, ou ainda “o agente q pode realizar essa apenas nas condições h”, podem ter relação com operadores aléticos desde que com eles guardem pertinência semântica do tipo “se é obrigatório, então não é possível não realizar”, “se é permitido, logo não é proibido e, portanto, é possível”, ou ainda casos menos triviais como o apresentado por Føllesdal e Hilpinen sobre o primeiro axioma das regras do sistema-padrão tomado a partir da obra de *von Wright*, em que o que é obrigatório é também permitido:  $Op \sim O \sim p$ . É o caso do princípio da consistência deôntica ou princípio da permissão, segundo o qual P equivale a  $\sim O \sim$ , ou seja, tudo o que é obrigatório é também permitido no mundo possível correspondente a obrigação. Nesse sentido, ver Føllesdal, Dagfinn; Hilpinen, Risto, “Deontic Logic: An Introduction”, in Hilpinen (Ed.). *Deontic Logic: Introductory and systematic readings* (Dordrecht: D. Reidel P. Company, 1971), p. 2; ver também Von Wright, Georg H, *Norm and Action: a logical enquiry*. 1ª ed. (Londres: Routledge, 1970), p. 140 e seguintes

<sup>16</sup> O sistema-padrão do qual falamos acima é capaz de fornecer regras de inferência a partir de 3 axiomas e 3 de inferência: Axiomas:

A.1.  $Ox \{Princípio da Consistência deôntica$  ou princípio da permissão, já visto acima}

A.2.  $O(p \{se p e q$  expressam obrigações, então cada uma delas tomadas individualmente também expressará uma obrigação

A.3.  $O(p \{Princípio do terceiro excluído$  herdado da lógica clássica, pelo qual p não poder ser simultaneamente obrigatório e não

Regras clássicas de inferência do sistema-padrão (SDI), conforme apresentadas por

1. *Regra de substituição de variáveis proposicionais*, ou seja, a substituição de uma variável proposicional por uma fórmula em um teorema, também será um teorema. Logo, tudo o que é obrigatório também é permitido, pelo que se x for obrigatório, não x não será.

2. *Regra do modus ponens*: se p e  $p \rightarrow q$  forem teoremas, então q também o será.

3. *Regra da extensionalidade deôntica*: se p e q constituírem sentenças equivalentes, então Pp e Pq também serão letras sentenciais equivalentes.

Gomes, Nelson G., “Um panorama da Lógica deôntica”, *Kriterion*, vol. 49, n. 117 (2008), Belo Horizonte: 12.

cos) que apontam para diversas interações possíveis entre níveis e sobreníveis de linguagem (linguagem ordinária e linguagem analítica). Combinações do tipo descritivo-normativo, descritivo-descritivo, normativo-descritivo, normativo-normativo constituem uma das bases de proposições normativas, formando o tecido argumentativo do Direito, cuja ciência correspondente desponta como simbolização da prática social designativa, reconstituída significativamente em planos de linguagem.

Com base nessas interações, é possível predicar enunciados normativos de proposições descritivas (enunciados descritivos com predicados deônticos) pela constatação de certos eventos cuja estrutura determinada e uniforme lança luzes sobre um foco central ordenador, capaz de abarcar um conjunto inteiro de predicados derivativos. Nesse sentido, possibilidades de predicados a partir de gêneros próximos contribuem para a largueza do escopo normativo, compondo sua periferia verificacional. A lógica, dentro disso, procura formalizar a linguagem simbólica estruturante, articulando predicados e objetos de um modo formalizador, conferindo maior consistência ao discurso normativo em razão de sua dimensão proposicional formalizada.

A norma pode ser estudada do ponto de vista formal ou instrumental<sup>17</sup>. Quando observada do ângulo formal, a norma é tomada como objeto/signo terminativo. Quando instrumental, objeto/signo motivo. Signo terminativo quer dizer que a norma faz alusão a algo interno a ela mesma, ou seja, dá notícia formal de seu enunciado, representando por si mesma e não por outra coisa. Nesse sentido, o status objetal é ocultado do fundo de significação, pois o signo formal que é a norma termina nos limites sintáticos de sua enunciação, ou melhor, na sua estrutura gramatical. Como signo instrumental, por outro lado, a norma faz menção a algo externo, representando algo para o qual se dirige como instrumento. Enquanto signo instrumental, a norma é objeto motivo de uma ordem social imaginada como desejável pela comunidade linguística. Essa ordem surge como objeto designativo da norma, como seu status objetal. Tais acepções permitem conectar o aspecto interno-estrutural da norma com sua dimensão externa, a saber, apofântica e existencial.

---

<sup>17</sup> A distinção entre classes de signos formais e instrumentais foi amplamente debatida na escolástica tardia. Citamos João Poinot e Domingo de Soto ao longo do trabalho como exemplos de autores que se debruçaram sobre a temática dos signos. Para melhor compreensão do debate sugerimos ao leitor a obra de Pinborg, Jan, *Lógica e Semântica nel Medioevo*. 1ª ed. (Torino: Boringhieri, 1984), p. 133 e ss.

## 5.

### NORMA, METODOLOGIA E LINGUAGEM: ASPECTOS ANALÍTICOS DA PROPOSIÇÃO NORMATIVA

A contar da junção de elementos deônticos e intencionais, a norma pode ser compreendida como preceito. A expressão preceito também deriva do latim “prae-ceptum”, que significa “preceito, ordem, conselho, aviso, doutrina”<sup>18</sup>. Preceito, assim, tem o caráter de ordenar dentro de uma medida. Uma estrutura condicionante de comportamentos e ações dentro da qual encontra sentido. Na origem, coincide com “**praeceptus**”, que designa “de cima para baixo” ou “de cabeça para frente”, apontando direção, caminho, ordenação, em suma, de um lugar antecedente para outro consequente; no plano lógico, dos princípios à ação. Tomás de Aquino conceitua lei como “**certa regra e medida que induz a alguém a fazer algo ou a retrair-se de fazê-lo**”<sup>19</sup>. A definição do autor expõe bem a ideia de preceito: preceituar é ordenar dentro de uma medida, estruturada dentro de um parâmetro de reconhecimento de validade de sua incidência fático-concreta. Ainda dentro disso, os dicionários de latim costumam apontar outras definições. O dicionário acadêmico da Editora Porto, por exemplo, define “praeceptus” como “tomado antes, recebido antes, preparado, pensado”. Ora, no aspecto proposicional, preceito remete à algo que o antecede, a uma ordem conhecida a partir de sua predicabilidade na ação concreta do próprio idealizador ou por participação em alguma ordem que o abarca. No mundo da **praxis**, o particular é uma fase cognoscitiva e ativa anterior à universalização, de modo que quando agimos partimos da ação aos princípios, conhecendo-os a partir do contingente. Partindo das sete regras de Ticonio para a **exegesis**, sacamos a quarta, que trata da espécie e do gênero, “em virtude da qual a parte se toma do todo e o todo, pela parte”<sup>20</sup>.

Assim, a norma designa uma ordem cujo conhecimento se dá na atividade prática e particular dos seres humanos. Quando agimos, tomamos um fim a partir do qual condicionamos nossas escolhas em razão de nossas intenções. Buscamos e perseguimos esse fim, mas só podemos concebê-lo de modo universal em sua conexão com a particularidade, de onde o inferimos como universalizável. Predicamos ações componentes de relações humanas exemplares dessa ordem e, por isso, alimentamos nosso interior **fantasioso**<sup>21</sup> com predicados

<sup>18</sup> Koehler, *Pequeno dicionário escolar...*, p. 234.

<sup>19</sup> Tomás de Aquino. *Suma de Teologia: I – II, 90, art. 1, c. “Lex quaedam regula est et mensura actuum”*. 1ª ed. (Madrid: BAC, 1954), p. 99 e ss.

<sup>20</sup> Sevilha, Isidoro. *Las tres libros de las sentencias*. 1ª ed. (BAC: Madrid, 2009), p. 41.

<sup>21</sup> O termo *fantasia* é empregado por Aristóteles para designar a imaginação como etapa prévia e distinta à inteligência. Ver Aristóteles. *De Anima*. 2ª ed. (Buenos Aires: Editorial Leviatán, 2008), p. 126.

de ações lógicas compatíveis com essa mesma ordem universalizada. A norma jurídica é medida, assim, por ações condizentes com uma ordem selecionada pela comunidade linguística como conjuntura desejável de relações sociais. A institucionalização da norma como tal só é passível de efetividade porque a comunidade destinatária da regra a concebe como origem de uma proposição normativa, razão pela qual é coercitível e capaz de tornar a comunidade linguística uma comunidade política, pois as relações de linguagem anteriormente imaginadas passam a ter um caráter constituinte decisivo para as ações particulares de seus agentes.

A norma jurídica enquanto lei é ordem racional. Como preceito, a norma pode ser compreendida como a regra legítima das ações humanas, como **regula** dentro da qual as ações são conhecidas como relações de sentido, como objetivamente desejáveis no interior de uma comunidade. O ser humano a **lê em seu interior**<sup>22</sup> e coloca o preceito em prática. Por isso, lei é regra de medida dos atos humanos, pois o agente reconstrói dentro de sua imaginação a conjuntura de seus atos a luz de uma ordem maior e ampliada, que o reconhece enquanto age **perante e para com** os outros.

Ademais, a norma é preceito porque sua matéria versa sobre atos livres de seres racionais, não podendo exceder o limite da necessidade que possui para a ordem da comunidade. Em outros termos, a norma jurídica faz referência a ordem que lhe objetiva, delimitando proposicionalmente sua estrutura em compatibilidade com as estruturas concretas das ações particulares abarcadas em sua dimensão pragmática.

Suarez denomina a lei como “opus hominis ab eius potestate et prudentia proxime manans et tanquam regula et mensura operationum subditis posita”<sup>23</sup>. Ou seja, a definição mesma de norma jurídica passa pela compreensão de uma **regula** (regra), um parâmetro de medida dos atos humanos. A norma, assim, pode ser tomada como uma **tabula** prescritiva que aponta para uma imagem ideal de ordens de comportamentos dentro de um marco específico de condutas desejáveis pelos seres humanos em uma comunidade.

Todo preceito entendido como **regula de medida** pressupõe direção, comando e intenção. A **direção** é o fim, o objetivo a que a norma se propõe. O **comando** elucida o

---

<sup>22</sup> Tomamos essa concepção a partir da definição de lei dada por Isidoro de Sevilha. Em suas Etimologias, diz que o termo lei deriva de ler, de onde aduz que a lei deva ser escrita e, portanto, lida. Cumprir a lei significa ler dentro da própria imaginação, mediante o recurso a determinadas imagens que formam um fundo narrativo de ordem para o ser humano. Sobre o significado de lei como leitura, ver Sevilha, Isidoro. *Etymologiarum, lib. II, cap. 10, § 1*. Patrologia Latina - PL 82, 130.

<sup>23</sup> Suarez, Francisco. *De Legibus ac Deo Legislatore I: III, 17-18*. 1ª ed. (Madrid: C.S.I.C., 1971), p. 55. Podemos traduzir a definição como “a lei humana é, portanto, obra do homem, que surge diretamente de seu poder e prudência, e que se impõe aos súditos como norma e **medida** de conduta”. Tradução livre do autor. Grifamos a palavra medida porque seu emprego por grande parte dos juristas e teólogos medievais demonstra que o caráter histórico do significado de lei condiz com medida, estrutura, algo dentro do qual se validam condutas e comportamentos. O sentido de estrutura que utilizamos aqui tem a ver com a forma adequada das relações de cujo interior se extrai o conceito de ordem como status objetal da proposição normativa.

meio necessário a ser empregado para a consecução do fim. A **intenção** está em justificar o fim da norma em sintonia com o consentimento da comunidade linguística a que a norma se dirige. A articulação entre direção, comando e intenção esgarça o interior da proposição normativa, colocando-a **as claras**. Revela, primeiramente, que o enunciado possui um sentido. Esse sentido, por sua vez, preenche de significação o fim a que se destina, selecionando um âmbito particular de comportamentos e condutas sociais desejáveis em detrimento — ou em prejuízo — de outras ações humanas sociais. A **direção** condiz com a meta social a ser perseguida pelas instituições responsáveis por aplicar a norma aos casos particulares e gerais. O **comando** tem a ver com o meio necessário para a persecução da direção. Há muitas razões para justificar escolhas e meios para a realização de um fim exposto no substrato semântico da proposição normativa. Todavia, apenas algumas delas são selecionadas, excluindo-se outras igualmente possíveis, mas rarefeitas frente ao comando concreto designado na proposição. O comando, assim, pode ser entendido como o espaço das escolhas reconhecidas como autênticas e derivativas da proposição, predicáveis como tais porque simbolizam ações e reações humanas geradoras de relações desejáveis no interior de uma comunidade. O comando tem uma função proposicional fundamental, pois é a partir dele que se constata verificacionalmente a direção. Em outros termos, o gênero teleológico presente na norma se manifesta existencialmente no universo do comando, isto é, dos meios disponíveis em uma comunidade linguística. Podem-se predicar inúmeros meios de um fim, mas apenas alguns são apropriados à concretização do fim a que se dirigem as relações sociais nas circunstâncias em que os agentes de fato se comportam. Finalmente, a **intenção** manifesta o tipo ideal de ordem a que se busca na articulação entre direção e comando. O reconhecimento de uma conexão estrutural entre o fim e os meios seletivos desvela uma intencionalidade latente no interior da comunidade, a saber, um desejo de realizar determinadas formas de vida compatíveis com o tipo ideal imaginado pela narrativa de fundo da sociedade. A intenção da norma é o desterro de seu caráter implícito, é o componente de justificação que sedimenta as estruturas semânticas e firma os limites hermenêuticos da forma normativa. Em termos mais abrangentes, a intenção condiz com a matéria-prima que preenche as estruturas presentes no objeto designado pela norma, isto é, sua ordem social imaginada e constituinte de um fim a ser perseguido, bem como as estruturas das ações concretas predicáveis desse objeto, correspondentes às ações humanas compartilhadas na comunidade política.

Tomaremos a conjugação desses três rudimentos da proposição normativa como o fundamento mesmo do assoalho normativo, isto é, seu **status objetal**. Por possuir um status

objetal, a norma pode ser tomada como um **signo com pretensões de atribuir sentido à uma referência**<sup>24</sup>.

Entendida como fonte da proposição normativa, a norma propicia o olhar apurado da lógica deôntica sobre seus pátios interiores, permitindo uma série de conexões de sentido a partir dos quais se constituem estruturas rígidas e expectativas sistêmicas no mundo do direito e da sociedade.

A partir da lógica deôntica, se inferem probabilisticamente diferentes acepções de interpretação de enunciados, mapeando-se possibilidades conectadas ao gênero próximo do caráter relacional da norma. A lógica jurídica, nesse sentido, se apresenta como uma tentativa analítica de perfurar os sentidos possíveis implícitos da norma e formalizá-los em amplos decisórios, restringindo com o máximo de diligência o arbítrio interpretativo.

Por sua vez, a lógica jurídica se apresenta não como um campo fechado em si mesmo, mas como um campo em que os silogismos normativos e as teorias da argumentação medeiam a aportação da lógica simbólica para o terreno do Direito, tomando-o como objeto primário de investigação naquilo que fundamenta suas estruturas e relações interiores dentro do marco metodológico da teoria analítica da linguagem.

Uma das pretensões da lógica jurídica, assim, está em constatar a unidade do sistema jurídico e sua coesão com os fatos juridicamente relevantes, tendo como ponto de partida uma investidura decomposicional das estruturas da norma jurídica, concebendo-a como uma imagem seletiva da totalidade do sistema jurídico e, no âmbito semântico, como fonte de proposição de sentido que alude a uma imagem ordenadora da realidade social, mediante a articulação entre direção-comando-intenção.

Do ponto de vista da linguagem com que trabalha a lógica jurídica e seus pesquisadores, como também do posicionamento da norma jurídica dentro das estruturas de linguagem que correspondem ao universo do Direito, somos impelidos a sondar mais profundamente os níveis lógicos de análise da linguagem, perfurando o intestino gramatical e semântico das proposições normativas. Para tanto, nos valem da classificação levantada por Lourival Vilanova, adicionando conceituações analíticas indispensáveis para a elucidação dos gêneros de linguagem e diferenças específicas entre os níveis da norma e do sistema jurídico como um todo:

1) O nível mais fundamental é o plano da **metalinguagem**. Nesse, estuda-se a lógica jurídica a partir dos princípios fundamentais do raciocínio, a partir dos quais se predicam argumentos e proposições de sentido. Estabelece a lógica como linguagem formalizada. Exemplos de princípios e lógicas pertencentes ao nível da metalinguagem são, por exemplo, o princípio de não contradição,

<sup>24</sup> Frege, *Sobre o sentido...*, p. 1 e ss.



o princípio de identidade, o princípio do terceiro excluído, mas também lógicas paraconsistentes, paracompletas, modais, alternativas, de relevância, dentre outras. A metalinguagem contém termos que se reduzem, por abstração formalizadora, a variáveis e constantes operatórias (functores e quantificadores – que partem de axiomas e constituem castelos derivativos e inferenciais). No campo da lógica jurídica, a metalinguagem é a própria ontologia da linguagem que pavimenta as condições de possibilidade para os raciocínios jurídicos e argumentos pragmáticos de sentido.

## 2) Nesse nível intermediário tratamos da **linguagem típica do conhecimento científico-**

**-dogmático.** É o âmbito da narrativa da ciência do Direito. Conta com o conjunto de estruturas, relações e aporias pertencentes não a um, senão a todos os ramos do direito. Possui uma gramática interna, cujas regras estabelecem composições e transformações estruturais. A teoria do Direito situa-se nesse nível, pois abarca as áreas sobre as quais orbitam investidas reflexivas e extrações de sentido comum para o direito como tal.

3) No campo mais específico do interior do sistema do Direito, habitam regras internas compreendidas como regras sintático- semânticas, em obediência às quais se estabelecem estruturas com-sentido, evitando sem-sentido e contra-sentido. A gramática no interior do direito positivo (gramática geratriz de normas) não se confunde com a gramática da lógica jurídica (já que lida com proposições e não diretamente com normas), embora sirva como substrato para conectivos funcional-veritativos, letras sentenciiais, quantificadores e termos singulares, constantes na lógica clássica e também na lógica deôntica. Vilanova situa a **norma jurídica** positiva nesse nível, constatando tra- tar-se de **linguagem não formalizada** (não algoritmizada), com referências semânticas a situações objetivas na realidade social dos comportamentos humanos e marcada pela função pragmática<sup>25</sup>.

A Filosofia do Direito pretende, a partir da lógica, oferecer possibilidades de interação entre esses campos, filtrando o acesso às “coisas mesmas” por meio de um rigor analítico sólido e articulado, capaz de penetrar o fundo de sentido dos enunciados normativos.

Essa pretensão situa-se dentro do que Susan Haack chamou de terceira área de desenvolvimento dos estudos filosóficos atinentes ao campo dos sistemas lógicos: “o estudo filosófico da aplicação desses sistemas – leia-se: sistemas lógicos - ao argumento informal, da interpretação dos conectivos sentenciiais e dos quantificadores, de conceitos como os de verdade e verdade lógica”<sup>26</sup>.

Obviamente, a colocação dos padrões de relação da lógica modal e formal em geral dentro dos problemas suscitados pelo conhecimento jurídico permite alocar a lógica deôntica – aqui entendida como área especializada da lógica modal – como campo aberto ao condicionamento material e estrutural de implicação, tratando de conectores e quantificadores dentro do ambiente prescritivo. Em outras palavras, as questões vitais da reflexão que a filosofia do Direito pretende traçar quanto ao problema concreto da norma enquanto fonte

<sup>25</sup> Vilanova, *As Estruturas Lógicas...*, p. XXXIII e XXXIV.

<sup>26</sup> Haack, Susan, *Filosofia das Lógicas*. 1ª ed. (São Paulo: Unesp, 2002), p. 17.

de proposição normativa e, assim, objetal para a lógica jurídica, estão ancoradas em cálculos formais capazes de avaliar argumentos materiais, estabelecendo conclusões de sentido entre o campo dedutivo e o indutivo, entre o necessário e o provável.

O fato jurídico (predicado de ação humana) que origina a regra não produz leis lógicas (já que são axiomáticas), mas normas jurídicas. Dentro do sistema, podem existir contradições entre regras. Contudo, na lógica, não há contradições. Sendo a linguagem um fato, está recheada de significações e, onde existem significados, existe logicidade. Embora a linguagem e a logicidade sejam componentes essenciais do Direito, a lógica não é um atributo do direito-objeto. Antes, se afirma como um suporte externo e apropriador, capaz de gestar o sistema e iluminá-lo estruturalmente. A lógica não pertence ao gênero das normas jurídicas, embora com elas possa travar relações analógicas, por meio das quais as proposições passam a pertencer a uma análise mais rigorosa do ponto de vista formal, engajada em constituir sistemas formalizados mais amplos, teoremas que delimitam o horizonte de predicabilidade do *sim* e do *não* relativos aos atos humanos.

A norma como tal, assim, pode possuir um componente lógico, que a articula em sua estrutura e composição. Todavia, não se encerra aí. Possui, também, uma “estrutura implicacional” como vimos, voltada para a exteriorização da norma, sua ponte com a semântica dos mundos possíveis. A estrutura implicacional da norma jurídica volta-se para o universo das intenções e significados, para a razão prática e para as *coisas mesmas* em suas circunferências de significação.

A linguagem constitui as significações conceituais (signo formal) e comunica o conhecimento (signo instrumental). A articulação entre **o universo da linguagem** e a **comunidade do discurso**<sup>27</sup> pode ser estabelecida de diferentes modos, a depender da especificação do campo de observação ou da linguagem propositiva empregada. Proposições especificadas por um objeto particular pertencem ao domínio de uma ciência determinada (sistema científico específico), que lhe propicia as condições de validade, verificabilidade e pertinência (metodologia específica de cada ciência)<sup>28</sup>.

Se a linguagem pode ser tomada como o ponto de partida para a lógica, não é seu termo final. Constitui a conexão da formalidade com a experiência social, mas não esgota as possibilidades proposicionais dos enunciados formalizados. A linguagem como “fato do mundo”<sup>29</sup> (sistema simbólico de referibilidade dos objetos) dá suporte à lógica. Fornece às suas estruturas proposições de sentido, asserções de ontologia, a saber, de significados ob-

<sup>27</sup> Vilanova, *As Estruturas Lógicas...*, p. 2.

<sup>28</sup> Vilanova, *As Estruturas Lógicas...*, p. 2 e 3.

<sup>29</sup> Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus* (Madrid: Tecnos, 2007).

jetivos. A indicação de que um objeto possua determinada propriedade ou predicabilidade dependerá da linguagem, mas encontrará terreno firme na lógica modal, que lida com argumentos de necessidade, possibilidade, contingência e impossibilidade. A compreensão de sentido (linguagem) e a legislação de sentido (lógica) se unificam para robustecer a norma em seu posicionamento objetivo (signo formal e instrumental), sistemático (interação com outras espécies do mesmo gênero) e implicacional (ações e omissões humanas contempladas nas normas).

As divisões entre linguagem formal e natural se interpenetram na formulação de conceitos jurídicos. A clássica divisão entre linguagem descritiva de objetos (simbolização empírica) e linguagem prescritiva de situações objetivas (alteração de circunstâncias sociais) são articuladas para formar uma linguagem comum, a saber, a linguagem das normas e das proposições normativas. O aporte da lógica formal e suas variações para o campo do direito aqui concebido como objeto de predicação (sistema de normas) é, assim, o campo próprio da lógica deôntica.

A lógica deôntica procura estudar a norma enquanto fonte de proposição em suas condições de universalidade, predicabilidade e definibilidade, por ter relação com o objeto designado, em primeiro lugar. Para que possa ser articulada com seu objeto (status objetal) – a ordem social –, precisa satisfazer quatro exigências jurídicas:

1. Pertencer a um sistema;
2. Conter uma estrutura interna (sintaxe e semântica);
3. Ter como referência algo externo a ela, o qual representa e significa como objeto motivo (signo instrumental);
4. desempenhar a função de termo para a razão prática – a do intérprete-, que capta o seu sentido e a torna aplicável nas circunstâncias de sua incidência.

O preenchimento dessas quatro exigências permite tomar a norma como fonte de proposição, cujo sentido se encerra na designação da ordem social.

## 6.

### PROPOSIÇÃO E STATUS OBJETAL: ENTRE A LINGUAGEM EXPRESSIVA E A LINGUAGEM DESIGNATIVA

Em *Digressões sobre o sentido e a referência*, Frege afirma que um

nome próprio tem como **referência o objeto que ele designa** ou nomeia. Um termo conceitual refere-se a um conceito se o termo for usado como é apropriado em lógica (...). Em toda sentença, sem prejuízo da verdade, um termo conceitual pode substituir um outro termo conceitual, caso eles tenham a mesma extensão conceitual; e também em relação à inferência e às leis lógicas, os conceitos só procedem de maneira diferente na medida em que forem distintas suas extensões. [E arrebata] A relação lógica fundamental é a de um objeto cair sob um conceito: a ela podem-se reduzir todas as relações entre conceitos. Ao cair um objeto sob um conceito, ele cai sob todos os conceitos da mesma extensão<sup>30</sup>.

Da digressão exposta acima, notamos como Frege esclarece a tensão entre o objeto designado como referência e as conceitualizações que dele decorrem, ora como conceitos dotados de mesma extensão (normas) ou conceitos de diferentes extensões lógicas (proposições normativas).

Dentro disso, a pergunta pelo status objetal da norma passa pela constatação de que as normas operam num mundo onde a comunidade linguística convencionava palavras e sons para expressar objetos de designação. Foi Wittgenstein quem levantou essa aporia. Logo no início das *Investigações Filosóficas*, comentando um trecho de Agostinho, aduz o seguinte:

nestas palavras temos, ao que parece, uma determinada imagem da essência da linguagem humana, a saber: as palavras da linguagem denominam objetos – as sentenças são os liames de tais denominações. – nesta imagem da linguagem encontramos as raízes da ideia: toda palavra tem um significado. Este significado é atribuído à palavra. Ele é o objeto que a palavra designa<sup>31</sup>.

Embora afirme tratar-se de um **domínio estritamente circunscrito** da linguagem, já que amplia-se para além do horizonte concebido pela visão apresentada, o autor reconhece que este campo primitivo de representação do modo como a linguagem funciona normalmente em uma comunidade linguística oferece as bases para o aparecimento de um **conceito filosófico de significado**.

<sup>30</sup> Frege, Gottlob, “Digressões sobre o sentido e a referência”, in *Lógica e Filosofia da Linguagem - conjunto de artigos de G. Frege*, org. por Paulo Alcoforado. 1ª ed. (São Paulo: Edusp, 2009), p. 160.

<sup>31</sup> Wittgenstein, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 1ª ed. (São Paulo: Vozes, 1994), p. 15.

Arremata mais adiante no mesmo capítulo, dizendo que

o conceito geral de significado das palavras envolve o funcionamento da linguagem com um nevoeiro que impossibilita a clara visão. – Dissipa-se a névoa quando estudamos os fenômenos da linguagem em espécies primitivas de seu emprego, nos quais se pode ter uma visão de conjunto da finalidade e do funcionamento das palavras<sup>32</sup>.

De acordo com isso, as espécies primitivas de emprego das palavras constituem a ponte para o entendimento sobre o modo de funcionamento da linguagem, para sua modalidade de operação na comunidade social. O que Wittgenstein está apresentando, em outras palavras, é o fator-comum do modo como a linguagem opera em uma comunidade linguística e, assim, como instaura as bases para o entendimento do conceito de significado, ainda que seus domínios estejam restritos a âmbitos particulares de designação, dada a vinculação que possuem ao universo primitivo de representação. As palavras empregadas designam objetos, e o fazem lhes atribuindo significação.

Assim, as palavras empregadas, a depender da convenção social sobre o objeto de designação, serão utilizadas para designar coisas, objetos, propriedades e relações. O processo pelo qual usamos as palavras pode ser tomado como o conjunto dos “*jogos de linguagem*”, atribuições repetitivas e interativas de nomeação dos objetos.

No campo jurídico, o modo como os **jogos de linguagem** se sucedem implica em um conjunto de alterações no campo estático dos corpos destinatários. O universo semântico abarca um tipo de totalidade cujo preenchimento material se dinamiza mediante o recurso a modalidades de relações e tensões que alteram o *estado de coisas*, formando um escopo dinâmico-interativo. As proposições normativas constituem um tipo específico de linguagem performativa que, diferentemente de outras modalidades de proposições, podem ser vistas aqui como extensões do objeto a que as palavras da norma designam em seu conjunto, e que condicionam o escopo dinâmico-interativo a que seus produtores perseguem relativamente a esse mesmo objeto designativo, solicitando que os destinatários modifiquem seus respectivos relacionamentos e adaptem suas correspondentes formas de vida em práticas contempladas no âmbito relacional do objeto designado. O aspecto semântico da norma, assim, faz alusão a um objeto designativo, um tipo específico de referência que demanda um preenchimento de significação. As palavras das normas são enunciados que preenchem com significação a estrutura de referência desse objeto. Chamamos esse objeto de designação com o termo “status objetal”.

---

<sup>32</sup> Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, p. 17.

Como formamos em nós a imagem do status objetal? Talvez a resposta mais satisfatória para essa questão apareça sob o revestimento de uma nova pergunta: o que designa o conjunto dos enunciados de uma regra?

Em sentido primitivo, tomamos a resposta do próprio Wittgenstein: “a palavra ‘designar’ é empregada de modo mais direto talvez lá onde o signo repousa sobre o objeto que designa”<sup>33</sup>.

O status objetal aparece como uma imagem nebulosa, um campo focal de referência estrutural, cujo significado é preenchido pelo conjunto dos enunciados e das proposições normativas que lhes sejam correspondentes. Há, portanto, uma linguagem jurídica que preenche de sentido o campo do status objetal, tomado aqui como um recipiente estrutural que padroniza a linguagem das normas, de seus predicados proposicionais, das interpretações e, em sentido moral, da narrativa de identidade da comunidade linguística.

Conceber o status objetal como objeto designado na norma exige que situemos sua posição no quadro geral do que Puntel, apoiado em Frege, chama de referência. Segundo o autor,

referência pode ser – um conceito – tomado... no sentido de ‘referência (reference)’, com o significado de denominação ou coisa semelhante, e na maioria das vezes se o considera assim. De acordo com isso, um conceito ‘se refere’ a um conteúdo, no sentido de que tem um ‘conteúdo’. A pergunta agora passa a ser a seguinte: como se deve interpretar esse conteúdo do conceito? Esse é o aspecto da aclaração do conceito do conceito, que há de ser tematizado (...). É usual distinguir entre o conteúdo conceitual (intensidade) e a amplitude conceitual (extensão). Uma visão puramente extensiva dos conceitos reduz o conteúdo conceitual à amplitude conceitual. De acordo com isso, um conceito se equipara ao (ou a indicação de) conjunto de objetos aos quais se aplica. De acordo com uma visão não exclusivamente extensiva, um conceito designa uma entidade que pode ter distintas denominações; e isso em correspondência com a expressão linguística com a que o conceito está ligado: de tal modo há atributos (propriedades e relações), funções, etc<sup>34</sup>.

De acordo com isso, a referência do conceito explicitado na norma sob a forma linguística de proposição, e sob a forma de imagem como objeto designativo. Aparece, assim, o status objetal como um conteúdo de ordem intenso, limitado em sua amplitude narrativa, marcado por uma estrutura abstrata apta a ser preenchida por sentidos dotados de condições de significação.

---

<sup>33</sup> Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, p. 21.

<sup>34</sup> Puntel, Lorenz. *Estructura y Ser: Un marco teórico para una filosofía sistemática*. 1ª ed. (Buenos Aires: UCA e Prometeo, 2013), p. 239.

Embora estejamos a tratar de proposições normativas, é inegável que a noção conceitual de *referência* pode ser definida como um conjunto de entidades abstratas com objetos não situados no tempo/espaço e possuidores de uma existência independente<sup>35</sup> em relação a juízos fáticos e avaliativos. A referência pode ser vista como a estrutura formal dos conceitos, como o recipiente que recebe significados análogos ou diversos acerca de um mesmo âmbito intensivo e extensivo de designação. Pode, portanto, ser transportado para uma variedade de campos conceituais, como o Direito e a moral, a retórica e a poética, ou mesmo a estética e a política.

Em tecidos narrativos ampliados, como é o caso do campo literário, por exemplo, é perceptível uma estrutura condicionante do discurso que articula um primeiro nível de linguagem com outro mais profundo, implícito na argumentação, que se revela após um esforço da atenção a alguns pontos aparentemente ocultos que só cintilam na consciência do leitor após o empenho da razão em elucidar questões obscuras. Escritores de grande magnitude como Dostoievski formulam suas narrativas pressupondo um primeiro plano de exposição e esse outro mais substantivo, condicionante do segundo e fundamental para sua articulação unitária.

No campo jurídico, embora dissonante da literatura, há igualmente essa divisão de dois planos narrativos de linguagem, articuláveis entre si por princípios de um terceiro plano, ainda mais profundo, que lhes dá sentido e movimento. Se o primeiro plano pode ser compreendido como o plano das proposições normativas, o segundo será tomado como o de suas designações. Se no plano proposicional dos enunciados que compõem uma norma jurídica lidamos com estruturas semânticas de linguagem, ao que normalmente chamamos de linguagem expressiva, no plano de seus objetos designativos tratamos de referências, isto é, de uma categoria de linguagem designativa alusiva a um estado de coisas, a uma imagem abreviada do mundo social.

Assim, costumamos na proposição normativa dois níveis entrelaçados: o nível da **linguagem expressiva** e o da **linguagem designativa**. A voz oculta na sintática cala fundo na imaginação do leitor da norma, convidando-o a transportar seu horizonte reflexivo para além do mero plano expressivo, concebendo uma ordem social designada na proposição.

Foi Taylor que aportou para o campo reflexivo da linguagem a distinção entre os dois tipos de linguagem mencionados acima. Setoriza essa classificação dentro do que chamou de “teoria da significação íntegra e controvertidamente designativa”<sup>36</sup>. De acordo com isso,

---

<sup>35</sup> Puntel, *Estructura y Ser...*, p. 239.

<sup>36</sup> Taylor, Charles. *La Libertad de los modernos*. 1ª ed. (Buenos Aires: Amorrortu, 2005), p. 48.

a nossa singularidade como sujeitos humanos e biográficos tem assento histórico-existencial porque temos consciência reflexiva das palavras que veiculamos através de sons, dotando-as de sentido e referência<sup>37</sup>. Assim, quando emitimos uma palavra, reconhecemos o objeto designado por ela. Aceitar essa consciência reflexiva é reconhecer que por meio da palavra exploramos de maneira mais profunda o objeto e suas vicissitudes. Apoiado em Herder, Taylor esclarece que esse tipo de reflexão é inseparável da linguagem, onde “as palavras constituem o veículo da consciência reflexiva”<sup>38</sup>.

A consciência reflexiva, assim, pode ser entendida como o pano de fundo das palavras, que alimenta a capacidade que temos para empregá-las em diferentes circunstâncias. Ela identifica os objetos de referência a partir do emprego da linguagem. Esse emprego tem o condão de distinguir as coisas pelas respectivas formas que possuem, viabilizando a identificação correspondente. A consciência reflexiva nos oferta o palco onde os termos apropriados descrevem os **estados de coisas** no mundo cognoscível.

Esta consciência, de qualquer maneira, deve ser capaz de falar, usar as palavras para dizer algo. A esse algo chamaremos de objeto. O uso das palavras para dizer o que é esse objeto é o que chamamos de linguagem expressiva. Diz Taylor que a linguagem expressiva dos objetos significativos condiz com a nossa percepção sobre o que é o objeto, ou melhor, quando o objeto é expresso mediante algo que se encarna nele, tornando-o manifesto. Algo é manifesto quando a possibilidade de vê-lo está diretamente ao alcance de todos, tornando-o visível. Expressar aqui quer dizer **presentar a coisa**, viabilizando aos outros o ato de inferir algo que, por vezes, não é explicitamente manifesto sem o recurso a essa linguagem. A linguagem expressiva nos coloca perante as coisas mesmas, **presentadas** pelo emprego da linguagem. As expressões tornam manifesta uma coisa ao encarná-la.

Por outro lado, a linguagem designativa aponta para uma coisa externa, dotada de uma concepção ampla e difusa no mundo. Nas palavras do autor,

podemos explicar um signo ou uma palavra com significado apontando ao que designam em sentido amplo, isto é, a coisa do mundo ao qual podemos fazer referência com esse signo ou essa palavra e o que somos capazes de dizer sobre ela”. Na designação, completa, se pode utilizar palavras “para selecionar um objeto determinado em algum contexto de referência e toda a frase reúne as duas expressões referenciais com o fim de asseverar que o designatum de uma está situado no designatum da outra<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Frege, “Sobre o sentido e a referência”, p. 1 e

<sup>38</sup> ss. Taylor, *La Libertad de los modernos*, p. 51.

<sup>39</sup> Taylor, *La Libertad de los modernos*, p. 37.



De acordo com isso, a designação é a referência do objeto, enquanto a expressividade seu sentido. A constatação da linguagem designativa pode ser vislumbrada pela coisa que se faz representar na linguagem expressiva. Enquanto a linguagem designativa aponta para fora, para o **status objetal**, a linguagem expressiva encarna um sentido, atribuindo à designativa a matéria-prima de significação. Por isso, diz o próprio Taylor, “a função expressiva das palavras dependerá da função designativa”<sup>40</sup>.

As normas jurídicas podem, dentro disso, serem vistas como expressões que encarnam sentidos. Esses sentidos, por sua vez, preenchem de significação o campo de referência, que é a própria ordem social designada. A ordem designada pressupõe uma narrativa ampla e difusa, dotada de emblemas referenciais seletivos de um estado de coisas no mundo social, correspondentes a fins que a própria sociedade entende como seus.

Anteriormente, havíamos afirmado sobre a existência de um terceiro nível de linguagem, acima desses dois e mais profundo. Esse nível pode ser entendido como nível de uma **metalinguagem**, que tem como escopo o fornecimento dos princípios cabíveis ao esforço intelectual por esclarecer as propriedades dessa ordem, desvelando sua obscuridade inicial. A simples constatação de que a ordem social é referida na estrutura da proposição normativa já denota o aspecto de significação que começa no enunciado normativo.

A ordem que evoca será tomada, em sentido prático, como forma implícita de um tipo de relação social presente na sociedade e na própria norma, como referência de uma estrutura determinante que exige correspondência na proposição e nos predicados de ação existentes na sociedade.

A ordem é, relativamente à norma, um “enunciado filosófico com status objetal puro”<sup>41</sup>, o que não significa dizer que tal ordem não esteja em operação, em **devir**. Há uma existência implícita da ordem nas relações sociais em geral, podendo ser tomada, dentre tantos outros conceitos possíveis, como uma estrutura formal exigida e mínima de expectativa nas ações humanas compartilhadas. A ordem está implicitamente em operação, já que conjura um tipo particular de estrutura cujo preenchimento é seu próprio horizonte de significados. Tomada em si mesma, a ordem é um conceito restritivo, considerado em si próprio e sem referência a fatores externos acidentais, o que não quer dizer que o conceito de ordem possa ser tomado de maneira atomística, isolacionista, o que suporia alguma unilateralidade ficcional. Antes, a ordem nesse particular é mencionada como gênero próximo de um conjunto de ações sociais descritas e fundadas segundo um modelo exemplar, padrão de determinados

---

<sup>40</sup> Taylor, *La Libertad de los modernos*, p. 39.

<sup>41</sup> Puntel, Lorenz, *Em busca do objeto e do estatuto teórico da filosofia: estudos críticos na perspectiva histórico-filosófica*. 1ª ed. (São Leopoldo: Unisinos, 2010), p. 23.

comportamentos e desejável por uma comunidade política. Os casos periféricos da ordem são conscientemente mapeados naquilo que possam ter de relevante para o contexto social.

a determinação progressiva própria e necessária da substância é o pôr [das Setzen] do que é em si e para si; o conceito, pois, é essa unidade absoluta do ser e da reflexão, de que o ser-em-si-e-para-si primeiramente é pelo fato de que é igualmente reflexão ou ser posto e que o ser posto é o ser-em-si-e-para-si. — Esse resultado abstrato se esclarece por meio da exposição de sua gênese concreta: ela contém a natureza do conceito; mas ela tem de anteceder seu tratamento<sup>42</sup>

Seguindo o autor, dizemos que o conceito de status objetal é referente a uma substância social progressiva (em direção a uma ordem social futura parcial e imaginada) do que é em si (conceito objetivo) e para si (determinante, concreta).

O conceito de ordem tomado como status objetal induz ao reconhecimento de que a ordem em si é a própria metalinguagem da norma jurídica, como um referente focal dotado de uma narrativa construída por uma linguagem designativa, capaz de oferecer uma estrutura apta a receber sentido. A concepção de ordem tomada nesses termos, portanto, deve ser entendida dentro daquilo que Puntel chama de “concepção holística apropriada”, ou seja, “uma compreensão que considera e tematiza explicitamente todo o ‘entorno’ de um conceito, da formulação de um problema, etc”<sup>43</sup>. O “entorno” da ordem pode ser compreendido como domínio que se estende à área limítrofe da unidade de significado contida na proposição normativa. Os enunciados presentes na proposição normativa conferem à metalinguagem os limites e as condições de sua validade como narrativa implícita.

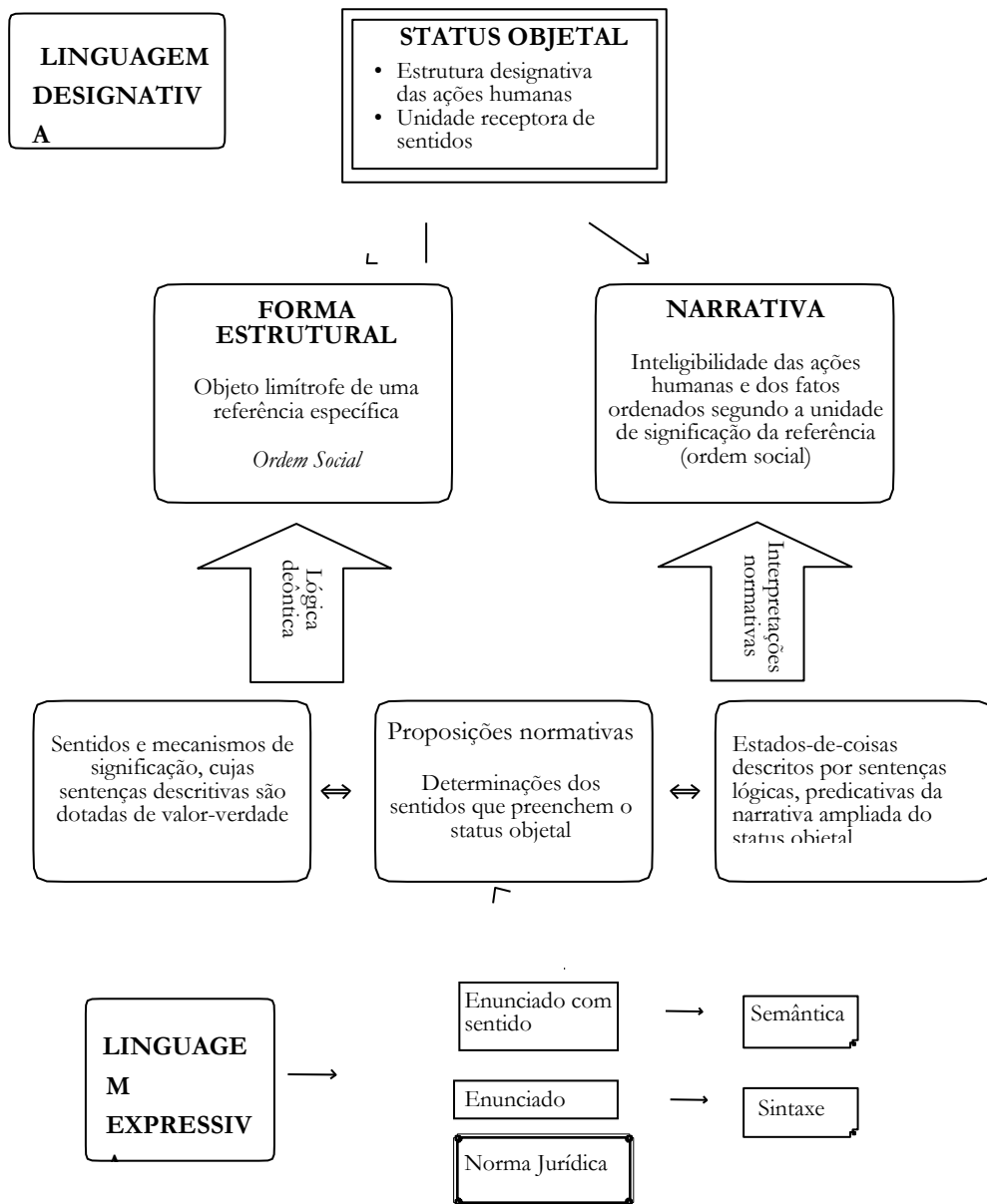
Há, dessa maneira, uma primeira concepção implícita na proposição normativa: a de que o campo da linguagem designativa alude a uma **forma** estrutural, entendida como o objeto limítrofe de uma referência específica, bem como uma **narrativa** social, constituinte da própria inteligibilidade da ordem social invocada na proposição. Forma e narrativa, aqui captadas como estrutura universal das ações humanas (**referência**)<sup>44</sup> e unidade receptora de sentidos. A dupla exposição do status objetal condiciona a norma e suas respectivas interpretações, já que aparece como miolo de uma escala de determinações de sentidos (proposições normativas) que serão empregadas a partir das próprias normas, por seus aplicadores nas diferentes interpretações de seus enunciados.

<sup>42</sup> Hegel, Georg W. Friedrich, *Ciência da Lógica*. 1ª ed. (São Paulo: Barcarolla, 2011), p. 174.

<sup>43</sup> Puntel, *Em busca do objeto...*, p. 23.

<sup>44</sup> Frege, *Sobre o sentido e a referência*, p. 1 e ss.

No quadro a seguir, notamos de modo cristalino a estrutura do organismo de signi-  
ficação da norma:



**Figura 4.**

Fuente: própria

Do ponto de vista do interprete, sempre haverá o risco da **inconsistência dos limites**. Um dos fatores mais importantes na operação da intelecção de uma proposição normativa é o da formulação de perguntas a partir de seus enunciados. O conjunto de aporias contido na norma levanta a constatação sobre o raio de significação que compõe o âmbito semântico do conceito, bem como o instrumental teórico necessário para sondar os rastros de significado ali presentes. Todavia, dois tipos de empecilho podem aparecer nesse intento: (i) o ferramental teórico e/ou prático e/ou técnico utilizado(s) pelo interprete não é (são) adequado(s) em todos os sentidos possíveis ou para uma ou algumas circunstâncias para a(os) qual(quais) foi (foram) destinado(s); (ii) o interprete ignora o(s) fato(s) de sua(s) pergunta(s), restando inconsciente – em parte ou no todo – e aquém do nível teórico exigido para o entendimento adequado, o que faz com que não esteja apto a definir, determinar e fundamentar a estatura e o alcance exatos dos enunciados da norma. O pressuposto de que o signo normativo se dirija relacionadamente à faculdade cognoscitiva do interprete após seu objeto designado -ordem social parcial-, é princípio evidente do ato de significação, o que livra-nos de uma tematização mais rigorosa e explícita quanto a intelecção da norma, já que sua inteligibilidade dependerá, em enorme medida, das disposições do próprio interprete como tal.

O status objetal do signo normativo é a referência, o conceito a partir do qual todos os objetos individuados são componíveis e do qual se predicam suas asserções lógicas. O sentido é entendido como nexo de significação que encontra e preenche a referência. Assim, tanto a norma quanto a interpretação constituem o universo do sentido, enquanto o status objetal desponta como forma receptora e institucionalizadora da narrativa que abarca o sentido e o imaginário social.

O status objetal tem a ver com a ideia de que a ordem ali contemplada anuncia de maneira formal a seleção que uma comunidade faz sobre a melhor ordenação possível para um âmbito específico de relações sociais. De algum modo, a referência de ordem indica um “esclarecimento” da comunidade sobre si mesma, quanto aos bens humanos pertencentes à sua identidade, eleitos como prioritários para a continuidade de sua existência tensional em contraste com as desordenações provocadas em seu interior.

Os graus estabelecidos pelo quadro anteriormente analisado permitem vislumbrar que entre a linguagem expressiva e a linguagem designativa edifica-se uma autêntica **escala de determinação**. A norma é fundamental para a determinação do enunciado. Este, por sua vez, para a sentido da norma. O sentido, então, se determina pela proposição que, dotada de verdade (em sentido lógico) e condições de significação (sentido linguístico), articula o signo normativo com o seu status objetal, pelo que cada predicação no campo lógico cor-

responderá a uma ação humana pertencente ao campo narrativo, abrindo-se uma escala de predicados lógicos proporcional ao amplexo dos comportamentos humanos constituintes dos fatos imputativos da norma jurídica. Uma rede complexa de significações que resulta em uma escala aberta de predicados universalizáveis, construídos pela atividade de interpretação normativa. A interpretação, assim, preenche um campo mais ampliado de predicabilidade, conectando uma variedade de ações possíveis decorrentes da concepção de ordem designada, atinentes às circunstâncias temporais e espaciais de seu termo.

Os predicados são universalizáveis, pois a partir do particular chegamos ao universal que é a referência de ordem. Conhecemos a ordem porque participamos nela de alguma forma, intuindo-a a partir da ação particular. Começamos a conhecer o status objetal pelos seus predicados. Nenhum âmbito de ordem social é conhecido por inteiro desde o primeiro instante. A inteligência que operamos da ordem começa por uma parte que se estende paulatinamente ao todo, por um pedaço que se amplia pelo mergulho da imaginação na realidade objetal.

Os primeiros rastros de inteligência da ordem ocorrem na nossa própria atividade social ou na observação da ação próxima. Os predicados da ordem extraídos da ação que empreendemos ou que os outros o fazem e que, de alguma forma, nos afeta, são universalizáveis em razão de uma estrutura comum, presente na própria ação observada ou vivida e igualmente presente na concepção de ordem designada na norma.

A esta estrutura comum antepomos outro caminho pelo qual podemos percorrer os canais universalizáveis de ordem no status objetal: a lógica deontica. Amplamente apoiada nos operadores modais da lógica de predicados e nas partes constitutivas dos raciocínios dentro dos padrões estabelecidos pela lógica proposicional, como é o caso das constantes, das variáveis e das funções, a lógica deontica procura indicar um mapeamento de um ou mais elementos de um conjunto específico de análise, a partir da constatação do domínio e do alcance da função, bem como das fórmulas e dos quantificadores aplicáveis a uma escala de determinação de um status objetal qualquer. Visa, assim, edificar um teorema segundo as já mencionadas regras do sistema padrão, pelo que torna um mundo possível um horizonte deonticamente perfeito e consistente.

## 7.

### CONCLUSÃO

**1) Analítica da Linguagem:** O presente artigo procurou demonstrar que, por trás do enunciado normativo, há um horizonte aberto de predicções lógicas e tecidos linguísticos interconectados.

Mostramos que uma investigação do caráter semântico das normas jurídicas não pode ser feita sem o reconhecimento prévio de que há, em seu interior, uma estrutura composicional de significados, a partir do que é possível estabelecer conexões entre a lógica deôntica e o universo pragmático da ordem social. Apresentamos a matriz compositiva dos enunciados normativos, as dimensões sintática e semântica que lhes formam, bem como a distinção daí extraída entre o âmbito da expressão e o campo da designação das normas, ou seja, o aspecto estrutural-descritivo e o âmbito designativo da ordem social aludida. Mostramos como a interconexão entre a expressão e a designação das normas jurídicas é temática indispensável e caminho necessário para viabilizar toda a indústria da lógica deôntica standard.

Concluimos, assim, que após a investigação analítica dos aspectos lógicos e linguísticos da norma jurídica, resta indubitável que as modalidades de proposições com as quais os enunciados normativos trabalham desempenham funções lógico-veritativas específicas constitutivas e condicionais para teoremas e axiomas integrantes da lógica deôntica padrão, confirmando a hipótese arguida inicialmente. A partir disso, destacamos o objeto designativo das normas, a saber, o status objetal, o campo de ordem designado pela leitura do enunciado e sua correspondente aptidão descritivo-proposicional.

Buscamos, assim, tecer um panorama de fundo sobre as conexões lógicas e linguísticas das normas jurídicas enquanto fontes de proposições normativas, apresentando um mecanismo lógico e epistemológico de conexão entre a linguagem expressiva das normas jurídicas e a linguagem designativa da ordem social.

A norma é um signo de linguagem, dotado de dimensão sintática e semântica, pelo que é capaz de designar um status objetal mediante uma proposição normativa. Por sua vez, a proposição é o veículo que articula o enunciado ao objeto designativo, o campo de referência da norma, a saber, uma dada concepção de ordem social, de ordenação de certos comportamentos humanos.

**2) Lógica:** A partir do exposto, traçamos algumas conclusões logicamente consistentes:

- (i) Normas são diferentes de proposições normativas;
- (ii) Normas não possuem valor de verdade, embora sejam fontes de proposições normativas;
- (iii) Proposições normativas são enunciados descritivos e constatativos de normas e estados-de-coisas abrangidos por seu horizonte semântico;
- (iv) O status objetal das normas corresponde ao objeto designativo, o campo de referência do signo normativo;
- (v) Há um caráter formalmente constitutivo do status objetal, pelo que representa um campo aberto de ações humanas ordenadas segundo um padrão real objetivo;
- (vi) O status objetal, porque é designado por uma proposição normativa, pode desempenhar a função veritativa de axioma em um sistema padrão de lógica deôntica;
- (vii) Porque os seres humanos são capazes de conhecer um modelo formal objetivo de ordem e porque a razão prática é uma operação do intelecto atinente ao mundo da práxis, os princípios da razão prática são análogos aos preceitos que lhe correspondem pela introdução do verbo dever, ou seja, os preceitos da lei natural;
- (viii) Porque os preceitos da lei natural são análogos aos princípios evidentes da razão prática, são conhecidos pelo intelecto de modo indemonstrável e, por isso, sob a condição de sua transmutação em proposições;
- (ix) As proposições que descrevem as ordenações dos preceitos da lei natural podem ser cognoscíveis segundo as regras da lógica modal dos mundos possíveis;
- (x) Porque a razão proposicional é necessária, os princípios indemonstráveis são analogamente necessários à razão;
- (xi) O status objetal condiz com uma ordem ampliada, analogada segundo um objeto simpliciter, a saber, a ordem social almejada pelo Direito Positivo;
- (xii) A proposição normativa, e não a norma jurídica, constitui o caminho através do qual o intelecto prático identifica a ordem por meio do signo normativo;
- (xiii) O status objetal abre uma escala de determinações no campo lógico (através dos predicados que formam os diversos teoremas deônticos baseados no sistema padrão) e no campo prático (ações humanas compartilhadas segundo as formas adequadas de concretização da ordem nas circunstâncias do agente);
- (xiv) A proposição normativa é a condição de verdade a partir da qual identificamos o âmbito semântico da norma como capaz de inserir-se no âmbito modal e deôntico;

(xv) O sistema padrão de Lógica deôntica é apto para analisar as condições de verdade das proposições normativas que condizem com as leis positivas e com os preceitos da lei natural;

(xvi) A articulação entre a proposição normativa e o status objetal manifesta uma conexão mais profunda, entre dois níveis de linguagem: a linguagem expressiva e a linguagem designativa.

---

Para citación: Boeira, Marcus, “Da Norma ao Status Objetal: expressão e designação”, en *Revista de Derecho* N° 19 (jul.-2019), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 103-141

---

Contribución 100% Marcus Boeira

---

## BIBLIOGRAFIA

- Araujo, Francisco de, *Commentariorum in universam Aristotelis Metaphysicam tomus primus*. Salamanca: Varesius, 1617.
- Aristóteles, *De Anima*. 2ª ed. Buenos Aires: editorial Leviatán, 2008.
- Ayer, Alfred J., *The problem of Knowledge: I*. London: Macmillan, 1956.
- Carnap, Rudolph, “Empiricism, Semantics and Ontology”, in *Revue Internationale de Philosophie* 4 (1950): 20-40, disponível no <http://www.ditext.com/carnap/carnap.html> Føllesdal, Dagfinn; Hilpinen, Risto, “Deontic Logic: An Introduction”, in Hilpinen (Ed.). *Deontic Logic: Introductory and systematic readings*. Dordrecht: D. Reidel p. company, 1971.
- Frege, Gottlob, “Sobre o sentido e a referência” (1892), in *Lógica e Filosofia da Linguagem-conjunto de artigos de G. Frege*, org. por Paulo Alcoforado. São Paulo: Edusp, 2009.
- Frege, Gottlob, “Digressões sobre o sentido e a referência”, in *Lógica e Filosofia da Linguagem-conjunto de artigos de G. Frege*, org. por Paulo Alcoforado. São Paulo: Edusp, 2009.
- Gomes, Nelson G., “Um panorama da Lógica deôntica”, *Kriterion*, vol. 49, n. 117 (2008).
- Hegel, Georg W. Friedrich, *Ciência da Lógica*. São Paulo: Barcarolla, 2011.
- Jørgensen, Jørgen, *Imperatives and Logic*. Leipzig: Erkenntnis, n. 7, 1938.
- Kalinowski, Georges, *Introducción a la Lógica Jurídica*. Buenos Aires: EUDEBA, 1973.



- Koehler, H., *Pequeno dicionário escolar latino-português*. 13ª ed. Porto Alegre: editora globo, 1958.
- Pinborg, Jan, *Logica e Semantica nel Medioevo*. Torino: Boringhieri, 1984.
- Poinsot, Juan (Juan de Santo Tomas). *De los signos y los conceptos*. Mexico: Universidad Autônoma, 1989.
- Puntel, Lorenz, *Em busca do objeto e do estatuto teórico da filosofia: estudos críticos na perspectiva histórico-filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 2010.
- Puntel, Lorenz, *Estructura y Ser: Un marco teórico para una filosofía sistemática*. Buenos Aires: UCA e Prometeo, 2013.
- Haack, Susan, *Filosofia das Lógicas*. São Paulo: Unesp, 2002.
- Sevilha, Isidoro de, *Los tres libros de las sentencias*. BAC: Madrid, 2009.
- Sevilha, Isidoro de, *Etymologiarum, lib. II, cap. 10, § 1*. Patrologia Latina - PL 82, 130. Soto, Domingo de, *Summulae*. Salamanca: Portonarius, 1554.
- Suarez, Francisco, *De Legibus ac Deo Legislatore I: III, 17-18*. Madrid: C.S.I.C., 1971. Taylor, Charles, *La Libertad de los modernos*. Buenos Aires: Amorrotu, 2005.
- Tomas de Aquino, *Suma de Teologia: I – II, q. 90, a. 1*, Madrid: BAC, 1954. Vilanova, Lourival, *Causalidade e Relação no Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- Vilanova, Lourival, *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- Von Wright, Georg H., *Norm and Action: a logical enquiry*. Londres: Routledge, 1970.
- Wittgenstein, Ludwig, *Investigações Filosóficas*. São Paulo: Vozes, 1994.

# El punto de vista en la Teoría del Derecho\*

The point of view in Legal Theory

O ponto de vista da Teoria do Direito

*Serrana Delgado*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad de la República

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8888-8160>.

DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1732>

Comunicación

**Resumen:** El problema que aborda el presente artículo es el punto de vista de la teoría del Derecho y su vínculo con la normatividad jurídica (entendida como su justificación moral). Esto significa básicamente plantearse cuál es el punto de vista que asume el teórico del derecho para la explicación del objeto de su teoría: el derecho. Pero también significa discutir cuál sería el punto de vista que debería asumir. Este trabajo pretende poner de manifiesto la ambigüedad con la que los teóricos del Derecho han presentado conceptos clave para poder discutir al respecto.

**Palabras clave:** Punto de vista interno, punto de vista externo, justificación,

---

Recibido: 30/11/18. Evaluado: 01/02/19. Aceptado: 02/02/29

\* Este trabajo fue elaborado a partir de la comunicación leída en el Workshop de Filosofía del Derecho, para adecuarlo a las directivas de la Revista de Derecho y ser evaluado por pares. **María Serrana Delgado** es abogada (UdelaR), magister en Derecho y Técnica Tributaria (Universidad de Montevideo) y en Filosofía Contemporánea (UdelaR). Doctoranda de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Profesora Adjunta en Filosofía y Teoría General del Derecho y de Marco Constitucional y Marco Legal del sistema tributario uruguayo (Maestría en Tributación), ambas en UdelaR.

**Abstract:** This article addresses the problem of the existing relation between the point of view of the legal theory and the normativity of law (the latter understood as its moral justification). In order to do so, we will refer to the point of view assumed by the scholars for the explanation of the object of their theories, that is: the law. But we will also analyze which would be that point of view that scholars should take. This article aims to highlight the ambiguity in which all scholars have incurred presenting the key concepts of their theories in order to discuss over this topic.

**Keywords:** Internal point of view, external point of view, justification, motivation, practical capacity.

**Resumo:** O problema abordado neste artigo é a visão da teoria do direito e seu vínculo com as normas jurídicas (entendida como sua justificação moral). Isso basicamente significa considerar o que é o ponto de vista que assume o teórico do direito à explicação do objeto de sua teoria: o direito. Mas também significa discutir qual seria o ponto de vista que Deve Assumir. Este trabalho tem como objetivo destacar a ambiguidade com que os teóricos da lei apresentam conceitos-chave para discuti-la

## 1.

---

### EL PUNTO DE PARTIDA. EL APOORTE DE HART A LA TEORÍA DEL DERECHO: EL PUNTO DE VISTA INTERNO

Uno de los conceptos centrales que manejaremos es el concepto de *punto de vista interno*. En la teoría del Derecho le debemos el origen de la discusión a Hart, quien tomó este concepto de la teoría social, más concretamente de la obra de Peter Winch<sup>2</sup>.

La introducción a la teoría del Derecho de la noción de punto de vista interno se debe a la necesidad que tenía Hart de distanciarse de las posturas imperativistas del Derecho, y más concretamente de la teoría austiniana. Hart consideró que había que comprender al derecho en clave de reglas y no en términos de hábitos de obediencia al soberano, como lo había planteado Austin.

Hart explicó las reglas en base a dos componentes: un componente externo (la regularidad del comportamiento) y un componente interno (la normatividad del comportamiento). Los teóricos que le precedieron se habían centrado exclusivamente en el aspecto externo de las reglas y además se habían posicionado en un punto de vista externo. Consideró que ambos aspectos y ambos puntos de vista teóricos deberían ser tomados en cuenta.

Hart consideró que el aspecto interno de las reglas podía ser explicado en términos de *razones para la acción*. Para Hart las reglas podían ser abordadas desde la perspectiva de un mero observador que no las acepta o desde la perspectiva de un miembro del grupo quien las acepta y las utiliza como guía de conducta. Y precisamente se refiere a estas perspectivas como el *“punto de vista externo”* y el *“interno”* respectivamente. Hart conceptualizaba como posible

---

<sup>2</sup> Como lo ha puesto de manifiesto Nicola Lacey, Hart tomó la idea de punto de vista interno y externo de Winch, según el testimonio de John Finnis. Sin embargo, es discutible la fidelidad con que Hart adaptó al discurso del Derecho las opiniones de Winch. Lacey, Nicola, *A life of H.L.A. Hart. The nightmare and the noble dream*, (Oxford: Oxford University Press, 2004), 230-231.

ocupar la posición de un observador que ni si quiera se refiera al punto de vista interno del grupo. Tal observador se satisface simplemente con registrar las regularidades de conducta observables en que parcialmente consiste la conformidad con las reglas, y aquellas regularidades adicionales, en la forma de reacción hostil, reprobaciones, o castigos, que enfrentan a las desviaciones<sup>3</sup>.

Hart consideró que el punto de vista externo es insuficiente para dar cuenta del fenómeno jurídico. En este sentido sostiene Hart:

Sin embargo, si el observador se atiene realmente en forma rígida a este punto de vista extremo y no da ninguna explicación de la manera en que los miembros del grupo que aceptan las reglas contemplan su propia conducta regular, su descripción de la vida de éstos no podrá ser, en modo alguno, una descripción en términos de reglas ni, por lo tanto, en términos de las nociones de obligación o deber que son dependientes de la noción de regla<sup>4</sup>

Hart discutía también con el realismo americano, teoría que, en su opinión, explicaba el Derecho en términos de predicciones y probabilidades, o sea, en términos de signos, o meras regularidades de conducta que está en condiciones de detectar un observador externo.

Su visión del problema será como la de aquel que habiendo observado durante algún tiempo el funcionamiento de una señal de tránsito en una calle de un movimiento intenso, se limita a decir que cuando se enciende la luz roja hay una alta probabilidad de que el tránsito se detenga. Él ve en la señal luminosa un simple signo natural de que la gente se comportará de cierta manera, tal como las nubes son signo de que lloverá<sup>5</sup>.

Creo que entendemos bien a Hart si consideramos que uno de los aportes centrales que le hizo a la teoría del Derecho fue incorporar la perspectiva del participante. Al poner énfasis en las reglas, Hart estaba apostando por un concepto que es, por razones obvias, normativo. Pero Hart se esforzó por considerar que hablar de reglas y hablar de punto de vista interno, no implicaba dejar de entender a las reglas en términos de hechos o prácticas y al mismo tiempo entender que el punto de vista del participante no es un punto de vista moral. Hart sostiene que no es necesario ampliar la metafísica y sostener la existencia de hechos morales para dar cuenta de la normatividad del derecho, e incluso de la normatividad de la moral.

---

<sup>3</sup> Herbert Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963), 111.

<sup>4</sup> Hart, *El concepto de derecho*.

<sup>5</sup> Hart, *El concepto de derecho*, 112.

## 2.

### EL PUNTO DE VISTA INTERNO Y EL PUNTO DE VISTA EXTERNO

La forma en que Hart vincula ambos puntos de vista se presenta como muy problemática. El punto de vista interno, tradicionalmente se ha entendido como un punto de vista en primera persona, y el punto de vista externo, como un punto de vista en tercera persona.

Desde el punto de vista externo no podemos dar cuenta de la normatividad. Desde una mirada externa, no hay reglas, habrá regularidades. Ese punto de vista intermedio, lo que Hart en *El concepto del Derecho* llamó “punto de vista externo no extremo”, lo deja a Hart en una posición muy vulnerable<sup>6</sup>.

Recientemente Redondo<sup>7</sup> ha puesto de manifiesto una ambigüedad en la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo, lo que la ha llevado a concebir un punto de vista interno 1 y punto de vista interno 2 y a su vez un punto de vista externo 1 y un punto de vista externo 2.

El *punto de vista externo 1* es aquel que es adoptado por un teórico que se sitúa en tercera persona y que lo que pretende es describir *hechos*. Un teórico de la sociedad o del derecho explica una determinada institución social desde un punto de vista exclusivamente empírico. Para la autora el *punto de vista interno 1* también se realiza desde la tercera persona. Esta consideración de que el análisis del punto de vista interno es desde la perspectiva de un tercero, aun cuando Hart ya lo había manejado en la respuesta a Dworkin en el *Postscriptum*, es una cuestión para tomar muy en cuenta porque en la literatura contemporánea son varios los autores que manejan que el punto de vista interno en general es asumido desde la primera persona.

Lo importante es que para Redondo el *punto de vista interno 1* es aquel que no se dedica a explicar cuestiones empíricas o de hecho, sino que se detiene en el *significado* de una determinada práctica. Por ende, el abordaje desde el *punto de vista interno 1* es un abordaje *conceptual* que pretende explicar el significado que tiene para los aceptantes (en primera persona) determinada institución social, como lo es el Derecho. El *punto de vista externo 1*, se hace desde la perspectiva de alguien que no es capaz de comprender el significado que tiene una determinada práctica social porque no sólo no participa de la misma comunidad, sino

<sup>6</sup> Stephen Perry, “Hart’s methodological positivism” en *Hart’s Postscript*, ed por Jules Coleman (Oxford: Oxford University Press, 2005), 325-342.

<sup>7</sup> Cristina Redondo, “El método y el objeto de la teoría jurídica. La ambigüedad interno-externo”, inédito.

que, sin perjuicio de contar con una capacidad cognitiva similar, desconoce por completo las reglas que utilizan los aceptantes. El *punto de vista interno 1*, en cambio, es capaz de dar cuenta acabada de la auto-comprensión que tienen los aceptantes y además de cómo viven las reglas<sup>8</sup>.

La autora también pone énfasis en que estos dos diferentes puntos de vista tienen *objetos* que también son diferentes. En el caso de este punto de vista externo, el objeto son hechos, datos empíricos y en el caso del punto de vista interno así concebido, el objeto son significados o conceptos. Subraya también que esta era la idea de Peter Winch, quien además sostenía que el punto de vista interno no permite pensar en *idénticos términos* que un aceptante, porque el aceptante no necesita de ningún método para comprender las instituciones sociales, porque simplemente las comprende.

Redondo concluye que tanto *el punto de vista interno 1* como *externo 1* dan lugar, ambos, a un tipo de discurso descriptivo. Pero el papel que desempeñan ambos puntos de vista es un papel epistémico, o sea un papel que no implica asumir ninguna posición *práctica*, desde ambos puntos de vista no es posible sostener que quien lo asume acepte él mismo o no los enunciados internos y externos respectivamente. En ambos casos nos encontramos, en definitiva, ante un observador del discurso jurídico. En opinión de la autora se trata de formas diferentes de abordar la misma disciplina. Pero lo que importa es que cuando se adopta un *punto de vista externo 1* implica hacer teoría con un enfoque causalista o empirista. Si se sostiene la necesidad de adoptar un *punto de vista interno 1* se está rechazando la posibilidad de un enfoque empirista. Si bien es cierto que el *punto de vista externo 1* no permite dar cuenta de los fenómenos que es posible explicar desde el *punto de vista interno 1*, esto es los conceptos o significados, eso no significa que una perspectiva desde el *punto de vista externo 1* asegura la imparcialidad o la neutralidad del enfoque teórico<sup>9</sup>.

Por otro lado, la autora distingue entre *punto de vista interno 2* y *punto de vista externo 2*, estos sí hacen referencia a determinada actitud práctica. En este caso *el punto de vista interno 2* hace referencia a una actitud en primera persona de quien acepta o justifica el Derecho y en este caso se trata de una actitud no cognitivista. Estos dos diferentes puntos de vista dan lugar a un mismo tipo de enunciados: enunciados *normativos*, o dicho de otra forma, enunciados *internos*. El *punto de vista interno 2* sería el de aquel que acepta o justifica la práctica jurídica y el *punto de vista externo 2* sería la de aquel que no lo hace. Redondo señala que Postema lista como casos de adopción del *punto de vista externo 2*, al anarquista,

---

<sup>8</sup> Redondo, inédito, 4.

<sup>9</sup> Redondo, inédito, 5.

al hombre malo de Holmes, al infractor y a la víctima y como casos del *punto de vista interno 2* a quien sigue las reglas de modo irreflexivo, a quien contribuye al mantenimiento de las reglas y del sistema (aun cuando no crea en su corrección moral) y al creyente genuino. Estos puntos de vista (a diferencia de los anteriores) son mutuamente incompatibles y excluyentes, o se acepta el Derecho o no se lo acepta. Lo importante es que para Redondo se pueden hacer *enunciados internos 1* tanto desde el *punto de vista interno 2* o *externo 2*.

La teoría del Derecho de Hart no profundizó en estos conceptos, ni contribuyó a desambiguar ambos puntos de vista. No obstante, parece posible afirmar (fundamentalmente después del *Postscriptum*) que Hart estaría pensando en teorizar desde el *punto de vista interno 1*, siguiendo la clasificación de Redondo. Esto se traduce en que la teoría del Derecho de Hart seguía siendo descriptiva porque, pese a poner énfasis en la importancia del punto de vista interno, adoptar dicho punto de vista no es adoptar un valor moral. Para Hart una descripción seguía siendo una descripción, aun cuando lo que se describiese fuese una evaluación. No sólo puede hablarse de dos puntos de vista de una práctica social (el interno y el externo), sino que también hay un tercer punto de vista que es el *hermenéutico*. El punto de vista hermenéutico es aquel tomado por una persona que comprende la práctica tal y como si participara del punto de vista interno, pero que se limita a describirla sin comprometerse ni a favor ni en contra de esta.

Sin embargo, el problema de la normatividad involucra la pregunta de ¿por qué debo hacerlo? y no es posible responder a esa pregunta en tercera persona, lo que Hart asume como posible en el *Postscriptum*. Hart podría haber apostado por una mirada exclusivamente externa. Adecuadamente percibió que una explicación completa del derecho implica dar cuenta de la normatividad jurídica, de forma que no podemos soslayar esta cuestión. Eso no descarta la buena parte de la labor descriptiva que puede hacer un teórico del derecho, pero lo que Hart no puede hacer es pretender dar cuenta de la normatividad en tercera persona. Y más allá de su apuesta por el punto de vista interno, él sigue queriendo resolver cuestiones prácticas desde el punto de vista del teórico situado en tercera persona.

Sostener que no es posible dar cuenta de la normatividad desde la mirada de un observador no implica asumir los valores sustantivos de un orden jurídico determinado, y ni siquiera de por sí implica asumir ningún tipo de valor sustantivo, ni tampoco es necesario considerar que existen hechos morales. La generalidad tampoco está excluida de esta visión del punto de vista del participante o punto de vista interno, porque la normatividad no tiene que ver con las razones de ningún sujeto en particular.



Parece bastante claro en el actual estado de la teoría del Derecho que es necesario que los participantes de la práctica, al menos un número de ellos, adopten esta perspectiva inter- na sobre las reglas. Esto significa que las vean como obligatorias y que sigan las reglas que la comunidad práctica, lo que también involucra condenar el apartamiento de las reglas. Esto se verifica especialmente con la regla de reconocimiento, en la medida en que si no se verifi- case la convicción de un grupo de que existe una obligación de aplicar los criterios individua- lizados mediante la regla, no sería posible la existencia del Derecho tal como lo entendemos Hart no entiende que este punto de vista acerca de las reglas sea un punto de vista moral. Hart considera que lo que es necesario es que determinados miembros del grupo acepten el uso compartido de criterios de validez jurídica y critiquen cualquier desvío de estos criterios y que además consideren justificada esa crítica.

Para Hart la noción de acepta- ción presenta dos dimensiones: a) una dimensión cognoscitiva y b) una dimensión práctica. En cuanto a la dimensión práctica, las reglas jurídicas funcionan como guía y fundamento de la acción y también para la crítica al comportamiento desviado, pero el origen de la acep- tación práctica se basa en la creencia en un hecho (y esta es la dimensión cognoscitiva). Este hecho es la práctica por los jueces y los oficiales de la regla de reconocimiento. En consecuen- cia, la creencia tiene un origen que es para Hart empírico y no moral.<sup>10</sup>

Lo anterior le permite preservar a Hart el concepto de que aceptar una regla, y espe- cialmente la regla de reconocimiento, no conlleva considerar que al mismo tiempo se acepte como moralmente correcta. La aceptación de una regla cualquiera simplemente podría darse por miedo, por obtener un beneficio o simplemente por costumbre. Esto se debe a que Hart considera que es posible separar la justificación, de la motivación en el seguimiento de una regla. Para Hart es posible adoptar el punto de vista interno y sin embargo no estar motivado por la regla. Es posible utilizar una regla para justificar determinada conducta *ex post*, invo- cándola y sin embargo no haber estado motivado en ella para realizar la conducta<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Paula Gaido, “El Derecho desde la perspectiva del participante. Un debate a partir de Herbert Hart” en *Hart en la teoría del Derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho*, ed. por Sebastián Figueroa (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2011), 195.

<sup>11</sup> Paula Gaido, *Las pretensiones normativas del Derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz* (Madrid: Marcial Pons, 2011), 90-92.

### 3.

## LA CAPACIDAD EPISTÉMICA Y LA CAPACIDAD NORMATIVA DEL DERECHO

Según Gaido, que este era el pensamiento de Hart se ve confirmado por su concepto de punto de vista externo. El punto de vista externo para Hart tenía dos posibles versiones: un punto de vista externo teórico y un punto de vista externo práctico. Adopta el punto de vista externo teórico aquel que pretende explicar el Derecho y analizar las reglas desde una mirada descriptiva. Adopta el punto de vista externo práctico aquel que se maneja con las reglas de una forma que podríamos llamar estratégica. Quien se para en esta perspectiva adopta la regla por temor a la sanción o porque persigue un beneficio determinado, por ejemplo, ascender en su carrera, pero quien está en este lugar no considera a la norma en sí como la razón para su acción, sino que la razón es el beneficio o su temor<sup>12</sup>.

Si se considera que el Derecho tiene no sólo una capacidad epistémica, sino también una capacidad normativa es necesario reconocer que el Derecho involucra necesariamente razones para actuar<sup>13</sup>. La capacidad epistémica tiene que ver con que el Derecho aporta razones para *crear* algo, pero si además le reconocemos capacidad normativa (como lo hacía Hart) es necesario sostener que el Derecho modifica el balance de razones para actuar y lo hace de una forma relevante<sup>14</sup>.

Cuando Hart refiere al punto de vista interno y pone el célebre ejemplo del semáforo y cómo interpreta el aceptante de la práctica jurídica la luz roja del semáforo presenta a dicha regla en atención al conductor del vehículo como una *razón para la acción*. Dice Hart: él ve en el semáforo una *razón* para detenerse<sup>15</sup>.

Si conceptualizamos al Derecho como un fenómeno normativo que por lo tanto goza de capacidad normativa, esto significa que el Derecho justifica determinados rumbos de acción y que es capaz de modificar conductas. El Derecho confiere derechos e impone obligaciones que justifican determinadas acciones (mandar a un individuo a prisión, condenar a alguien a pagar una suma de dinero, establecer impuestos, etc.). En virtud de esta sencilla

---

<sup>12</sup> Gaido nos recuerda que Perry considera que la aceptación como la plantea Hart, en sus propios términos, no puede ser sino una aceptación moral y que los críticos a Hart (Raz, Alexy y Dworkin), con perspectivas bien diferentes, han sostenido que la aceptación desde el punto de vista interno no puede ser sino moral. Véase Gaido, *Las pretensiones*, 98-105.

<sup>13</sup> Como es bien conocido uno de los teóricos del Derecho que más ha trabajado la categoría de las reglas en razones para la acción ha sido Joseph Raz, discípulo de Hart. Al respecto puede consultarse: Joseph Raz, *Razón práctica y normas* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

<sup>14</sup> Gaido, "El Derecho desde...", 200 y 201.

<sup>15</sup> Hart, *El concepto de derecho*, 112.

pero clave constatación, no es posible comprender el Derecho si no lo hacemos tomando en cuenta la perspectiva del participante (primera persona), de aquel que considera que el Derecho le impone obligaciones y le confiere derechos. Lo que necesariamente implica considerar a las reglas como razones justificatorias de determinadas conductas<sup>16</sup>. Hart sostuvo siempre que, aunque los aceptantes entiendan al Derecho como aportando razones justificatorias, esto no implica un compromiso favorable con su corrección moral. Quienes adoptan el punto de vista interno pueden distinguir lo que hay razones para hacer considerando todas las circunstancias (razones) del caso, de lo que hay que hacer jurídicamente. Los aceptantes están en condiciones de realizar una crítica moral al Derecho y considerarlo por ejemplo injusto o inmoral<sup>17</sup>.

Pero al mismo tiempo que Hart permitía la crítica moral al Derecho, sostenía que en los casos claros cuando el Derecho ofrece una respuesta, desplaza cualquier balance de razones y específicamente desplaza un balance de razones de corte moral. Si los aceptantes recurrieran a la moral para resolver un problema jurídico, cuando el Derecho no contiene una autorización para hacerlo en el caso concreto, entonces se contradecirían con su propia condición de aceptantes. El Derecho funciona como un orden normativo que pretende prioridad sobre otros estándares normativos. Si esto es así, entonces Hart plantea una visión de los participantes de la práctica como alienados. Por dicha razón, los críticos de Hart desde tiendas muy diversas han considerado que para realizar esto el Derecho necesita recurrir a razones morales implícitas.

Quienes han criticado las tesis de Hart sostienen que para comprender la naturaleza normativa del Derecho es necesario comprender un valor moral. En la persecución de este valor moral, cualquiera que sea, el Derecho puede fracasar<sup>18</sup>.

Que Hart no viera lo anterior se debe en buena medida a su deficiente comprensión del punto de vista interno. Sin perjuicio de que es necesario reconocerle la enorme virtud teórica de ser el primero que puso énfasis en la situación del participante. Esta deficiente comprensión es consecuencia de su anterior comprensión del razonamiento práctico.

Como lo destaca Ormeño, Hart distinguió la justificación de una conducta de su motivación. Para Hart el razonamiento práctico no tiene por qué estar unificado y más bien lo entendió como escindido. Las reglas operan como justificaciones de la conducta, pero no como su motivación. El asunto es que Hart plantea en el seno de los aceptantes una cuestión

---

<sup>16</sup> Gáido, *Las pretensiones*, 107-113.

<sup>17</sup> Gáido, “El privilegio conceptual de los participantes en la teoría de Joseph Raz” en *Revista Isonomía*, N° 32, (2010): 151-153.

<sup>18</sup> Este punto puede consultarse Juan Carlos Bayón, “Razones y reglas. Sobre el concepto de razón excluyente Joseph Raz”, en *Revista Doxa*, N° 10 (1991): 25-66.

que responde al punto de vista externo y plantea a los funcionarios como alienados (para Hart es posible que un juez siga la regla de reconocimiento simplemente porque quiere un ascenso en su carrera sin dejar de ser, al mismo tiempo, un participante de la práctica). En este sentido, Hart habría asumido una posición externalista<sup>19</sup>.

Desde la otra concepción alternativa, las consideraciones que respaldan justificando nuestra conducta, son también las mismas que nos motivan a actuar. En este sentido, la motivación de la acción no sería algo que quede en la esfera subjetiva de los sujetos reducida a un aspecto psicológico.

De esta forma, la teoría del Derecho posterior a Hart ha discutido el alcance de los conceptos de punto de vista interno y punto de vista externo. Como lo ha puesto de manifiesto Gaido<sup>20</sup>, Raz ha sostenido que el concepto que los participantes tienen del Derecho tiene privilegio por sobre los demás. Como lo destaca la autora, el alcance que Raz le da a esta noción de privilegio conceptual no es del todo clara. Por un lado, podría significar que existe más de un concepto de derecho y que es necesario optar por el concepto que tienen los participantes, o puede implicar también sostener que en realidad el concepto de derecho es único y que los participantes tienen una vía de acceso privilegiada a ese concepto. Lo anterior lleva a la consecuencia de que Raz entienda que el teórico debe adoptar el concepto de derecho que se tiene desde el punto de vista interno. Para Raz los conceptos son productos de una determinada construcción social. Cuando estudiamos el Derecho estudiamos también nuestra propia autocomprensión.

Gaido destaca que es necesario distinguir en las tesis de Raz privilegio conceptual de privilegio epistémico. O sea, aun cuando se asignara, como lo hace Raz, privilegio conceptual al concepto de derecho que tienen los participantes eso no significa que no se puedan equivocar sobre dicho concepto. Raz distinguiría así la *posesión* de un concepto de un *dominio* completo de dicho concepto. La posesión del concepto estaría dada por la posibilidad de identificar casos claros o paradigmáticos del concepto. Pero esta posesión no implica que se puedan de por sí identificar las características esenciales de un concepto. Quien tiene la posesión del concepto puede equivocarse a la hora de detectar casos del concepto<sup>21</sup>.

Como lo pone de manifiesto Rodríguez-Blanco<sup>22</sup> una de las cuestiones centrales de la teoría del Derecho es poder explicar su carácter dual: normativo y social. Para la autora es

---

<sup>19</sup> Juan Ormeño, "Semántica de las normas y razones para actuar", en *Hart en la teoría...*, 212-213.

<sup>20</sup> Gaido, "El privilegio conceptual...", 153.

<sup>21</sup> Gaido, "El privilegio conceptual...", 153-160.

<sup>22</sup> Verónica Rodríguez-Blanco, "Metodología del Derecho. Defensa parcial de una visión alternativa" en *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho. Volumen I, ed por Fabra Zamora, Jorge y Nuñez Vaquero, Álvaro*, 409-431, en [www.bibliotecacentral.unam.mx](http://www.bibliotecacentral.unam.mx)

posible distinguir el punto de vista interno del participante en una comunidad (este sería el punto de vista interno que Hart heredaría de Winch, con matices) y un punto de vista interno práctico que proporciona y permite comprender al Derecho como el ejercicio de la razón práctica legal y a las reglas como razones prácticas. Este punto de vista interno sería el punto de vista comprometido y es el único que permite explicar la normatividad del Derecho. El punto de vista interno de Hart/Winch provee sólo de una explicación o descripción de por qué una norma es aceptada por determinada comunidad, pero no permite explicar cómo es posible que el Derecho restrinja la libertad de una persona mediante la imposición de deberes y obligaciones<sup>23</sup>.

#### 4.

---

### CONCLUSIONES

La hipótesis de este trabajo es que, para poder explicar el Derecho, es necesario adoptar un punto de vista interno en primera persona, ya que es el único que puede dar cuenta acabada del fenómeno jurídico. Esto no implica que no sea posible dar cuenta del fenómeno jurídico desde un punto de vista externo, en el sentido de detectar regularidades o fenómenos empíricos. Por el contrario, entiendo que es necesario en muchas ocasiones poder abordar el fenómeno jurídico desde este punto de vista. También entiendo que no es posible permanecer *siempre* en una perspectiva externa, ni en tercera persona, y no lo es, no sólo porque el derecho como práctica que es implica poder dar cuenta de la perspectiva de los participantes que aceptan las reglas, sino porque no es posible entender al Derecho, sin entender al mismo tiempo las razones que tienen los aceptantes para precisamente aceptar el Derecho. Y tampoco es posible realizar lo anterior si no se analiza si esas razones están o no justificadas. No adoptar una perspectiva práctica implica no poder dar cuenta de una de las características esenciales que posee el Derecho, esto es precisamente, incidir en la vida cotidiana de las personas, modificándole su conducta. De esto precisamente se trata el Derecho, de imponer obligaciones y conferir derechos, de afectar lo que un agente racional tiene que hacer.

---

<sup>23</sup> Conforme pone énfasis Salvador Millaleo Hernández en “El punto de vista interno de H.L.A. Hart (y Peter Winch). Giros, comunidades y pluralidades” en *Hart en la teoría...*, 158.

---

Para citación: Delgado, María Serrana, *El punto de vista en la Teoría del Derecho*, en *Revista de Derecho* N° 19 (jul.-2019), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 143-155

---

Contribución 100% Serrana Delgado

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Bayón, Juan Carlos, “Razones y reglas. Sobre el concepto de razón excluyente de Joseph Raz”, *Revista Doxa*, N° 10 (1991): 25-66.
- Gaido, Paula. “El Derecho desde la perspectiva del participante. Un debate a partir de Herbert Hart” en *Hart en la teoría del Derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho*, ed. por Sebastián Figueroa. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2011.
- Gaido, Paula. “El privilegio conceptual de los participantes en la teoría de Joseph Raz” en *Revista Isonomía* N° 32.
- Gaido, Paula. *Las pretensiones normativas del Derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Hart, Herbert. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- Lacey, Nicola, *A life of H.L.A. Hart. The nightmare and the noble dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Millaleo Hernández, Salvador, en “El punto de vista interno de H.L.A. Hart (y Peter Winch). Giros, comunidades y pluralidades” en *Hart en la teoría del Derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho*, ed. por Sebastián Figueroa. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2011.
- Ormeño, Juan. “Semántica de las normas y razones para actuar”, en *Hart en la teoría del Derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho*, ed. por Sebastián Figueroa. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2011.
- Perry, Stephen. “Hart’s methodological positivism” en *Hart’s Postscript*, ed por Jules Coleman, Oxford: Oxford University Press, 2005,
- Raz, Joseph. *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Redondo, Cristina. “El método y el objeto de la teoría jurídica. La ambigüedad interno-externo”, inédito
- Rodríguez-Blanco, Verónica. “Metodología del Derecho. Defensa parcial de una visión alternativa” en *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho. Volumen I*, ed por Fabra Zamora, Jorge y Nuñez Vaquero, Álvaro, 409-431, en [www.bibliotecacentral.unam.mx](http://www.bibliotecacentral.unam.mx)

# La interpretación del derecho como vocación\*

Law's interpretation as a vocation

A interpretação do direito como vocação

*Carlos de Cores*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad Católica del Uruguay

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-2715-714X>

DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1776>

Comunicación

**Resumen:** En el presente artículo se aborda el problema de la interpretación del derecho desde el punto de vista del sujeto que interpreta. Sosteniendo que el descubrimiento de los significados ínsitos en los textos normativos no es cuestión de automatismos, se reflexiona sobre el rol que corresponde a la persona que profesionalmente, en función de una vocación elevada, y para cumplir con ella, dedica su vida a la interpretación del derecho.

**Palabras clave:** interpretación, rol del magistrado, historia del derecho.

**Abstract:** This article deals with the problem of the law's interpretation from the point of view of the subject who interprets. Affirming that the discovery of the meanings contained in the normative texts is not a matter of automatism, the study intends to deepen the question of the function of those who devote their lives to the interpretation of the law, aiming to follow a vocation to pursue high goals.

---

Recibido: 24/12/18. Aceptado: 02/02/19.

\* Comunicación preparada por el autor para integrar el volumen especial dedicado a argumentación e interpretación del derecho.

**Carlos de Cores Helguera.** Abogado (UdelaR), doctor en Derecho (Universidad Pontificia de Comillas) e investigador del Sistema Nacional de Investigadores. Profesor de grado y posgrado de Derecho Civil (Contratos y Daño); actual director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Católica del Uruguay. [cdcores@ucu.edu.uy](mailto:cdcores@ucu.edu.uy)

**Resumo:** Este artigo aborda o problema da interpretação da lei a partir do ponto de vista do sujeito que interpreta. Argumentando que a descoberta dos significados ínsitos nos textos normativos não é uma questão de automatismos, reflete sobre o papel que corresponde à pessoa que profissionalmente, dependendo de uma vocação elevada, e para cumpri-la, dedica sua vida à interpretação da lei.



“- Que cherchais-tu?  
- Je cherchais qui j'étais.”  
André Gide, *Le retour de l'enfant prodigue*<sup>2</sup>

---

## INTRODUCCIÓN

En Montevideo, los días 24 y 25 de Mayo de 2018, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay fue sede de un “*workshop*” de Filosofía y Teoría del Derecho, dedicado a profundizar el tema de la interpretación y argumentación del Derecho. Dicho encuentro tuvo por objeto proclamado la confrontación de diferentes visiones de la materia, desde el iusnaturalismo al positivismo. El elevado tenor de las ponencias y de las discusiones puso en evidencia la importancia que una adecuada formación y actualización en los temas de Filosofía y Teoría del Derecho posee para todas las disciplinas jurídicas.

Desde la radical modestia y parquedad que conviene a quien confiesa carecer de formación específica en Filosofía, el presente trabajo pretende contribuir al rico debate generado, intentando meramente presentar una perspectiva particular del fenómeno de la interpretación del Derecho: la que parte desde el punto de la profesión del jurista, para el cual se experimenta un llamado, una vocación: la vocación por el Derecho. Si Julián Marías pudo referirse a la Filosofía como el oficio del pensamiento, no es impertinente hablar del Derecho como el oficio de la interpretación. Y si hablamos de oficio, vienen a colación sin esfuerzo, palabras como profesión, misión, servicio o ministerio, o incluso, sacerdocio, todo lo cual lleva como naturalmente a la noción de vocación.

---

<sup>2</sup> Tomo esta cita de Paolo Grossi en el proemio de su libro *Ritorno al diritto* (Bari: Laterza, 2015, p. XIV), porque sintetiza o más bien simboliza el problema que intenta abordar este artículo: el de la vocación, que es siempre una pregunta por el propio ser.

Por cierto, es común escuchar referencias a la vocación del abogado, del notario, del juez o del profesor de Derecho; la perspectiva que se ensaya en este trabajo no refiere en particular a ninguna de esas versiones de la profesión jurídica y tiene en cuenta a todas, postulando que existe una base segura para el desarrollo de la idea de vocación del jurista *tout court*, como aglutinante genérica de todas esas especies. El objeto observado no consiste, pues, primariamente, en la actividad de interpretación, sino en el sujeto mismo que interpreta, y la intención es señalar la importancia de ciertos aspectos que aluden a ese sujeto en lo que refiere a la interpretación misma.

Por supuesto, para enfocar el problema desde el punto de vista del jurista que interpreta, es menester tener una idea, al menos preliminar o provisoria, de la interpretación, y para ello basta decir, aunque aparezca trivial, que se entiende por interpretación el descubrimiento o la atribución de significados, en particular, de significados de palabras y textos normativos.<sup>3</sup> Sin embargo, como hablamos de vocación, el centro de la atención será, como indicamos, la persona que experimenta esa vocación.

Emilio Betti se refería a la interpretación como “un fenómeno espiritual del entendimiento, con el cual un espíritu pensante responde el mensaje de otro espíritu, que le habla por medio de formas representativas”.<sup>4</sup> A partir de este texto de Emilio Betti puede intuirse la profundidad humana de la experiencia interpretativa, que involucra a toda la persona, y cuando tiene por finalidad encontrar el sentido de la justicia en las relaciones sociales, constituye la quintaesencia de la vocación por el Derecho. Queda pues colocada en el centro de la atención, la figura del sujeto que hace de la interpretación del Derecho el núcleo de su vida profesional: el jurista.

## 1.

---

### LA VISIÓN POSITIVISTA DE LA INTERPRETACIÓN

El propio título con que se ha designado el *workshop* que nos ocupa: “Interpretación y argumentación. Visiones desde el iusnaturalismo y el iuspositivismo” da la pauta de que ingresamos en un campo con posturas encontradas. Y la propuesta de composición de la controversia que ensayamos postula que la comprensión de este problema, como en realidad de todos, encuentra en la historia un modo insoslayable de abordaje.

---

<sup>3</sup> Riccardo Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi* (Milano: Giuffrè, 2004), 5.

<sup>4</sup> Emilio Betti, *Teoria Generale dell'interpretazione*, vol. I Giuffrè, Milano, 1955), 55.

Desde el punto de vista de la experiencia jurídica de los países latinoamericanos, es la Revolución Francesa - entendida *incidenter tantum* como el complejo proceso que comienza a fines del siglo XVIII con la crisis del antiguo régimen, y se prolonga hasta consolidación del imperio napoleónico - la que representa y sintetiza el pasaje de una visión antigua, a una visión moderna del fenómeno de la interpretación del Derecho.<sup>5</sup>

El problema de la interpretación del Derecho y en particular, la cuestión de la interpretación por parte de quienes tienen la función de aplicar el Derecho, es decir, los jueces, o sea, de la aplicación del Derecho, implica una relación entre la norma y el juez, es decir, entre la ley y el magistrado. Y puede decirse que la concepción de esa relación entre ley y juez que resulta del concreto proceso histórico francés por el cual se deja atrás el *ancien régime*, deriva en la jerarquización de la ley y la subordinación del juez.

Para entender esta consigna es necesario recordar que en el sistema del antiguo régimen, el modelo era el inverso. El juez medieval, más que aplicador de la ley - que, por otra parte, no existía en el sentido moderno del término - por la vía de un silogismo mecánico en el cual la premisa mayor es la norma legal, la premisa menor es el supuesto de hecho concreto que debe juzgar y la conclusión es la sentencia, era ministro de equidad, y gozaba de un amplio campo de discrecionalidad.<sup>6</sup> Los magistrados tenían un poder amplio para recurrir a pluralidad de fuentes, que comprendían, junto con textos de Derecho escrito - de difícil determinación -, la consideración de la costumbre, generada radicalmente en los hechos sociales, y la autoridad de los doctores.

Ese modelo político resulta sustituido por un sistema de monismo de fuentes, que tenderá precisamente a restringir el arbitrio de los magistrados que era de tan amplia magnitud - cuya utilización en un contexto de absolutismo político no podía sino generar significativos abusos - imponiéndoles el recurso a una sola fuente: la ley, constituida por la voluntad general promulgada por el legislador, y como paradigma de la ley, el código.

El optimismo racionalista imperante, coherente con la coetánea cosmovisión positivista en el campo de la ciencia, impulsó el proceso de codificación del Derecho, cuya consigna era sentar, en forma sistemática, permanente y definitiva, y susceptible de conocimiento por los ciudadanos, las reglas de Derecho que habrían de ordenar la convivencia humana, elemento necesario para que pudiera imperar el principio de igualdad. La ley debe estar disponible para el conocimiento de todos, se presume el conocimiento de la ley, su ignorancia no sirve de excusa, se predica una función pedagógica de la ley.

---

<sup>5</sup> No tiene características similares la construcción de la separación de poderes en la democracia

<sup>6</sup> norteamericana. Alberto Sciume, *I Principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo*, (Torino: Giappichelli, 2002).

Todas estas consideraciones están en la base de la idea de codificación. El Derecho positivo codificado, a nivel legislativo, vendrá a constituir la fuente **única** de Derecho, de la cual el juez no se podrá apartar, y configurará un sistema cerrado, rígido y autosuficiente. Las situaciones no previstas serán reguladas acudiendo a normas análogas o principios existentes dentro del mismo sistema y según los mecanismos rígidamente admitidos.

Como consecuencia, el modelo del juez que es congruente con el espíritu de la codificación es carente de protagonismo. En las conocidas expresiones de Montesquieu, el juez no es sino “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, llegando el autor a decir que se trata de seres “inanimados”; la función jurisdiccional se convierte así, siempre en palabras de Montesquieu, en “invisible y nula”:<sup>7</sup> se preconiza la aplicación mecánica de un silogismo, cuya premisa mayor está dada por la Ley, y la premisa menor por los caracteres del supuesto de hecho, resultando en consecuencia la sentencia como conclusión necesaria del razonamiento.

La eliminación del arbitrio judicial, y el trasiego de las competencias de los jueces hacia el legislador, portador de la voluntad general, constituye, pues, indudablemente, uno de los objetivos prioritarios de la codificación del Derecho. El Derecho nuevo se edifica sobre los cimientos de una legislación general, abstracta e igualitaria en la forma, para alcanzar una *reductio ad unum* de las fuentes del Derecho. La regla de oro de los regímenes de Derecho civil codificado será entonces la simplificación de las fuentes del Derecho y la autointegración. Era claro el designio de personeros como Robespierre, de sustituir en todo lo posible la jurisprudencia, una palabra que según él pertenecía al Antiguo Régimen, y que debe ser borrada del vocabulario del Nuevo, con la legislación, general, abstracta e igualitaria. Según Robespierre, el control del cumplimiento de la ley por parte del Poder Judicial, propio de la Casación, debería quedar a cargo de un Tribunal que perteneciese al Poder Legislativo.<sup>8</sup>

El paradigma del monopolio legislativo y la eliminación del pluralismo de fuentes es patente en el Landrecht prusiano de 1794, que tenía más de 10.000 artículos, y consignaba expresamente que “en los pronunciamientos judiciales futuros no se hará mérito de las opi

---

<sup>7</sup> Carlos Luis Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, capítulo VI, de la Constitución de Inglaterra. Madrid: Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Librería General de Victoriano Suárez, 1906, tomo I.

<sup>8</sup> Expresaba Robespierre, en la sesión del 18 de noviembre de 1790: “Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l’acception qu’il avait dans l’ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau; il doit être effacé de notre langue. Dans un état qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n’est autre chose que la loi; alors il y a toujours identité de jurisprudence”. Archives Parlementaires de 1787 a 1860, Recueil complet. Société d’imprimerie et librairie administratives et des chemis de fer, tomo XX, Paul Dupont, Paris, 1885, Convention National, Séance du 18 novembre 1790, p. 516. La discusión comienza el 9 de noviembre de 1790.

niones de los juriconsultos o de pronunciamientos anteriores”. No le es permitido al Juez interpretar el sentido de la ley cuando tuviere dudas (artículo 7), sino que debe dirigirse a una comisión legislativa.

En nuestra comarca, da testimonio de este fenómeno Arturo Caumont, quien ha afirmado que la tripartición de los poderes tuvo por objeto histórico, delineado e institucionalmente canalizado, proporcionar certeza en las relaciones entre los miembros particulares de la comunidad, y claridad en la línea divisoria entre licitud e ilicitud.<sup>9</sup> En la visión de este profesor, el conjunto de signos que configura un código constituye un sistema completo, que por su carácter científico y abstracto contiene en sí la aptitud de prever todas las situaciones posibles, mediante “la aprehensión anticipada del futuro”, que comprende “el universo de posibilidades no finitas” que la propia realidad se encarga de ir presentando”, posibilitando “la posesión del propio tiempo futuro desde el presente en el cual la categoría se construya”.<sup>10</sup> De ese modo, todos los problemas son anticipadamente resolubles desde la abstracción del pensamiento que antecede a la vicisitud práctica.<sup>11</sup> A partir de estas premisas, el autor postula que la actividad jurisdiccional debe necesariamente partir de la abstracción, de la regla abstracta, para deducir luego su aplicación al caso concreto, y no, por el contrario, “conferir alta relevancia al caso concreto”.<sup>12</sup> Se reconoce que ello podría llevar a una injusticia en el caso, pero “la existencia de soluciones injustas transcurre por andariveles diferentes que el mismo ordenamiento autorregula al plasmar la posibilidad de su propia reformulación”.<sup>13</sup>

En buen romance, desde esta perspectiva, el juez debe limitar su actividad a la aplicación de la regla general y abstracta preordenada, sin inmutarse cuando la misma determine una situación injusta en el caso sometido a su jurisdicción, ya que los criterios axiológicos sobre la justicia como valor son ontológicamente relativos, y por ello no existe la posibilidad de predicar el propio como vinculante respecto de quien pueda tener otro criterio, tan válido y respetable como el contrario.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> Arturo Caumont, “La función jurisdiccional del magistrado es aplicar el Derecho Objetivo. Infungibilidad del poder normativo”, en *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay, N.º VI (2004): 187 ss.

<sup>10</sup> Arturo Caumont, *Doctrina General del contrato. Proposiciones teóricas de innovación* (Montevideo: La Ley Uruguay, 2014), 54; especialmente: “Trascendencia de la manera de pensar en el Derecho. Abstracción y concreción” y “La fundamentación metodológica en el Derecho civil: un imperativo científico insoslayable”.

<sup>11</sup> Caumont, “La función jurisdiccional .... 190-191.

<sup>12</sup> Caumont, *Doctrina General del contrato...*, 73.

<sup>13</sup> Caumont, *Doctrina General del contrato...*, 77.

<sup>14</sup> Caumont, “La función jurisdiccional .... 187 ss.

## 2.

### CRÍTICA DE LA VISIÓN POSITIVISTA

La concepción de que el legislador tendría la aptitud para fijar de antemano las reglas idóneas para regular todos los problemas de la vida cotidiana presenta un cariz ideológico, y lo demostró prontamente.

Aun cuando la ideología moderna superó muchas tachas del antiguo régimen, y la doctrina de la separación de poderes constituye una adquisición irrenunciable de toda sociedad civilizada, la versión que de dicha doctrina imperó a partir de la revolución francesa y su desembocadura napoleónica, tuvo como consecuencias la consolidación de un estado con predominancia de un poder legislativo censitario y de reducido carácter representativo. La reducción de la función del intérprete a la de aprehensor de la idea general contenida en la norma legal - por más valiosa que esta función pueda ser considerada sea desde el punto de vista de expresar una elevada factura técnica - coloca al intérprete, al jurista, en una posición que, por una parte, no es la que se verifica en la realidad, y por otra, no le permite cumplir a cabalidad el objetivo que es propio de su profesión u oficio, el sentido de su vocación.

En efecto, la concepción que quiere ver en la ley la única fuente de Derecho, encarnación indiscutible de la justicia legal emanada de la soberanía popular, abstracta y general en su contenido, y garantía de la certeza jurídica y de la previsibilidad de las acciones del ciudadano, presenta el peligro de funcionar como una ideología legitimadora y encubridora de una realidad mucho más compleja, y por cierto mucho menos luminosa para las pretensiones del legislador.<sup>15</sup>

Constituye un lugar común de la literatura de las ciencias sociales que la ideología burguesa e individualista, que pasó a ocupar el lugar dominante en la sociedad moderna, cumplió una función de legitimación de una reducida clase dominante sobre la base de un discurso igualitario pero formalista, con total desatención de la realidad social y económica. Pasó, así, a cumplir, como toda ideología, una mera función de legitimación de una relación de poder. La fuerza incontrastable de los hechos, y la experiencia social que constatará inexorablemente el creciente desajuste entre la realidad y la norma legal superada en su previsión por el vertiginoso cambio social dio lugar a numerosas tensiones y conflictos en los que los sectores populares reivindicaron una visión más realista, generándose por un lado el proceso de socialismo y por otro el Estado social de Derecho. Es de subrayar la importancia histórica

---

<sup>15</sup> Leslie Van Rompaey, "Hacia una jurisprudencia principialista", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Montevideo, 2004, p. 175.

de una generación de juristas franceses de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, que mostrando una profunda sensibilidad social, cuestionaron el rol y el ministerio del jurista y el sistema de fuentes del Derecho, que el orden burgués había reducido y unificado a través de la codificación.

Por otra parte, la legislación se hizo fragmentaria, desordenada y casuística, de difícil conocimiento y variabilidad frecuente: la certeza que se pretendía por el legalismo racionalista o positivismo rígido se tornó en inseguridad, frustrándose la pretensión de ordenar la vida social mediante reglas sencillas, duraderas, y respecto de las cuales pueda presumirse su general conocimiento.<sup>16</sup>

Paolo Grossi protagoniza un embate crítico vigoroso contra el positivismo jurídico legalista que - a través de la influencia de la revolución francesa - predomina sin dudas en la cultura jurídica del Derecho civil, ya sea en Europa o en América Latina, comenzando por llamar la atención sobre el rol ideológico del programa político estatista, formalista, legalista, que él llama “iluminístico-jacobino”,<sup>17</sup> que condujo en definitiva a la reproducción de las tradiciones del absolutismo del *ancien régime*. El éxito de esta operación política queda demostrado, según Grossi, por la general aceptación de la arbitrariedad del Derecho estatal, de la mano del monopolio de las fuentes por el legislador y de la resignación de que el Derecho reduce su fundamento en una legitimidad formal de kelseniana memoria.<sup>18</sup>

Recién con el desarrollo de la justicia constitucional, y la recuperación del rol efectivo de los principios y reglas constitucionales y derivadas de las convenciones internacionales sobre Derechos humanos fundamentales, se ha recuperado la idea del Derecho como fenómeno más vasto que el mandato formal exclusivo y excluyente del legislador. Este cambio de paradigma lleva a la necesidad de encontrar un fundamento para la legitimidad de la norma que va más allá de la mera consideración formal, y se coloca, por tanto, por una parte, en el plano del contenido, y por otra, de la tensión con la realidad, exigiendo un juicio - construido a partir de una actividad crítica que tiene siempre por objeto la norma legal, pero a la luz de fuentes supraleales y de la consideración de la realidad social - sobre la racionalidad, la justicia y la adaptación de la ley a las necesidades del conjunto de la sociedad real. Interpretación “desde la Constitución”, que constituye una destreza que las sucesivas generaciones de profesionales del Derecho no desarrollaron hasta las postrimerías del siglo XX.

---

<sup>16</sup> Van Rompaey, “Hacia una jurisprudencia...”, p. 175.

<sup>17</sup> Grossi, Paolo, “*Le molte vite del giacobinismo giuridico*”, en *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 125.

<sup>18</sup> Expresión que pertenece a Guido Alpa. V. Guido Alpa, “Disertación al recibir la investidura de Doctor Causa de la Universidad de Buenos Aires en la Facultad de Derecho”, 27 de marzo de 2008.

Según Grossi, existieron dos coágulos históricos, aparentemente de signo opuesto pero regidos sustancialmente por una misma matriz y una misma ideología jurídica acomodada en la concepción del fenómeno jurídico en clave metahistórica: el movimiento codificador francés, y su natural continuación con la escuela de la exégesis, y la pandectística alemana.

Las constituciones europeas de la posguerra, fundamentalmente de los países que atravesaron por el trauma de los procesos fascistas y nacionalsocialistas, o sea, la constitución italiana de 1948 y la constitución alemana de 1958, han inspirado una nueva consideración del Derecho superadora del monismo legalista.

Grossi compara la concepción de la ley como mandato imperativo del gobernante, propia de la definición de Bodino, con la idea de Derecho, característica de la visión tomista. Según Bodino, “hay mucha diferencia entre el derecho y la ley; el primero registra fielmente la equidad; la ley, en cambio, es sólo el comando de un soberano que ejerce su poder”. Para Santo Tomás, en cambio, la ley es considerada como expresión de un orden racional de las conductas orientado hacia el bien común, promulgado por quien tiene la responsabilidad del gobierno de la comunidad.<sup>19</sup>

La visión del derecho desde la Constitución impone el juicio crítico de la racionalidad (razonabilidad) de la ley, convirtiendo el mandato ciego en un precepto ordenante según una racionalidad, la racionalidad constitucional, que gira en torno al respeto de los Derechos fundamentales y dignidad de la persona humana y a la democracia como organización política (art. 72 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay).<sup>20</sup>

Grossi identifica los principales postulados integrados sólidamente entre sí en la cosmovisión jurídica de la modernidad: la estatalidad del Derecho privado, esto es, el reconocimiento novedoso y absorbente del Estado como fuente casi exclusiva del Derecho, incluso del privado; el dogma consecuente de la omnipotencia jurídica del legislador; y la identificación de la labor interpretativa como la simple investigación de lo que fue, inicialmente, la intención del legislador, constriñendo al intérprete en una suerte de vínculo obligado flanqueado por murallas impenetrables que impiden todo contacto de su itinerario con el mundo externo.

La creciente complejidad de la sociedad posmoderna ha determinado la obsolescencia de este absolutismo jurídico, que aparece como un vestido demasiado apretado para la necesaria movilidad, libertad y autonomía del orden jurídico.

---

<sup>19</sup> «Lex est quedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curat communitatis habet promulgata». Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q.90, a.4, C.

<sup>20</sup> Paolo Grossi, “Modernità política e ordine giuridico”, en *Quaderni Fiorentini* 27 (1998): 13 y ss.



La crítica histórica conduce pues ineludiblemente a distinguir conceptualmente el Derecho, de la ley. No hay Derecho sin ley, pero el Derecho no se reduce a la ley. La ley en sí, es rígida; el Derecho se estructura en el molde de la ley, pero es flexible.<sup>21</sup> Como se señala en la explicitación de los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, “una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica”, por lo cual se recoge una concepción que “tiene antecedentes en otros Códigos, como, por ejemplo, el italiano, que se refiere a las fuentes (artículo 1), mencionando a la ley, los reglamentos y los usos, a los que luego define en sus efectos y relaciones jerárquicas (art 2, 3, 4). En el capítulo segundo (art 10) regula la aplicación de la ley (art 11), su eficacia en el tiempo, y la interpretación (art 12). Por esta razón, sugerimos incluir un título “Del derecho” y luego otro referido a la ley como fuente principal”.<sup>22</sup>

Y ese complemento que convierte la ley en el Derecho, resulta de la perspectiva del jurista que a partir de un esquema pluralista de fuentes, no contentándose con una mera validez procedimental y formal de la norma legal, es capaz de exigir a la ley un fundamento racional y conforme, por un lado, con los valores y principios constitucionales, y por otro, con los fines prácticos a los que se orienta la producción del derecho.

### 3.

---

## REVALORIZACIÓN DEL PAPEL DEL INTÉRPRETE Y EN PARTICULAR DEL JUEZ

En esa perspectiva, parece claro que si bien el rol del juez no es ajeno al procedimiento de conocimiento de la realidad, y en particular, de la norma legal, propio de la ciencia, difiere bastante del de un científico como lo sería un filólogo o un lingüista. La función del juez no se parece tanto a la de un investigador científico que busca enunciar una verdad con validez universal, sino la de un miembro de la comunidad política dotado de autoridad que busca resolver un conflicto concreto entre intereses en forma pacífica, esto es, con un fundamento persuasivo, que proporcione al fallo una legitimidad social. Ello va más de la mano con disciplinas como la retórica y la argumentación, que buscan convencer al auditorio de la plausibilidad de la solución decretada. En efecto, el juez tiene por competencia concreta resolver un conflicto práctico entre particulares, aplicando el Derecho. Y el Derecho es algo diferente

---

<sup>21</sup> Coinciden en esto dos obras clásicas de un jurista francés (Jean Carbonnier, *Flexible droit*) y uno italiano (Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*).

<sup>22</sup> Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

de la ley, aunque la cultura jurídica de la modernidad ha identificado ambos términos, y ha calificado al juez como un aplicador bastante mecánico del Derecho. Al decir de Piero Calamandrei, la labor del jurista nunca se limita a un proceso meramente cognoscitivo y teórico, sino constituye también un acto práctico con el cual contribuye a la creación de la ley del caso concreto y, de tal forma, contribuye a la modificación y al progreso del Derecho.<sup>23</sup>

Por cierto, aún la aplicación literal de la ley requiere una actividad intelectual que necesita a su vez una formación y una capacitación en la habilidad para el pensamiento abstracto. Con el ensayo de Bobbio ‘Scienza giuridica e analisi del linguaggio’, publicado en 1950, quedaba clara la necesidad de rigor metodológico en la actividad del jurista práctico. Tiene también razón Irti cuando afirma que el trabajo del jurista sobre el lenguaje es un continuo ascender de los signos lingüísticos a los significados, ya sean reales o lógicos, y que el mundo del Derecho es el mundo del lenguaje, de la palabra precisa, y definida, y no de la informe “realidad” o del turbio irracionalismo.<sup>24</sup>

Sin embargo, el sentido común indica que la ley no puede preverlo todo; o al menos que una previsión que comprenda lógicamente todas las posibilidades deberá ser tan vaga que tendrá una utilidad escasa para la resolución de problemas concretos complejos que son generalmente materia de la disciplina jurídica. Es cierto que puede afirmarse abstractamente que todas las obligaciones son de dar, de hacer o de no hacer, y que todas las obligaciones concretas deberán entrar en una de esas categorías (que por otra parte, no son lógicamente exhaustivas). Pero existirán muchos problemas prácticos que no podrán resolverse en base a la inclusión del supuesto en una de las categorías abstractas diseñadas por la ley. La afirmación de que la totalidad de las vicisitudes de la realidad están contenidas en la abstracción de las categorías legales predefinidas en la *mens legis* no pasa de ser, en la mayoría de los casos, una hipótesis, que seguramente sea falsa, ya que por más racional que sea la obra del legislador o del codificador, no deja de ser una obra humana y por lo tanto, imperfecta.<sup>25</sup>

Es, por lo tanto, necesario, que un sujeto imparcial, distinto del legislador, efectúe la consideración de las circunstancias del caso concreto y de la adaptación o no de la norma general y abstracta a dichas circunstancias, con el objetivo de llegar a una solución justa, porque la justicia es el fin del Derecho.

---

<sup>23</sup> Piero Calamandrei, “Fede nel diritto”, Conferencia inédita presentada en Firenze el 21 de enero de 1940, citada por Guido Alpa en la disertación al recibir la investidura de Doctor Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires en la Facultad de Derecho, 27 de marzo de 2008.

<sup>24</sup> Natalino Irti, “Moralita de Panalisi linguistico”, en [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it).

<sup>25</sup> En el mismo sentido, Jorge Gamarra, “Las circunstancias del caso concreto en la interpretación y aplicación de la ley”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, FCU, tomo II (2014): 94.

Desde el punto de vista institucional, si ha de admitirse el axioma de la separación de poderes, debe reconocerse que el juez no se encuentra sobre el legislador, de modo de poder crear la norma; pero tampoco se encuentra por debajo del legislador, sino en su mismo nivel; y ello provoca una tensión que no puede resolverse en forma simple y lineal, con el recurso de afirmar que el juez carece del poder de crear normas y reduce su competencia a descubrir significados abstractos contenidos *ex ante* en la norma legal. Para ello no debe convertir en criterio de discernimiento su propia arbitrariedad, sino la regla obligatoria abstracta y general, que ha establecido no él, sino el legislador. Pero el descubrimiento del sentido jurídico encerrado en las fórmulas legislativas y su aplicación al caso concreto requiere una operación más compleja que la mera subsunción silogística. Por un lado, la pluralidad de sentidos contenidos usualmente en las palabras del lenguaje natural; y por otro, la pluralidad de normas de cualquier ordenamiento con potencialidad de ser aplicadas al caso concreto, que exorbitan, la mayor parte de las veces, la exclusión de unas por otras según los conocidos principios de jerarquía, derogación y competencia, requieren por parte del intérprete, de capacidades operativas que estaban desarrolladas en los juristas medievales y que han quedado de alguna manera atrofiadas en el paradigma del intérprete moderno.

La aplicación lineal de la ley se parece más a la función administrativa que a la jurisdiccional; aunque tampoco la función administrativa excluye el juicio crítico del administrador y su consideración de las normas constitucionales y las circunstancias de tiempo y lugar.

Sin dejar de reconocer los obvios progresos que la modernidad jurídica trajo consigo al imponer la idea de que todos los ciudadanos estamos igualmente sometidos a la ley, es conveniente fijar la atención sobre las consecuencias del imperio de la codificación sobre los sujetos que interpretan el Derecho.

Como hemos visto, fue objetivo político expreso de la revolución francesa eliminar la necesidad de la mediación del estamento de los juristas en la interpretación y aplicación del Derecho y, en particular, el de sustraer a los jueces todo poder discrecional al respecto, pretendiendo que los matices aplicativos estuvieran ya contenidos de forma general y abstracta en los textos legislativos y vedando todo protagonismo al intérprete. Por cierto, tal actitud tenía su justificación, ya que los juristas del antiguo régimen se habían excedido en muchas ocasiones pasando de la aplicación a la creación del Derecho, actuando como un poder conservador que impedía la innovación que pretendía introducir el poder político.<sup>26</sup> Sin embargo, la concepción del intérprete como un mero descubridor de significados ya

---

<sup>26</sup> Carlo Granelli, “La giurisprudenza è fonte di diritto?": Introduzione ad un incontro di studi, 30 settembre 2016, in occasione della presentazione dei due volumi degli “Scritti giuridici di Andrea Belvedere”, Padova, 2016, en [www.iuscivile.it](http://www.iuscivile.it).

contenidos en la ley, considerada como receptáculo preconstituido de la totalidad de soluciones de los futuros conflictos entre los particulares, no parece responder a la realidad de la experiencia jurídica.

En suma: en el Estado legislativo de Derecho, la vinculación del juez a la ley se postula en términos de mera subordinación: frente al legislador, que posee una legitimidad política o 'de origen', los jueces solo tienen una legitimidad 'técnica' o 'de oficio'; es decir que su actuación será aceptable en la medida que pueda verse como la exacta aplicación de la ley.<sup>27</sup> Sin embargo, la ilusión de leyes "auto-aplicativas", de normas tan claras, completas y no contradictorias que permitan una aplicación puramente automática y mecánica, resulta desvanecida frente a la evidencia de los hechos: no hay ninguna disposición legislativa que se sustraiga a la exigencia de interpretación y aclaración; existen lagunas en el ordenamiento, ya sea motivadas por descuidos del legislador, o por el advenimiento de hechos no previsibles en la época de sanción de la ley; es necesario adaptar las reglas legales, inmutables en su formulación literal, a la evolución de las exigencias prácticas de la sensibilidad social.<sup>28</sup>

Si bien algunas reacciones contra el estatismo legalista, como la conocida escuela del Derecho libre de principios del siglo XX, son generalmente reputadas excesivas, han permitido tomar conciencia de que el ordenamiento jurídico está compuesto no sólo de leyes, a quienes debe reconocerse, sin duda, un lugar preeminente, sino de otras fuentes, como las orientaciones jurisprudenciales de indudable vigencia, opiniones de la doctrina, hábitos de comportamiento de los ciudadanos, etc.<sup>29</sup>

La puesta en valor de las normas constitucionales y de las declaraciones supranacionales de Derechos humanos fundamentales, que enuncian principios generales de aplicación inmediata que a veces matizan o incluso cuestionan disposiciones de la ley, impone volver la mirada hacia el rol de aquel grupo de personas que en cada sociedad ha hecho de la interpretación y aplicación del Derecho, su profesión: los juristas.

Esta atención sobre el jurista resulta necesaria no como consecuencia de una reivindicación corporativista, sino a partir de la progresiva toma de conciencia de que el Derecho no nació con la Revolución francesa; que una visión madura requiere insoslayablemente tener en cuenta que el edificio del Derecho es resultado de una larga evolución histórica, y que en esa evolución, un largo trecho correspondió a la etapa en que se asignaba a la profesión del jurista un rol de mayor relieve en la interpretación y aplicación del Derecho. El jurista antiguo había generado la destreza en la tarea de conocer los preceptos generales derivados

---

<sup>27</sup> Leslie Van Rompaey, "Hacia una jurisprudencia...", p. 173.

<sup>28</sup> Carlo Granelli, "La giurisprudenza...", op. cit.

<sup>29</sup> Fiorenzo Festi, "L'arbitrato di equità", en *Contratto e impresa* (Padova: Cedam, 2006), p. 141.

de varias fuentes (la *scientia*) y amalgamarlos en la consideración de su propia conciencia (la *conscientia*) y de las circunstancias del caso concreto, para descubrir el Derecho aplicable y llegar a la solución justa.

La más acotada función del intérprete en la etapa de la modernidad jurídica ha hecho perder a los juristas la conciencia de que su función no se agota en el análisis literal de los textos, implicando – al decir de Paolo Grossi – una pesada hipoteca cultural <sup>30</sup> que sólo las acuciosas necesidades del tiempo presente, de relevante complejidad, han ido levantando.

Una reflexión – aún breve y restringida – sobre el significado de la interpretación en el Derecho no hará sino confirmar este punto de vista.

#### 4.

### ACERCAMIENTO CRÍTICO A LA TAREA DE INTERPRETACIÓN

Según Guastini, interpretar textos es atribuir un significado (sentido) a un fragmento de lenguaje. La interpretación jurídica pertenece al género de las interpretaciones textuales. Se puede interpretar: fuentes del Derecho, actos de autonomía privada, actos jurisdiccionales, actos administrativos, etc. <sup>31</sup> La actividad interpretativa puede ser puramente cognoscitiva u orientarse a la aplicación (solución de controversias). Nos referiremos primordialmente a esta última.

El texto interpretado es el objeto de la actividad de interpretación y está redactado en el lenguaje-objeto. El discurso del intérprete constituye el meta-lenguaje que refiere a un lenguaje-objeto. <sup>32</sup> Por su parte, el lenguaje-objeto expresa la disposición, que es el enunciado normativo contenido en la fuente. Es el objeto de la interpretación.

Recién luego de la actividad interpretativa, que consiste en desentrañar el significado de la disposición, se obtiene la norma, que según Guastini, es el contenido significativo de la disposición, de lo que se deduce que una misma disposición contenida en una fuente, puede dar lugar a varias normas.

La doctrina de que todos los significados se encuentran presente en los textos legales y el intérprete no tiene que hacer otra cosa que descubrirlos, se encuentra actualmente desacreditada. Por un lado, se afirma la necesidad de la tarea interpretativa, y la consecuente

<sup>30</sup> Paolo Grossi, *Ritorno al diritto* (Bari: Laterza, 2015), p. VII.

<sup>31</sup> Riccardo Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi* (Milano, Giuffrè, 2004), p. 4.

<sup>32</sup> Guastini, *L'interpretazione dei...*, p.137

inviabilidad del “*in claris non fit interpretatio*”. Por otro, la progresiva toma de conciencia de que el jurista no acude desnudo a la tarea interpretativa, sino que enfrenta los textos con todo el bagaje de su estructura personal. Se concibe así la tarea interpretativa como un andarivel de ida y vuelta, que comprende una sucesión de etapas de precomprensión, análisis y nuevo acercamiento al texto-objeto.<sup>33</sup> Hay una primera expresión, luego la crítica o reflexión y luego una fase superior, que completan un continuado “círculo hermenéutico”, en la expresión de Heidegger.<sup>34</sup> Gamarra refiere al “círculo interpretativo” entre la norma y el hecho.<sup>35</sup> El círculo hermenéutico es un sintagma que ha permitido poner de relieve que el intérprete no se limita a conocer lo que dice la norma general, sino que concurre a esta actividad dotado de un bagaje de preconceptos que no determinan pero sí condicionan el proceso de determinación de los significados de la disposición interpretada.

A partir de estas ideas, Guastini describe tres clases de teorías sobre la interpretación: cognitiva, escéptica y mixta. Según la teoría cognitiva, la interpretación es un acto de conocimiento o descubrimiento de un significado objetivo. Hoy día está como tal desacreditada. Según la teoría escéptica, la interpretación no es un acto de conocimiento, sino de sola voluntad, de decisión, de elección. En su variante extrema, la teoría legitima al intérprete para que elija libremente el significado; en su variante moderada, sostiene que la interpretación arroja siempre varios significados en competencia, y el intérprete debe escoger uno. Finalmente, se concibe una teoría ecléctica, para la cual hay un núcleo donde hay actividad fundamentalmente cognoscitiva, y una franja de penumbra, que refiere fundamentalmente a los casos complejos (*hard cases* en la terminología que surge de la polémica Hart-Dworkin) donde hay decisión.<sup>36</sup>

Sea como fuere, la tarea interpretativa se concibe como una cadena de razonamiento, y es generalmente requerido que su resultado se encuentre fundamentado en una motivación, lo cual es muy claro y jurídicamente obligatorio en el caso de la decisión judicial. Esta justificación puede ser interna o externa. La justificación interna o de primer orden es la coherencia lógica deductiva desde la premisa a la conclusión. Se incluye la exigencia de que entre las premisas haya premisas normativas, no solamente premisas cognoscitivas. La justificación externa es la elección de la premisa.<sup>37</sup> Es en este punto donde centraremos el desarrollo del análisis.

---

<sup>33</sup> Guastini, *L'interpretazione dei...*, p. 22.

<sup>34</sup> Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método* (Salamanca: Ediciones Sígueme, 2003), p. 331 y ss.

<sup>35</sup> Jorge Gamarra, “Las circunstancias del caso ...”, p. 93.

<sup>36</sup> Guastini, *L'interpretazione...*, p. 32 y ss.

<sup>37</sup> Guastini, *L'interpretazione...*, p. 123.

## 5.

**INTERPRETACIÓN Y ELECCIÓN DE LAS PREMISAS**

Es claro que, en la elaboración de un discurso interpretativo-aplicativo, la formación y el encadenamiento de los juicios para llegar a la conclusión partiendo de la premisa mayor, no puede presentar falencias lógicas, y en ese campo el margen de discrecionalidad es en realidad inexistente, puesto que la lógica constituye una ciencia formal y rigurosa. En cambio, es admitido que en la elección de la premisa mayor de la cual parte el raciocinio que culminará en la conclusión aplicativa, los sistemas jurídicos brindan un amplio margen de discrecionalidad a los jueces, lo cual permite a la teoría apreciar dos cosas: a) que en la selección de las premisas ya se juega buena parte del fallo, sea o no consciente de ello el juez; b) que el control público sobre esa selección es muy laxa: sólo se exige que sean premisas provenientes del propio sistema, que estén dotadas de cierta jerarquía sobre otras premisas normativas del razonamiento; que (alguna de ellas al menos) tengan carácter normativo, porque si no sería lógicamente imposible extraer conclusiones normativas (fallo); que sean plausibles, esto es compatibles por la comunidad crítica; que guarden una conexión semántica razonable con el caso planteado.<sup>38</sup>

Es entonces la actividad de selección de las premisas lo que debe ponerse sobre el tapete. Es notable cómo el genio de Cicerón contemplaba esta perspectiva con total exactitud. En sus *Tópicos*, fundándose en la autoridad de Aristóteles, aludía a la tarea de construcción retórica de un argumento persuasivo (*ratio disserendi*),<sup>39</sup> distinguiendo claramente el *ars inveniendi* y el *ars iudicandi*,<sup>40</sup> **y señalando que se puede ser muy competente en la ciencia de la lógica, pero no haber trabajado la habilidad de encontrar (*ars inveniendi*) los argumentos adecuados (tópicos).**<sup>41</sup>

La retórica es el arte de hablar y de escribir de modo apropiado y eficaz, capaz de convencer al auditorio de las tesis propugnadas. Desde este punto de vista, toda sentencia se presenta como un “producto retórico”, por el hecho de que su redacción responde a técnicas

<sup>38</sup> Oscar Sarlo, “Derechos fundamentales y proceso concursal”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXIX, FCU, Montevideo, 2009, p. 871.

<sup>39</sup> Del latín *disseren*, tejer o entrelazar, lo que describe gráficamente la actividad de ligar unos argumentos con otros en un tejido coherente y persuasivo.

<sup>40</sup> Alejandro Guzmán Brito, “Dialéctica y retórica en los *Topica* de Cicerón”, en *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, XXXII (2010), Valparaíso, Chile, 161-195.

<sup>41</sup> En Marco Tulio Cicerón, *Top. II*, 6: “Cum omnis ratio diligens disserendi duas habeat partis, unam inveniendi alteram iudicandi, utriusque princeps, ut mihi quidem videtur, Aristoteles fuit. Stoici autem in altera elaboraverunt; iudicandi enim vias diligenter persecuti sunt ea scientia quam dialektikén appellat, inveniendi artem quae topiké dicitur, quae et ad usum potior erat et ordine naturae certe prior, totam reliquerunt”.

de redacción, estudiadas a propósito para potenciar el efecto persuasivo de la comunicación. En esa construcción, la “Inventio” coincide con el momento de selección de los argumentos útiles para sostener la propia tesis; a la “Inventio” sigue la “Dispositio”. Si de la capacidad inventiva surge una pluralidad de argumentos, el paso sucesivo será forzosamente la disposición de los argumentos en una secuencia que resulte más eficaz a los efectos de la persuasión. El tercer paso, la Elocutio, consiste en trasponer las ideas en forma lingüística, que sea la más clara, precisa y concisa posible.<sup>42</sup>

El arte de encontrar argumentos plausibles no puede dominarse sin adquirir una cultura humanística y general. La recuperación de la dimensión sapiencial del Derecho parte de la posesión del *sensus communis*, sentido comunitario, que se nutre de la experiencia acumulada y de la consideración de las vidas y obras ejemplares que conforman la tradición espiritual de la humanidad. Por otra parte, la elocuencia proveerá el fundamento para justificar frente a la comunidad la elección de la premisa. Según Gadamer, el recurso a la tradición humanista opera como alternativa del método científico en las ciencias del espíritu, recuperando el ideal humanístico de la elocuencia, el arte de decir algo bien y decir el bien.<sup>43</sup> Pero además, el intérprete busca el supuesto abstracto normativo con la finalidad de resolver su aplicación al caso concreto, y para ello es imprescindible que desarrolle la virtud de la prudencia, que se sustenta en la capacidad de percibir las características relevantes de una situación dada, y capta la medida en que es posible encontrar la mejor solución al conflicto suscitado. La adquisición de esta habilidad supone un período prolongado de formación que además de proveer al jurista de las capacidades de pensamiento abstracto, le permite madurar desde el punto de vista emocional y afectivo y adquirir experiencia y astucia que son esenciales para la adquisición del sentido común.

En la primera redacción del proyecto de código civil sardo, fuente de nuestro código civil, el título preliminar preveía, como el nuestro, la posibilidad de que el juez se encontrara con un “caso difícil”, no susceptible de ser resuelto por las palabras y ni siquiera por el espíritu de la ley. Entonces encomendaba al juez el recurso a los principios generales, y a las circunstancias del caso, “maduramente ponderadas”.<sup>44</sup> La formación y el ejercicio de la madurez en la ponderación de las circunstancias constituye, ni más ni menos, la quintaesencia de la prudencia judicial, y no es ajena al propio ser del intérprete que, al interpretar, responde a su propia vocación.

---

<sup>42</sup> Luigi Pellicchi, “La costruzione retorica della sentenza”, en [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it) (Relazione tenuta dall’Autore la Scuola Superiore della Magistratura, nell’ambito del Corso *Il linguaggio della giurisprudizione* (Firenze, Accademia della Crusca, 20 giugno 2016).

<sup>43</sup> Gadamer, *Verdad y método*, p. 47.

<sup>44</sup> Alberto Sciumè, “I principi generali del diritto nell’ordine giuridico contemporaneo (1837-1942), en *Il diritto nella storia*”, Collana diretta da Umberto Santarelli (Torino: Giappichelli 2002) 42, nota 41.



## 6.

### LA INDAGACIÓN PERSONAL DE LOS HECHOS DEL CASO. INMEDIACIÓN QUE NO PUEDE TENER EL LEGISLADOR

Cuando se trata de la aplicación del Derecho, el tema de la elección de la premisa no está separado de la consideración de los hechos particulares del caso.

Recientemente entre nosotros, Gamarra ha estudiado monográficamente la cuestión de la trascendencia de las circunstancias concretas del caso en la aplicación del Derecho, lo que reitera la relación entre norma general y caso particular,<sup>45</sup> en interacción recíproca.

En modo alguno puede aceptarse la nimiedad de las circunstancias del caso en relación con la previsión abstracta contenida en el supuesto normativo. El Derecho nació de los hechos. En la formulación literal del Digesto, en el libro Cincuenta (*de diversis regulis iuris antiqui*), se establece la siguiente formulación: “Regla es lo que narra brevemente la cosa que es. El Derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al Derecho que hay”.<sup>46</sup> Este pasaje se presenta como verdaderamente enigmático para el jurista contemporáneo, imbuido en la cultura legalista de la identificación del Derecho con la norma legal general. En la concepción prevalente, el Derecho se toma de la regla; lo que dice el pasaje citado es lo contrario: la regla se toma del Derecho; el Derecho lo han construido los jurisconsultos en relación a casos concretos, resolviendo con equidad situaciones de hecho; es a partir de ellos que pueden hacerse formulaciones generales (*regulae*) pero con mesura, porque el cambio relevante de las circunstancias de hecho (*rerum*) determina que ya sea inaplicable (*simul quum in aliquo vitata est, perdit officium suum*).

Esa radical existencia del Derecho en los hechos de la vida ha llevado a Vassalli a postular la extraestatalidad natural del Derecho civil, ya que el Derecho privado, tal cual lo heredamos del Derecho romano, es independiente de la organización estatal. Elaborado día tras día en las relaciones y tráficos de la vida ordinaria según las enseñanzas del sentido común y de aquél mínimo ético del cual el hombre común es natural portador, el Derecho privado es fruto de una sedimentación lentísima y de una lentísima pero orgánica absorción por parte de la sociedad: con dos protagonistas a nivel técnico jurídico: un privado, el jurisconsulto, y un magistrado, el pretor, que no impone su regla sino que se limita a decir el Derecho, *ius*

<sup>45</sup> Jorge Gamarra, “Las circunstancias del caso...”, p. 91 y

<sup>46</sup> 1. Paulus libro XVI, *ad Plautium*. “Regula est, quæ rem, quæ est, brevier enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et ut sit Sabinus, quasi causæ coniectio est, quæ, simul quum in aliquo vitata est, perdit officium suum.”

*dicere*, a declarar lo que es el Derecho en la singular relación en contestación; jurisconsulto y pretor, uno y otro voces de lo bueno y lo equitativo.<sup>47</sup>

## 7.

### EL INTÉRPRETE, SACERDOTE

La función de declarar lo que es Derecho en las relaciones singulares en conflicto,<sup>48</sup> va de la mano de la idea de sacerdocio, como se sentían y lo proclamaban los jurisconsultos romanos:

Al ocuparnos del Derecho primero es necesario saber de dónde procede el término “Derecho”. [Su nombre] viene de “justicia”; pues, como elegantemente define Celso, el Derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo.

§ 1. En mérito de esto alguno nos llama «sacerdotes», pues servimos a la justicia y nos dedicamos al conocimiento de lo bueno y lo justo, separando lo justo de lo inicuo, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseando conseguir hombres buenos no sólo por el miedo de las penas sino también por el incentivo de los premios, siguiendo, si no me equivoco, la verdadera filosofía y no una falsa.<sup>49</sup>

Como expresa Sarlo, sólo quienes han sido “ordenados” como juristas, pueden aspirar a ser reconocidos como cultivadores de esta disciplina, fundamentalmente porque la validez de sus enunciados se corrobora institucionalmente por la autoridad de quien los emite, y esto depende del reconocimiento que se ganen entre sus colegas, en la docencia universitaria, y en particular, entre los jueces.<sup>50</sup>

No es impertinente, por tanto, insistir en este aspecto de la tarea interpretativa, llevada a cabo, en definitiva, por un jurista que antes que nada, quiere y debe saber, igual que el hijo pródigo, quién es y cuál es su vocación y misión en este mundo. Y aun cuando sus contornos se presenten vagos e imprecisos, la idea de justicia no puede ser ajena a esa vocación, porque no es ajena a la idea de Derecho. Zagrebelsky ha escrito que es difícil definir la justicia, pero existe una experiencia de justicia y mejor aún, una experiencia de injusticia. Una

<sup>47</sup> Paolo Grossi, “Il disagio di un legislatore. (Filippo Vassalli e le aporie del assolutismo giuridico)”, en *Quaderni Fiorentini* XXVI, 2007, p. 415 y ss.

<sup>48</sup> Filippo Vassalli, “Estrastatualità del diritto civile”, en *Studi in onore di Antonio Cicu* (Milano: Giuffrè, 1951), Volumen segundo, p. 479 y ss..

<sup>49</sup> *Digesto* 1,1,1.

<sup>50</sup> Oscar Sarlo, “El marco teórico en la investigación dogmática”, en *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, coord. Por Christian Courtis; Manuel Atienza Rodríguez (pr.), (Madrid: Trotta, 2006), ISBN 84-8164-862-0, 175-208.

formación personal (*selbst bindung*) que no desatienda esa dimensión parece imprescindible en relación con la misión y vocación de los juristas.<sup>51</sup> Y eso tiene que ver con la superación de una enseñanza del Derecho puramente formalista que es la que ha imperado en la cultura contemporánea.

## 8.

### QUE LOS JURISTAS PUEDAN SER LO QUE SON

Son gráficas las expresiones de Filippo Vassalli: “Richiamare il diritto ai giuristi”,<sup>52</sup> y de Paolo Grossi: “Ritorno al diritto”.<sup>53</sup> Ambas llaman la atención sobre el rumbo del pensamiento que impone una mirada reflexiva y dotada de perspectiva histórica. Ambas urgen a volver sobre sí, a recordar los momentos iniciales de la vocación por el Derecho que en mayor o menor medida, siempre contiene un anhelo de mayor justicia en las relaciones humanas, y a reflexionar sobre ese origen de la vida de cada jurista para reformular y actualizar un compromiso con valores nobles y elevados, que en una sociedad pluralista implican la coexistencia de concepciones totalizantes llamadas a convivir en un diálogo tolerante.

No la ausencia convicciones, sino la admisión de la pluralidad de concepciones y el esfuerzo perseverante por encontrar los ámbitos de coincidencia que enriquecen la cultura de las sociedades. Desde la mirada de una Universidad Católica como la que alberga el “*workshop*” que motiva esta contribución, comprometida con la promoción de la justicia junto con el servicio de la Fe desde su mismo núcleo fundacional, no es admisible imponer a nadie una concepción de la justicia, como tampoco es posible renunciar a una visión de la interpretación del Derecho que busque la coherencia con la fidelidad al mensaje evangélico. Todo ello pertenece al campo de los motivos elevados y nobles,<sup>54</sup> que constituyen un componente inseparable de una civilización superior y que no pueden estar ausente del mensaje educativo, que es, al decir de Rodó, un género de oratoria sagrada que se dirige a la juventud; idea casi idéntica a la que contiene la constitución apostólica *Ex Corde Ecclesiae* sobre las universidades católicas, cuando afirma que es su objetivo llevar adelante una ardiente búsqueda

<sup>51</sup> Gustavo Zagrebelsky- Carlo María Martini, *La exigencia de justicia* (Madrid: Trotta, 2006).

<sup>52</sup> Filippo Vassalli, “La missione del giurista nell’elaborazione delle leggi”, in *Studi giuridici* (Milano, Giuffrè, 1960), pp. 737-751.

<sup>53</sup> Paolo Grossi, *Ritorno al diritto* (Bari: Laterza, 2015).

<sup>54</sup> Paolo Grossi, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi* (Milano: Giuffrè, 2008), coll. Per la storia del pensiero giuridico moderno, No. 80.

de la verdad y su transmisión desinteresada a los jóvenes y a todos aquellos que aprenden a razonar con rigor, para obrar con rectitud y para servir mejor a la sociedad.

La formación de ese criterio elevado y noble, sustentado en la disciplina y en la virtud personal, no es separable de la adquisición de la idoneidad para agregar a la ley, aquello que le falta para convertirse en Derecho. En su *Discours préliminaire*, Portalis, consciente de que la ley no puede preverlo todo, encontraba el adecuado suplemento en el depósito de máximas, decisiones y doctrina, cuyo conocimiento es imprescindible a quienes aplicarán el Derecho, por medio de un hábito de ciencia y de razón que suaviza y ordena el poder. No es sino el hábito de ciencia y de razón logrado por medio del estudio, lo que humaniza la ley hasta lograr el Derecho.

La aplicación del Derecho resultará, pues, necesariamente, de la tensión entre la respuesta a esa vocación por la justicia, y el despojo de toda prepotencia y de todo despotismo,<sup>55</sup> que es la función que corresponde cumplir a la legislación abstracta y general.

---

Para citación: De Cores, Carlos, *La interpretación del derecho como vocación*, en *Revista de Derecho* N° 19 (jul.-2019), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 157-180

---

Contribución 100% Carlos De Cores.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Alpa, Guido, “Disertación al recibir la investidura de Doctor Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires en la Facultad de Derecho”, 27 de marzo de 2008.
- Betti, Emilio, *Teoría Generale dell'interpretazione*, vol. I, Milano, Giuffré, 1955.
- Calamandrei, Piero, “Fede nel diritto”, Conferencia inédita presentada en Firenze el 21 de enero de 1940, citada por Guido Alpa en la disertación al recibir la investidura de Doctor Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires en la Facultad de Derecho, 27 de marzo de 2008.

---

<sup>55</sup> Piero Calamandrei, “Fede nel diritto”, Conferencia inédita presentada en Firenze el 21 de enero de 1940; el texto se encuentra en proceso de publicación con la Editorial Laterza. citado por Guido Alpa en “Las tareas del Derecho privado”, discurso pronunciado en oportunidad de su doctorado honoris causa por la Universidad de Buenos Aires.

- Caumont, Arturo, “La función jurisdiccional del magistrado es aplicar el Derecho Objetivo. Infungibilidad del poder normativo”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, N° VI (2004): 187 y ss.
- Caumont, Arturo, *Doctrina General del contrato. Propositiones teóricas de innovación*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2014.
- Cicerón, Marco Tulio, *Topica*. Hay varias ediciones.
- Festi, Fiorenzo, “L’arbitrato di equità”, en *Contratto e impresa*, Padova: Cedam, 2006.
- Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca: Ediciones Sígueme, 2003.
- Gamarra, Jorge, “Las circunstancias del caso concreto en la interpretación y aplicación de la ley “”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, FCU, tomo II (2014) Graneli, Carlo, “La giurisprudenza è fonte di diritto?”: Introduzione ad un incontro di studi, 30 settembre 2016, in occasione della presentazione dei due volumi degli “Scritti giuridici di Andrea Belvedere”, Padova, 2016, en [www.iuscivile.it](http://www.iuscivile.it).
- Grossi Paolo, “Modernità política e ordine giuridico”, en *Quaderni Fiorentini* 27 (1998).
- Grossi, Paolo, “Il disagio di un legislatore (Filippo Vassalli e le aporie del assolutismo giuridico)”, en *Quaderni Fiorentini* XXVI (2007).
- Grossi, Paolo, “Le molte vite del giacobinismo giuridico”, en *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano: Giuffrè, 2007.
- Grossi, Paolo, “Nobiltà del diritto. Profili di giuristi”, en *Collana per la storia del pensiero giuridico moderno*, No. 80 (2008), Milano: Giuffrè.
- Grossi, Paolo, *Ritorno al diritto*, Bari: Laterza, 2015.
- Guastini, Riccardo, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano: Giuffrè, 2004.
- Guzmán Brito, Alejandro, “Dialéctica y retórica en los “Topica” de Cicerón”, en *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, XXXII (2010), Valparaíso, Chile, 161-195.
- Irti, Natalino, “Moralita de l’analisi linguistico”, en [www.iuscivile.it](http://www.iuscivile.it).
- Montesquieu, Carlos Luis, *El espíritu de las leyes*. Madrid: Biblioteca de derecho y ciencias sociales, Librería General de Victoriano Suárez, 1906, tomo I.
- Pellecchi, Luigi, “La costruzione retorica della sentenza”, Relazione tenuta dall’Autore presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell’ambito del Corso Il linguaggio della giurisdizione, Firenze: Accademia della Crusca, 20 giugno 2016, en [www.iuscivile.it](http://www.iuscivile.it)
- Sarlo, Oscar, “Derechos fundamentales y proceso concursal”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXIX, FCU, Montevideo (2009).

- Sarlo, Oscar, “El marco teórico en la investigación dogmática”, en *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, coord. por Christian Courtis; Manuel Atienza Rodríguez (pr.), Madrid: Trotta, 2006., p. 175-208.
- Sciumè, Alberto, “I principi generali del diritto nell’ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)”, en *Il diritto nella storia*, Collana diretta da Umberto Santarelli, Torino: Giappichelli, 2002.
- Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q.90
- Van Rompaey, Leslie, “Hacia una jurisprudencia principialista”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* (2004).
- Vassalli, Filippo, “Estrastatualità del diritto civile”, en *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano: Giuffrè, 1951, Volumen segundo.
- Vassalli, Filippo, “La missione del giurista nell’elaborazione delle leggi”, en *Studi giuridici*, Milano: Giuffrè, 1960.
- Zagrebelky, Gustavo-Martini, Carlo María, *La exigencia de justicia*, Madrid: Trotta, 2006.

# La mirada interpretativa como base de una discrecionalidad discreta\*

The interpretative view as the basis of a discreet thesis about judicial discretion

O olhar interpretativo como base de discrição discreta

*Diego Gamarra*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad Católica del Uruguay

Orcid 0000-0003-0902-786X

DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1731>

Comunicación

**Resumen:** En la senda trazada por Dworkin, se propone una concepción sobre la discrecionalidad jurisdiccional-discreta- a partir de la asunción de una necesaria posición interpretativa. A esos efectos se parte de la tesis de la indeterminación parcial del lenguaje y en particular de las reglas – conforme la formulación de Hart de tal posición-, que en términos de

---

Recibido: 06/12/18 Evaluado: 14/02/19. Aceptado: 17/02/19.

\* Esta comunicación es una reelaboración de algunos puntos sostenidos por el autor en su tesis doctoral, (Los jueces entre la Constitución y la ley. Interpretación jurisdiccional de disposiciones constitucionales y legales concurrente, UCM, 2016), preparada para ser publicada en este número especial de Revista de Derecho.

**Diego Gamarra Ante:** Abogado (UCU), master en Derecho parlamentario y doctor en Derecho (ambos, Universidad Complutense de Madrid). Profesor de Derecho Constitucional y director del Departamento de Derecho Público, Universidad Católica del Uruguay. Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional. [diego.gamarra@ucu.edu.uy](mailto:diego.gamarra@ucu.edu.uy)

determina el reconocimiento de la posibilidad de distinguir, al menos en ocasiones, casos fáciles y difíciles. Se presenta, asimismo, una posición externa o interna sobre la discrecionalidad y una tesis fuerte y una débil sobre su configuración. Se sostendrá que desde una insoslayable mirada interpretativa –interna–, que supone además vocación de coherencia sostenible en la tarea, la discrecionalidad no lo es en un sentido fuerte sino excepcionalmente, pues supone argumentar sobre una solución excluyente de otras con fundamento en los materiales jurídicos que componen el sistema.

**Palabras clave:** interpretación jurídica, discrecionalidad de los jueces

**Abstract:** On the grounds of Dworkin contributions, considering the inevitability of an interpretative perspective, a discreet conception of judicial discretion is proposed. It is herein accepted the thesis of the relative indeterminacy of language and, specifically, of rules –in the terms suggested by Hart– that, regarding adjudication of Law and with independence of the point of view, determines that the distinction among hard and soft cases is in general possible. Likewise, it is presented a strong and a weak thesis about discretion, taking also into account the internal and external perspective for such purposes. Finally, it will be defended that from an interpretative perspective, which is not possible to avoid and that supposes a task to be executed with vocation of coherency and stability, the discretion is only exceptionally strong, as interpretation of legal texts is carried out arguing about an excluding solution to be adopted and based on the recognized materials of the legal system.

**Key words:** interpretation of legal texts, judicial discretion

**Resumo:** No caminho desenhado por Dworkin, propõe uma concepção sobre a criação jurisdicional-discreta-a partir do pressuposto de uma posição interpretativa necessária. A estes efeitos faz parte da tese da indeterminação parcial da língua e, em particular, das regras-de acordo com a formulação de Hart de tal posição, que em termos de aplicação da lei, independentemente da perspectiva, determina o reconhecimento da possibilidade de distinguir, pelo menos às vezes, casos fáceis e difíceis. Ele também apresenta uma posição externa ou interna sobre a discreção



## 1.

### APERTURA DE LAS REGLAS E INDETERMINACIÓN PARCIAL

Se asumirá a efectos de este trabajo la tesis de la indeterminación parcial del lenguaje, y específicamente de las reglas, reconociendo la existencia de zonas regladas y de discrecionalidad de los órganos encargados de aplicarlas, en última instancia de los órganos jurisdiccionales.

Tal postura se encuentra a medio camino entre las teorías escépticas de las reglas –de la indeterminación radical– y las negadoras de la indeterminación –que rechazan la discrecionalidad jurisdiccional–. Ante estas últimas opuestas y extremas tesis sobre la indeterminación, el «Caribdis» y el «Escila» de la teoría jurídica<sup>2</sup>, o bien la «pesadilla» y el «noble sueño» en la analogía onírica posteriormente propuesta por Hart<sup>3</sup>, la verdad se posicionaría en el medio. En continuación de la metáfora trazada por el profesor inglés, Moreso denomina a esta tesis de la indeterminación relativa como la «vigilia»<sup>4</sup>. Ni los jueces «crean» siempre exclusivamente y en forma irrestricta el Derecho, ni siempre en forma casi automática lo aplican sin que existan supuestos de «creación» jurisdiccional.

En grupos o comunidades numerosas, las pautas o normas generales<sup>5</sup> son un instrumento básico de control social. Ellas comunican por referencia a clases de personas, de actos,

---

<sup>2</sup> Herbert Hart, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot LexisNexis Argentina S.A., Segunda Edición, 2007), 183.

<sup>3</sup> Herbert Hart, «American Jurisprudence through English eyes: The Nightmare and the Noble Dream», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 144. Véase también Nelson Ottonelli «Interpretación jurídica y decisión judicial: La indeterminación parcial del derecho y su carácter no neutral. Una búsqueda de vínculos entre las teorías de Hart y de Kennedy», en *Revista Ruptura*, Número 6, (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015), 203 y ss.

<sup>4</sup> Juan José Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (Perú: Palestra. Segunda edición ampliada, 2014), 159 y 186 y ss.

<sup>5</sup> Es común diferenciar entre generalidad y abstracción de las normas, sentando que en el primer caso se incluye una categoría indeterminada de sujetos y en el segundo una categoría indeterminada de casos. Un ejemplo de ello es la clasificación de actos administrativos incluida en el Decreto N° 500/991 del Poder Ejecutivo uruguayo. De aquí en más, en la medida en que la raíz de ambas categorías es la abstracción en un sentido amplio, se manejarán indistintamente.

de cosas y circunstancias, a efectos de que sin necesidad de instruir caso a caso puedan ser comprendidas por muchos individuos como mandatos de comportamiento. Como indica Hart, sin esta posibilidad de formular mensajes generales y la capacidad de derivar de ellos mensajes particulares, nada de lo que se reconoce como Derecho podría existir<sup>6</sup>. En otras palabras, en la medida en que existen notorias limitaciones que impiden dirigir mensajes a todos los sujetos sobre todos los posibles casos particularmente, se apela a la capacidad humana de abstracción para que un ordenamiento jurídico en comunidades de cierta complejidad y extensión sea viable.

Así, en todos los campos de experiencia, en tanto acuden a un lenguaje, no sólo en lo que refiere a las reglas jurídicas, habrá casos particulares obvios en los que la derivación de una expresión general o su exclusión no resulta dudosa. Las palabras generales no servirían como instrumento de comunicación si no existieran casos familiares, no controversiales, un «núcleo de certeza», compuesto por las zonas de claridad y oscuridad, respectivamente de inclusión o exclusión indubitable. Pero habrá también otros casos en los que no resulte claro si dicha expresión les alcanza o no, la «zona de penumbra».

Como sostiene Hart, hay un límite a la orientación que el lenguaje abstracto puede efectivamente proporcionar y de presentarse ese punto en el que no existe convención firme sobre su sentido –por ejemplo, por repetirse constantemente en contextos semejantes– entonces el encargado de resolver tendrá que llevar a cabo una elección entre una serie de alternativas abiertas<sup>7</sup>. De ello se sigue un ámbito discrecional, que no deja de ser una elección, pero ello no significa, y es fundamental para la justificación del sistema que no signifique, que pueda ser irracional, infundada o arbitraria<sup>8</sup>.

El típico ejemplo que se reitera en los libros de introducción a la teoría del derecho para presentar en forma simple el problema es el de la prohibición de circular con vehículos en un parque. Nadie duda de que la prohibición comprende al tránsito en automóvil y que no comprende el tránsito peatonal, son casos claros, respectivamente de comprensión y exclusión de la regla, pero es dudoso si se encuentra o no vedado el uso de patines o de un triciclo.

No es diferente el análisis, si se toman casos en los que las normas generales contengan conceptos con una carga axiológica –de las que se suelen denominar principios–, incluso en casos constitucionales insignia, como las cláusulas que refieren con generalidad al derecho

---

<sup>6</sup> Hart, *El Concepto...*, 155.

<sup>7</sup> Hart, *El Concepto...*, 157 y 158.

<sup>8</sup> Hart, *El Concepto...*, 159. Esta tesis de la racionalidad, parecería que no es otra cosa que la necesaria exigencia de una fundamentación de la opción escogida, que podría coincidir con versiones débiles de la llamada tesis de la respuesta correcta. Seguidamente se referirá con mayor dedicación a este punto.

a la libertad de expresión o de prensa. Así, bajo la formulación referida, nadie dudaría que se encuentra permitido publicar información veraz que refiera a una red de narcotráfico manejada por el presidente de una república desde sus oficinas oficiales. Tampoco parece discutible que se encuentra vedado publicar videos alterados de individuos sin relevancia pública manteniendo relaciones sexuales en su hogar. Pero es bastante más dudoso si puede o no publicarse información veraz sobre el consumo de drogas por parte de un diputado en clubes nocturnos privados, fuera del ejercicio de sus funciones.

La interpretación de un determinado texto normativo, observado en su generalidad, es decir, no considerando el problema a partir de un caso sino de todos los casos que se comprenden bajo la regla, se encuentra acotada en la medida en que existen casos paradigmáticos, sin los cuales los términos en cuestión no tendrían eficacia comunicativa alguna.

Por su parte, si se realiza una interpretación en concreto, enfocada al cuestionamiento sobre un específico caso, aun cuando *a priori* pueda ubicarse en la zona de penumbra, una ejecución más detenida de los cánones de interpretación podría conducir en ocasiones a soluciones unívocas una vez que se enmarca el análisis.

De todas formas, es evidente que no puede afirmarse con certeza en todos los casos que de la interpretación se derive una solución incontrovertible. No sólo porque los sistemas no son siempre completos<sup>9</sup>, coherentes<sup>10</sup> y precisos –por las dificultades que son propias del lenguaje y, además, porque son diseñados por hombres y a lo largo del tiempo–, sino, entre otras cosas, porque suele también discreparse sobre los métodos de interpretación y de aplicación<sup>11</sup>, pese a que con relativo consenso se los identifique como instrumentos atendibles, en buena medida dirigidos a configurar el sistema en términos de racionalidad.

---

<sup>9</sup> Podrían serlo si se introduce una cláusula de clausura, como el principio de libertad de los individuos. Véase Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Edit. Trotta, 2009), 249 y ss. En verdad sería también discutible en esos casos la propia completitud, pero no cabe aquí explayarse en el

<sup>10</sup> No sólo en el sentido lógico normativo –referente a las antinomias– como el que proponen Alchourrón y Bulygin, sino, también como unidad de sentido y de fin que se derivaría de un ordenamiento con pretensión de establecer soluciones igualitarias a los casos. Nótese que la propia igualdad o coherencia –que podría consagrarse normativamente– también es, en tanto referente genérico, objeto de zonas de certeza y de dudas.

<sup>11</sup> Una buena muestra de lo indicado es el relevamiento que realiza Sagüés de la alternancia en el empleo de criterios interpretativos por la Corte Suprema de Justicia argentina. No sólo se discrepa sobre los criterios interpretativos sino que indiscriminadamente se alterna en su utilización. Néstor Pedro Sagüés, «Interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 1, (2004). Véase una buena crítica a la situación referida en Roberto Gargarella, «De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación de la Constitución en manos de la Corte Suprema Argentina», en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/6.pdf>, 53 y ss.

## 2.

### APERTURA, INTERPRETACIÓN Y DISCRECIONALIDAD INTERNA EN SENTIDO DÉBIL Y FUERTE

De acuerdo con lo indicado previamente, pueden existir casos difíciles, es decir, casos en los que se presentan verdaderas dudas para identificar si una regla general los comprende o, en otras palabras, para determinar si una regla particular que provea su solución en un sentido pertenece al sistema por derivación de una norma general. En dichos casos, ante su planteamiento jurisdiccional, se afirmó sin mayores explicaciones que el juez posee discrecionalidad. Ahora bien, es necesario profundizar la pesquisa, cuestionarse sobre los casos difíciles y sobre el alcance de la discrecionalidad y para ello se analizará el asunto desde una doble perspectiva, una externa y una interna.

Por cierto, el límite entre los casos difíciles y los casos fáciles constituye en sí mismo un caso difícil. Presentado el problema de una manera simpática –al menos pretendidamente–, cabe indicar que ello se debe a que la vaguedad es vaga –técnicamente, a la vaguedad de segundo orden–<sup>12</sup>. ¿En qué momento puede con certeza afirmarse que una solución no es en lo absoluto controvertible? La interrogante parece poner en aprietos la tesis de la indeterminación parcial, pero en tanto también sabemos que la vaguedad algo es pese a ser vaga y que nos comunicamos razonablemente apelando a su uso y a términos que la revisten, verdaderamente no se la compromete<sup>13</sup>. Aun así, resta analizar cómo se llega a determinar que un caso es difícil y para ello debe considerarse el paso de la interpretación de los textos normativos, pues la tarea de atribución de significado es precisamente la que resulta sensible a las dudas sobre el alcance de una regla.

Si un observador externo del funcionamiento del sistema se cuestiona sobre la dificultad de un caso, no podría obtener una respuesta sino apelando a recabar información de los operadores –de los participantes de la práctica–, por ejemplo, analizando cómo se resuelven casos similares por diferentes magistrados, realizando experimentos con casos similares y registrando reacciones, encuestando abogados, partes litigantes, académicos y jueces. Ello puede tener una utilidad, pero también interesa el problema desde la perspectiva de estos últimos, la interna, y la protagonista desde esas tiendas es la interpretación.

<sup>12</sup> María Cristina Redondo, «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», *DOXA*, N. 20, (1997), 191.

<sup>13</sup> Véase Moreso, *La indeterminación...*, 160 y 161 y Claudina Orunesu, *Positivismos jurídico y sistemas constitucionales* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012), 30 y ss.

Puede externamente concluirse que cierto caso es difícil y la discrecionalidad asociada a la indeterminación presentarse como la posibilidad que un juez tiene de resolverlo en un sentido o en otro sin ser responsabilizado. Sin embargo, la constatación de la práctica no será del todo completa en tanto no se tome en cuenta el fenómeno interpretativo como paso previo en una práctica continua y sostenida.

Podría replantearse el punto indicando que el juez, ante las dudas sobre el Derecho y la existencia de criterios interpretativos alternativos que sean razonablemente admitidos, puede resolver en el sentido que prefiera siempre que argumente a partir de ciertas bases formales y en función de algunos de esos criterios. Presentando así la solución arribada como la mejor a partir de los materiales jurídicos de los que parte, o bien simplemente como una posible solución en caso de desempate ante alternativas de idéntica bondad conforme una interpretación consistente.

Asumiendo entonces esta visión ajustada de la mirada externa, considerando que el Derecho requiere inevitablemente de interpretación, es más preciso explicar el problema no como un caso en el que el juez «puede» sin ser responsabilizado, sancionado o fuertemente criticado por la generalidad de practicantes resolver en cualquier sentido; sino como uno en el que efectivamente opta entre criterios razonables y efectúa una argumentación que plausiblemente conduce a una solución, pese a que otras argumentaciones también razonables, aunque a su juicio menos convincentes, podrían conducir a otras soluciones.

En el dominio interno, parecería que cuando se efectúa una interpretación y no otra, en principio no se lo hace caprichosamente ni apelando al subjetivismo más descarnado. Las decisiones parecen tomarse y respaldarse en virtud de una determinada teoría o postura sobre el sistema de fuentes –de adhesión inevitablemente subjetiva pero no descarnada– que en mayor o menor medida supone su apego y cuya explicitación es debida en términos jurídicos. En un terreno descriptivo, que debería corroborarse empíricamente, intuyo que la solución efectivamente tiende a ser la indicada. En un terreno prescriptivo, entiendo que así debería ser.

Debería todavía indagarse más y distinguirse si quien juzga parte de una solución y construye una argumentación razonable, descartándola eventualmente en los casos en los que no resulte posible sustentarla, o si se efectúa una interpretación desde determinadas posturas con vocación de coherencia que conducen a la solución<sup>14</sup>. Más aún, cabría a su vez

---

<sup>14</sup> Tan complejo es definirlo que Zagrebelsky, que además de ser un destacado jurista fue magistrado de la Corte Constitucional italiana, indica que se parte del caso -no me queda claro si se refiere a una idea sobre su solución- y que luego se busca en las reglas para volver a él en un procedimiento bipolar que adecúa las exigencias del caso -¿una idea sobre su resolución?- y las pretensiones de las reglas -¿qué pretensiones?-. Véase Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*.

cuestionarse si en el primer caso indicado, que se enfoca de plano en la solución, ello es gestado por una «preconcepción» —que es en última instancia interpretativa, aunque pasada—, si es meramente una reacción emotiva, una opción por una moral subjetiva pura y dura o si, como pareciese ser, responde, según el caso, a una combinación de tales causas con diferente peso.

Un caso difícil en un sentido muy estricto —de dudas insuperables—, debería considerarse internamente al final del camino, toda vez que un operador, luego de interpretar un texto normativo, considerando las disposiciones pertinentes y su contexto con afán de coherencia, concluya genuinamente —todo lo que su naturaleza humana le permita— que existen argumentos de idéntico peso para concluir que no existe ni puede derivarse del sistema una regla que establezca una solución u otra para un caso. La discrecionalidad en estos casos lo es en un sentido fuerte, en la medida en que el aplicador del Derecho sentirá que puede resolver, sin más, en cualquier sentido.

Pero el trecho interpretativo que permite llegar a esa extraña situación, para quienes trabajamos con el Derecho resulta realmente largo. Si se parte del comienzo del camino y no de su final, lo cierto es que se abordará el sistema normativo para intentar despejar las dudas —que por lo general las habrá y muchas— y solucionar el caso de la forma que resulte más consistente en función de los materiales jurídicos disponibles. Desde esta otra vereda, la discrecionalidad se ve de manera diferente, como un escenario de alternativas preliminares ligado al cumplimiento de un «deber» de justificar la opción por la solución más convincente en función de una argumentación jurídica que presente al sistema de la forma más coherente —discrecionalidad en sentido débil<sup>15</sup>. Ello no implica desconocer el infranqueable límite de la excepcional paridad al final del camino, insisto, en cuyo caso la discrecionalidad lo es forzosamente en sentido fuerte, pese a que por razones pragmáticas y morales pueda incluso discutirse si conviene o no explicitarlo.

En la mayoría de los casos no puede con sinceridad afirmarse que una respuesta —no admita dudas o que sea inequívoca, lo que equivale a afirmar que son al menos dos las soluciones posibles conforme interpretaciones razonables de materiales del ordenamiento. Empero, en la medida en que por lo general es posible que se perciban posturas más razonables que otras, fundamentalmente al cotejar argumentaciones y las bases escogidas para formularlas a partir de una idea regulativa de coherencia y decisiones pasadas —pues denota

---

*Ley, derechos, justicia* (Madrid: Editorial Trotta, Séptima Edición, 2007), 133 y 134. Del mismo autor: *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, (Madrid, Editorial Trotta, 2014), 201 y ss.

<sup>15</sup> Sobre el sentido débil y fuerte de la discrecionalidad véase Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, (Barcelona: Planeta-Agostini, Barcelona, 1993), 84, 85, 452 y 453. Título original en inglés, *Taking Rights Seriously*, 1977.

arbitrariedad un cambio de posición sin explicaciones suficientes-, en casos *a priori* borrosos no es atinado afirmar que el asunto pueda resolverse de cualquier manera, es decir, en forma azarosa o, como con ingenio plantea Rodríguez Carrau, tirando una moneda<sup>16</sup>.

El punto de inflexión para admitir prescriptivamente la discrecionalidad en sentido fuerte desde una perspectiva interna no puede ser cualquier vacilación en el proceso interpretativo. Entre otras cosas, porque no hay razones para resignar la búsqueda de una solución que al magistrado le resulta impuesta con base en determinadas fuentes que conforman un sistema con pretensión de consistencia, siendo que lo que en parte está en juego es la propia calificación del caso como fácil o difícil ante una barrera de ubicación dinámica.

### 3.

---

## RECAPITULACIÓN DEL ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA

Resta relacionar estas reflexiones con las tesis de la única respuesta correcta, pues no puede esconderse su conexión, para luego sí, finalmente, ordenar un poco las ideas en forma sintética. Las posiciones sobre la única respuesta correcta, esto es, que analizan si necesariamente existe siempre una única solución jurídica para un caso, pueden ordenarse gradualmente. En un extremo es posible ubicar a quienes la consideran indiscutible en tanto se puede extraer de los principios del derecho natural y en el otro a quienes la niegan radicalmente postulando que tal idea no es más que un recurso ideológico para enmascarar el poder político de los jueces.

Es posible identificar entre las posiciones indicadas unas cuantas alternativas intermedias<sup>17</sup>, entre las que destaca la propuesta originalmente por Dworkin. El autor norteamericano sostiene que la respuesta correcta existe en tanto el Derecho –como práctica– además de reglas se compone de valores y principios, y la solución adecuada para un caso consiste en la mejor interpretación posible de los materiales jurídicos en función de los valores y principios referidos, que contribuyen a presentar a la práctica jurídica «bajo su mejor luz». Si se prefiere, conforme una teoría moral y política adecuada, que tenga en cuenta el desarrollo de la prác-

---

<sup>16</sup> Guzmán Rodríguez Carrau, «No tirarás la moneda: términos jurídicos, vaguedad y el deber de los jueces de juzgar, pase lo que pase», en *Revista Ruptura*, Número 3, (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012).

<sup>17</sup> Manuel Atienza, «Sobre la única respuesta correcta», en Aulis Aarnio, Manuel Atienza y Francisco J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010), 56 a 59.

tica y que dote de consistencia a los materiales<sup>18</sup>. No se pretende aquí recoger la tesis *dworkiniana* de la respuesta correcta en su totalidad, que se conecta con otra serie de postulados que no se comparten, como la existencia de principios como estándares diferentes de las normas en sentido estricto, ni de admitir las posiciones epistemológicas que asume. Sin embargo, se suscribe sí el sustrato de su gran aporte, la importancia de no omitir la perspectiva interna y concebir el Derecho interpretativamente y como integridad, orientado a fines.

En forma algo menos ambiciosa y sin contienda con la tesis de la indeterminación parcial conviene destacar lo siguiente:

**(i)** Que pese a que existen casos claros y difíciles el límite es impreciso<sup>19</sup>, potencialmente cambiante y que para ubicarlo se requiere de una interpretación. De ello se sigue que el decisor debe en cualquier caso justificar su decisión en los materiales del sistema con afán de consistencia lógica y teleológica –puede que haya más casos claros de los que parecen y las confusiones resulten superfluas–.

**(ii)** Que desde una perspectiva interna efectivamente se parte de una convicción teórica sobre el sistema y su interpretación –técnica–, y que las decisiones adoptadas sobre esas bases sientan un punto de referencia para futuras decisiones –el cambio es posible, pero exige fundamentación–. Desde esos postulados es que se determinan soluciones a casos concretos descartando por lo general otras menos convincentes. La discrecionalidad lo será predominantemente en un sentido débil.

**(iii)** Que en la medida en que es posible que un intérprete efectivamente concluya que un caso puede no tener solución, entonces sí existirá discrecionalidad en sentido fuerte, aunque parezca algo excepcional<sup>20</sup>.

**(iv)** Que, partiendo de la discrecionalidad desde una perspectiva externa, no parece adecuado extraer conclusiones más allá de lo que se observa y que debe observarse el fenómeno en forma completa para que sean formuladas debidamente. Si bien es cierto que

---

<sup>18</sup> Ronald Dworkin, «¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para los casos difíciles?», en *Una cuestión de principios*, (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, Colección derecho y política, 2012), págs. 159 y ss. Véase del mismo autor también *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de teoría práctica*, (Barcelona: Edit. Gedisa, 2008), 164 y 165.

<sup>19</sup> En similar sentido, evidenciando dificultades de la distinción, Streck indica que no se tiene en cuenta la existencia de un acontecer en el precomprender, en el cual el caso simple y el caso difícil se enraízan. Lenio Luiz Streck, *Verdad y consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en Derecho*, (Montevideo, Buenos Aires: Editorial BdeF, 2012), 284 y 285.

<sup>20</sup> Véase Tomás Ramón Fernández y Alejandro Nieto, *El Derecho y el revés* (Barcelona: Editorial Ariel, 2000), 136, Tomás Ramón Fernández, «Respuesta a Manuel Atienza», en *Revista DOXA*, número 23 (2000), 756, 759 y 760. Allí el prestigioso administrativista sostiene que en treinta años de ejercicio únicamente en un caso consideró que dos soluciones eran igualmente correctas, es decir, que el problema no tenía solución. Manuel Atienza, «Sobre la única respuesta correcta», 71 y 72. Del mismo autor: «El sentido del Derecho. Carta a Tomás Ramón Fernández», en *DOXA*, N. 23, (2000), 737 y ss.



dos magistrados pueden resolver un idéntico caso de forma distinta sin incumplir ninguna norma, no lo es que no incumplan ninguna norma si no argumentan hasta las últimas consecuencias y bajo una teoría coherente las razones de su decisión a partir de una interpretación consistente de los materiales jurídicos. En los sistemas modernos las decisiones infundadas son ilegítimas en tanto pueden determinar su invalidez y desencadenar responsabilidad y sanciones para el decisor.

(v) La posibilidad de utilizar la «maleabilidad» o «ductilidad» del Derecho<sup>21</sup>—en pureza en las zonas de penumbra— para esconder bajo argumentaciones lo que caprichosamente el intérprete por alguna razón prefiere es en cierto punto inevitable, pero no es necesariamente la forma en la que los jueces generalmente actúan. Aunque se llegue a reconocer que primero avizoran la solución del caso, ello puede en buena medida deberse a una preconcepción de un sistema que les es familiar —previamente interpretado conforme unos presupuestos teóricos y técnicos consistentes— y no a su arbitrio a secas luego camuflado<sup>22</sup>. En cualquier caso, si hay algo que es claro en todo esto es que dichas notas psicológicas y su peso más o menos determinante para la resolución de un caso no son de fácil medición.

Si quisiera catalogarse el planteo formulado bajo una postura en relación con la respuesta correcta, que insisto es confuso por sus múltiples aristas, pero absolutamente frecuente, debería concluirse que ésta no es más que un ideal regulativo desde la perspectiva interna<sup>23</sup>, apoyado en un afán de coherencia y conducido por un método que, al menos en ese aspecto básico de racionalidad, parece generalmente admitido y acota —en ocasiones más y en ocasiones menos— el margen de apreciación.

Considerada como un resultado efectivo, en el marco de la admisión de una indeterminación parcial del Derecho y de la posibilidad de análisis desde una perspectiva interna y externa, la respuesta correcta es de hallazgo contingente. Aparentemente preponderante desde la mirada del intérprete por las razones antedichas, y más excepcional desde una mirada externa incompleta, esto es, conforme una verificación de casos unívocamente resueltos por la generalidad de los operadores.

---

<sup>21</sup> Según la terminología de Gustavo Zagrebelsky. Véase Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, 14. Del mismo autor, *La ley y su justicia...*, 226.

<sup>22</sup> En el mismo sentido Herbert Hart, *El Concepto de Derecho...*, 175.

<sup>23</sup> Véase en similar sentido Robert Alexy, «Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica», en *DOXA*, N. 5 (1988), 151. «La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas.»

---

Para citación: Gamarra Ante, Diego, *La mirada interpretativa como base de una discrecionalidad discreta*, en *Revista de Derecho* N° 19 (jul.-2019), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 181-193.

---

Contribución 100% Diego Gamarra Ante.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, «Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica», *DOXA*, N. 5 (1988).
- Atienza, Manuel, «Sobre la única respuesta correcta», en Aulis Aarnio, Manuel Atienza, Francisco J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- Atienza, Manuel, «El sentido del Derecho. Carta a Tomás Ramón Fernández», *DOXA*, N. 23 (2000).
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona: Planeta-Agostini, 1993.
- Dworkin, Ronald, «¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para los casos difíciles?», en *Una cuestión de principios*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de teoría práctica*, Barcelona: Edit. Gedisa, 2008.
- Fernández, Tomás Ramón, «Respuesta a Manuel Atienza», *DOXA*, N. 23 (2000).
- Fernández, Tomás Ramón y Nieto, Alejandro, *El Derecho y el revés*, Barcelona: Editorial Ariel, 2000.
- Gargarella, Roberto, «De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación de la Constitución en manos de la Corte Suprema Argentina», UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/6.pdf>.
- Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Edit. Abeledo-Perrot LexisNexis Argentina S.A, 2007.
- Hart, Herbert, «American Jurisprudence through English eyes: The Nightmare and the Noble Dream», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983.
- Moreso, Juan José, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Perú: Palestra, 2014.

- Orunesu, Claudina, *Positivismismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.
- Otonelli, Nelson, «Interpretación jurídica y decisión judicial: La indeterminación parcial del derecho y su carácter no neutral. Una búsqueda de vínculos entre las teorías de Hart y de Kennedy», *Revista Ruptura* (FCU), N. 6 (2015).
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Edit. Trotta, 2009.
- Redondo, María Cristina, «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», *DOXA*, N. 20 (1997).
- Rodríguez Carrau, Guzmán, «No tirarás la moneda: términos jurídicos, vaguedad y el deber de los jueces de juzgar, pase lo que pase», *Revista Ruptura*, N. 3 (2012), FCU.
- Sagüés, Néstor Pedro, «Interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 1 (2004).
- Streck, Lenio Luiz, *Verdad y consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en Derecho*, Montevideo, Buenos Aires: Editorial BdeF, 2012.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Editorial Trotta, Séptima Edición, 2007.
- Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid: Editorial Trotta, 2014.

## **RESEÑAS**

---

**PrEukschat, AIEx**  
***Blockchain: la revolución industrial de***  
***Internet,***  
**Gestión 2000, Barcelona, 2017,**

David Lopez Jimenez

<https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1721>

La tecnología ha marcado un claro punto de inflexión en todos los ámbitos del entorno actual, suscitando un cambio en el know how de las actividades empresariales, estableciendo nuevas pautas de actuación en el mercado. Dentro de las tecnologías disruptivas que, de forma notable, están incidiendo en estas últimas podemos citar la cadena de bloques. Una de las obras de referencia en materia de Blockchain es, precisamente, la presente monografía. Como es conocido, el Blockchain es un anglicismo que se traduce como cadena de bloques. Representa un procedimiento informático –protocolo- inicialmente creado con el objetivo de soportar las criptomonedas cuyo paradigma es Bitcoin. Esta última presenta dos caracteres diferenciadores básicos, respecto a la moneda tradicional o decimonónica, a saber: la voluntariedad y su naturaleza descentralizada. La disrupción que suscita en los medios de pago, en el espacio mercantil, estriba en que las criptomonedas, con carácter general, han operado al margen de las monedas fiduciarias. Podemos manifestar que los valores en los que las mismas oscilan se encuentran fuertemente condicionadas por la ley de la oferta y de la demanda. Blockchain es el soporte de Bitcoin, es decir es el protocolo informático que sirve de base a la criptomoneda más notable en la actualidad.

La cadena de bloques constituye una combinación de distintas tecnologías con un fin acreditativo. Es, en definitiva, una novedosa manifestación de lo que se ha llamado economía colaborativa. Constituye, además, una herramienta de carácter acreditativo que fomenta la aportación/invocación del procedimiento con el fin de sustentar las pretensiones de las partes frente a una posible controversia. Se ha dicho, con acierto, que la figura que analizamos es como un libro público de contabilidad. Más bien, puede decirse que se erige en un instrumento registral o tabular que cuenta con una tabla indeleble o compartida como

primera prerrogativa frente a otros registros electrónicos centralizados —como los valores o instrumentos financieros anotados en cuenta—. La última operación y todas aquellas que le preceden, quedan incorporadas en un tracto registral de carácter digital que ostenta caracteres como el hecho de que es inamovible, seguro y eterno. Todo ello puede predicarse desde el primer bloque o bloque génesis hasta el último con fiel reproducción de todos los anteriores. La revolucionaria prerrogativa del sistema se encuentra en que esta modalidad de tracto no es, a diferencia del registral decimonónico, manejable, falsificable, alterable o manipulable por persona o servidor público alguno. En la cadena de bloques no impera un administrador central de la base de datos, por lo que no existe riesgo de destrucción o manipulación de los computadores, servidores o registros centrales.

Respecto al impacto que supone la cadena de bloques para el comercio y para el tráfico jurídico, esta herramienta implica un claro reforzamiento del principio de la autonomía de la voluntad. De alguna forma, habilita a empresarios y operadores a un grado de verificación mayor sobre las transacciones, fomentando el propio intercambio, debido a la seguridad generada. Cabe reseñar que la seguridad que se forja es de carácter privado, sin censura o fiscalización pública posible. Ahora bien, la Administración pública, habida cuenta de las prerrogativas que el Blockchain ostenta, está recurriendo a su implementación.

Como acertadamente apunta el autor del prólogo, José Luis Várez Benegas, de la misma forma que la Red modificó, de manera integral, la realidad social, y, en concreto, los modelos de negocio de industrias y empresas centenarias, la cadena de bloques está dando lugar a un nuevo patrón económico fundamentado en la descentralización de la confianza, donde todos podemos intercambiar bienes y/o servicios sin recurrir a terceros. Más adelante, el prologuista alude a las diversas ventajas de la cadena de bloques, entre las que destaca: optimizar las relaciones; ahorrar costes administrativos; y favorecer cooperaciones sectoriales.

A propósito de la introducción, se efectúan un elenco de apreciaciones realmente interesantes. Efectivamente, estamos entrando en una nueva fase que es una etapa de imaginar las posibilidades y los diversos modelos de uso que adoptará esta tecnología. El único límite que conoce la Blockchain es la imaginación del ser humano. Continúa refiriéndose a cómo una diversidad de países de distintos lugares del mundo está apostando por Blockchain. Reino Unido está subvencionando con 15 millones de libras proyectos sustentados en la cadena de bloques. Suiza, en la misma línea, ha creado lo que se denomina Crypto Valley que otorga seguridad jurídica a los emprendedores para, precisamente, atraer talento. Singapur también ha hecho lo propio. En esta última, el sector público, las empresas, académicos y desarrolladores han aunado esfuerzos para impulsar esta tecnología.

La obra reseñada se estructura en tres grandes partes que, a su vez, contienen diversos subapartados a modo de estudios independientes. La primera se dedica al negocio del Blockchain. Dentro de la misma se incluye un elenco de trabajos monotemáticos. Nos tendremos en aquellos que, a título individual, resulten más sugerentes.

En el apartado intitolado “banca y blockchain”, advierte que la cadena de bloques permite la transición a un mundo transparente, abierto, seguro y altamente interconectado. En dicho espacio, los clientes tienen pleno control sobre su identidad digital y conocimiento de los servicios que contratan. Otro apartado de este primer bloque, especialmente sugestivo, es el que se destina a las aseguradoras. Como bien pone de relieve el título dirigido a este sector, las mismas se están reinventando. En este sentido, hay cinco reaseguradoras (Aegon, Allianz, Munich, Swiss y Zurich) que han lanzado un consorcio Blockchain. Una de las utilidades de la cadena de bloques, en esta esfera, se encuentra vinculada con los contratos inteligentes o Smart contract. Asimismo, la cadena de bloques permitirá la creación de nuevos modelos de seguro en los que la personalización de cobertura y costes para el usuario serán imprescindibles. Otro apartado en el que merece la pena detenerse es el dedicado a la industria 4.0 y Blockchain. Todo ello pone de manifiesto que nos encontramos ante la cuarta revolución industrial. A continuación, se refiere al sector farmacéutico con un apartado dedicado específicamente a ello. Como la práctica pone de relieve, el paciente necesita información precisa sobre su historial médico, sus tratamientos, el uso de sus datos y la propiedad de esa información. La cadena de bloques también permite una distribución no fraudulenta de los medicamentos. Por su parte, el juego online es objeto de examen en relación a esta novedosa herramienta. Los primeros usos de Bitcoin tuvieron lugar en plataformas de juego como SatoshiDice. Los mercados de predicciones, lotería y el póker son algunos de los segmentos de juego que pueden verse afectados por la cadena de bloques. El sector público también hace uso de la tecnología Blockchain. En menos de dos años, Dubai tiene previsto trasladar toda su documentación a la cadena de bloques para, de esta manera, no volver a recurrir al papel. Otro espacio en el que podrá desarrollar un exitoso papel es el de las ciudades inteligentes. Efectivamente, la cadena de bloques está llamado a desplegar un destacado protagonismo en este ámbito. La red de redes y el internet de las cosas nos han llevado a ser una sociedad digitalizada e interconectada tanto entre personas como entre máquinas. El comercio electrónico constituye una ambiciosa oportunidad para la cadena de bloques. El último apartado del bloque primero se dedica íntegramente a los aspectos legales de las Initial Coin Offerings (ICO), los contratos inteligentes y las Decentralized Autonomous Organizations (DAO).

La segunda parte de la monografía se destina a la descentralización como modo de vida. El primero de los apartados de este sugerente bloque tiene como finalidad el análisis de los movimientos filosóficos y sociales del siglo XXI vinculados con el origen de la cadena de bloques del Bitcoin. Nos referimos al Hacktivismo, Cyberpunks y libertarismo. La salvaguarda de la privacidad y el recurso al dinero anónimo son instrumentos básicos para poder entender la creación del Bitcoin. A fines de los años sesenta, Bailey Whitfield señaló que la criptografía era esencial para la privacidad humana. Dentro del segundo bloque de la monografía se alude, además, al movimiento de la descentralización y de los principios filosóficos que existen tras el mismo.

El origen de la cadena de bloques estriba en un paper de 2008 que se publicó en un foro online cuyo autor era un tal Satoshi Nakamoto. Su relevancia fue tan notable que la Academia Sueca llegó a plantearse la posibilidad de otorgarle el Nobel de Economía. Ahora bien, cabe hacer una precisión y es que el nombre con el que se firmó el paper es un pseudónimo. En otras palabras, no se sabe su identidad ni nacionalidad e incluso se llega a pensar que es un grupo de personas.

La tercera y última parte se rubrica “la tecnología Blockchain”. Dentro de este último sector se incluyen un elenco de apartados estrictamente técnicos. El primero de ellos se refiere a la criptografía y el consenso aplicado a la cadena de bloques, con especial detalle a los siguientes aspectos: hashing; criptografía simétrica o convencional; y la criptografía asimétrica o de clave pública. El concepto del código abierto y del software libre es objeto de examen en el siguiente apartado. Su aplicación en el mundo de las cadenas de bloques, públicas y privadas, no es igual. Además, no todo lo que se denomina software de código abierto es libre. Otro de los grandes apartados de este bloque viene de la mano de la seguridad. No deben obviarse los ataques a la cadena de bloques. Así, a título de ejemplo, cabría plantearse qué pasaría si los mineros se pusieran de acuerdo y se coordinasen para falsear la cadena de bloques. En cualquier caso, ha de tomarse conciencia de que la cadena de bloques es un registro distribuido que se genera, de manera consensuada, por un elenco creciente de nodos. Estos últimos se ponen de acuerdo con el objetivo de lograr un consenso —mineros que no está controlado por los propietarios de los ordenadores, sino por la lógica programada e instalada en ellos. Los mineros realizan, al menos, dos tareas, a saber: la verificación de las transacciones; y la construcción de bloques de transacciones. La cadena de bloques prescinde de intermediarios, fomentando la ciberseguridad en virtud del uso de bloques encriptados inmodificables y distribuidos por la red.



Vinculado con lo anterior, debemos referirnos a la maleabilidad de las transacciones. Dentro de las transacciones existe información que está muy bien protegida, mientras que otra no lo está. Como ha quedado de manifiesto en esta sugerente monografía, la capacidad de procesamiento que ostenta la cadena de bloques la convierte en una plataforma prácticamente inexpugnable. Ahora bien, en tiempos recientes, se están sucediendo noticias de los avances hacia la computación cuántica. En virtud de esta última se podrán romper los algoritmos de cifrado asimétrico.

Además de poder efectuar un registro distribuido que permite el intercambio dinerario –Blockchain 1.0-, la realidad pone de manifiesto que también pueden diseñarse cripto-registros que pongan de relieve la transmisión de otros derechos y/o propiedades. A estos últimos usos alternativos de esta tecnología se le denomina Blockchain 2.0. Las nuevas tecnologías presentan un potencial emancipador, pero, simultáneamente, revolucionario, frente a un sistema social y político basado en la concentración del poder en las grandes empresas multinacionales y en unos Estados de los que se habrían apoderado del poder élites corruptas.

El epílogo de la obra cierra con un breve relato surgido de la imaginación de los autores que nos traslada desde la década de los ochenta del siglo pasado hasta las primeras décadas del siglo XXI. Con el mismo se pone de relieve el impacto que la cadena de bloques tendrá sobre nuestras vidas en un futuro no tan lejano. El relato refleja las 24 horas en la vida de un joven apasionado por las nuevas tecnologías desde su infancia. En suma, no hemos de obviar el notable papel que puede dar la tecnología de la cadena de bloques para el desarrollo del interés general y de una economía más inclusiva.

Dr. David López Jiménez  
EAE Business

# Normas de publicación

*Revista de Derecho* es una publicación de carácter semestral arbitrada — que publica sus respectivos volúmenes digitales e impresos en julio y diciembre— de la Facultad de Derecho, de la Universidad Católica del Uruguay. Se encuentra indexada en SciELO,

Tiene como objetivo la difusión de trabajos científicos sobre temas de derecho y afines, así como otros de interés para especialistas, investigadores y estudiantes de posgrado. Todos los trabajos deben ser originales e inéditos, pudiendo ser artículos, notas y

## LINEAMIENTOS GENERALES

1. El autor da fe de que el contenido que envía es original y no ha sido publicado en otra revista o libro, ni se encuentra sometido a evaluación para otra publicación. El contenido no está sujeto a otros derechos por ninguna publicación ni está en vías de publicación. El hecho de que los trabajos hayan sido comunicados a sociedades científicas no es un obstáculo para su publicación.  
El autor no tiene ningún conflicto de intereses que declarar relacionado con el manuscrito.
2. En caso de ser aceptado el manuscrito, el autor concuerda en ceder los derechos de autor a la *Revista de Derecho*, para ser reproducidos, publicados, editados, fijados, comunicados y transmitidos públicamente en cualquier forma o medio, así como su distribución en el número de ejemplares que se requieran y su comunicación pública, en cada una de sus modalidades, incluida su puesta a disposición del público a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, para fines exclusivamente científicos, culturales, de difusión y sin fines de lucro, permaneciendo el autor como responsable de los contenidos y opiniones allí vertidos.  
El autor concuerda en ceder los derechos de reproducción del artículo según la licencia *Creative Commons BY*, sistema de acceso abierto.
3. El autor acepta que su artículo sea sometido a un proceso editorial, cuyo primer paso es la evaluación preliminar por parte del Comité editorial, el que determina la pertinencia de su publicación (requisitos temáticos y formales). El segundo paso es la revisión por dos pares académicos, conforme al sistema de “doble ciego”, a quienes corresponde determinar: a) publicar sin cambios, b) publicar cuando se hayan producido correcciones menores, c) publicar una vez que se haya efectuado una revisión a fondo o d) rechazar. En caso de discrepancia entre ambos, el texto será enviado a un tercer árbitro, cuya decisión definirá su publicación. Los resultados del proceso del dictamen académico serán inapelables en todos los casos.
- 4.
- 5.

## ENVÍOS

Las contribuciones propuestas pueden enviarse todo el año a: Dra. Marta Hanna de Rosa, mhanna@ucu.edu.uy, con copia a publicacionesdederecho@ucu.edu.uy.

La editora acusará recibo de los trabajos recibidos y oportunamente notificará su aceptación, propuesta de modificaciones o rechazo. El proceso de revisión de un trabajo insume un tiempo mínimo de tres meses, que pueden extenderse si el artículo fue presentado después de la fecha de cierre correspondiente a cada número. Los autores deben tener en cuenta este plazo, a la hora en que envían sus trabajos.

Aceptado un artículo para la publicación, los Editores se reservan el derecho de decir en qué volumen y número será publicado.

## FORMATO DE PRESENTACIÓN

1. Los trabajos deberán seguir en todas sus secciones los lineamientos del Manual *de Estilo de Publicaciones de Chicago- Deusto para Humanidades*, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>
2. Cada trabajo será acompañado por un **CV breve del autor/res**, que indique solo la filiación académica, área de especialización/investigación y correo electrónico.
3. Se aceptarán artículos, notas y comentarios de jurisprudencia, en español, inglés, portugués, italiano y francés. En todos los casos, el autor deberá presentar su trabajo con **título, resumen** (de no más de 150 palabras) y 3 o 4 **palabras-clave** sugeridas **en español e inglés**, además del idioma original.  
El título no debe exceder los 40 caracteres, incluso si tiene subtítulo.
4. Toda contribución deberá estar en formato digital (Word o similar), tamaño A4,
5. márgenes: superior e inferior: 2,5 cm izquierdo y derecho: 3 cm, en fuente Times New Roman tamaño 12 e interlineado de 1,5, alineación justificada y sangría en primera línea de 0,7 cm.  
Las notas al pie, en el estilo indicado, deben ir en Times New Roman, tamaño 12, interlineado sencillo y sin sangría.
6. Las citas que excedan las cinco líneas, irán en formato “Cita”, en párrafo aparte, sin comillas ni cursivas, en Times New Roman, 11, interlineado sencillo, espacio posterior 6, tabulación izquierda 1,1 y sangría de 1 | línea 0,7.
7. Los **artículos** deberán tener una extensión mínima de 10 carillas y máxima de 30 (o 10.000 palabras), incluida la **bibliografía final**. Cuando se exceda este número, el autor lo planteará al Editor, fundando las razones del pedido. Las **notas** tendrán una extensión mínima de 5 carillas y máxima de 10; pueden ser la reseña de un libro, siempre que éste sea de reciente aparición. Los **comentarios de sentencia** podrán tener un máximo de 20 páginas y deberán ser acompañados por el texto de la respectiva sentencia, en el mismo formato pedido para los artículos.  
Los artículos tendrán subtítulos que el autor recogerá en un índice o tabla de contenidos, al principio. Se sugiere que la estructura comprenda: Introducción, desarrollo del tema, Conclusiones y Referencias bibliográficas.
- 9.

---

## PUBLICATION STANDARDS

*Revista de Derecho* is a refereed biannual character publication - published their digital and printed volumes in July and December-the Faculty of law of the Catholic University of Uruguay. It is indexed in SciELO, Latindex (catalog) and EBSCO. It has as objective the dissemination of scientific works on law and related issues, as well as others of interest to specialists, researchers and graduate students. All the works must be original and unpublished, can be articles, notes and reviews of jurisprudence.

### **General Guidelines**

1. The author attests that content that sends is original and has not been published in another journal or book, or is subject to assessment for another publication. The content is not subject to other rights by any publication or is in the process of publication. He made of that them works have been communicated to societies scientific not is an obstacle for its publication.
2. The author does not has any conflict of interest that declare related with the manuscript.
3. In case of acceptance the manuscript, the author agrees to transfer copyright to the journal of law, to be reproduced, published, edited, set, communicated and publicly transmitted in any form or medium, as well as their distribution in the number of copies required and their communication to the public, in each of its forms, including making it available to the public through electronic means optical or any other technology, for broadcasting purposes exclusively scientific, cultural, and non-profit, staying the author responsible for the contents and opinions there poured.  
The author agrees to cede the rights of reproduction of the article under the license Creative Commons BY, open access system.
4. The author accepts that his article is subjected to an editorial process, whose first step is preliminary evaluation by the editorial board, which determines the relevance of its publication (thematic and formal requirements).
5. The second step is the review by two academic peers, in accordance with the system of “double-blind”, who is to determine: a) publish unchanged, b) publish when minor bugfixes, c) publish once you have made an in-depth review or reject d) have occurred. In case of discrepancy between both, the text will be sent to

a third arbitrator, whose decision will define your publication. The results of the process of the opinion academic will be final in all those cases

### **How to send your work**

All contributions can be sent throughout the year to: Dr. Marta Hanna de Rosa, mhanna@ucu.edu.uy, with a copy to publicacionesdederecho@ucu.edu.uy.

The editor will acknowledge receipt of the work received and will promptly notify its acceptance, modification or rejection proposal. Review of a work process takes a minimum period of three months, which can be extended if the article was submitted after the deadline corresponding to each number. The authors should take into account this term, at the time they sent their work. Accepted an article for publication, the editors reserve the right to decide in what volume and number will be issued.

### **Presentation format**

1. Works should follow guidelines in the Manual of style of publications of Chicago - Deusto for Humanities in all their sections, available at <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>
2. Each work will be accompanied by a brief CV of author/res, indicating only the academic affiliation, areas of specialization/research and email.
3. Articles, notes, and reviews of jurisprudence, in Spanish, English, Portuguese, Italian and French will be accepted. In all cases, the author must present their work with title, abstract (of no more than 150 words) and 3 or 4 keywords in Spanish and English, in addition to the original language.
4. The title must not exceed 40 characters, even if you have subtitles.
5. All contributions must be in digital format (Word or similar), size A4, margins: top and bottom: 2.5 cm; left and right: 3 cm, font Times New Roman size 12 and line spacing of 1.5, justified alignment and indentation in front of 0.7 cm.
6. The notes to the foot, in the style indicated, should go in Times New Roman, size 12, line-spacing simple and without bleeding.
7. The appointments that exceed them five lines, will be in format "cites", in paragraph apart, without quotes or italics, in Times New Roman, 11, leading simple, space rear 6, tab left 1.1 and bleeding of 1 | line 0.7.
8. Articles must have a minimal extension of 10 veneers and maximum of 30 (or 10,000 words), including the final bibliography. When this number is exceeded,

the author will pose to the Editor, founding the reasons for the order. The notes will have a minimal extension of 5 veneers and maximum of 10; they can be a book review, provided that this is emerging. Them reviews of sentence may have a maximum of 20 pages and must be accompanied by the text of the respective sentence, in the same format asked for those articles.

9. Those articles will have subtitles that the author will collect in an index or table of contents, to the principle. Suggests that the structure to include: introduction, development of the topic, conclusions and references.