

CAPÍTULO PRIMERO

EL RECHAZO DEL FORMALISMO Y LA TESIS POSITIVISTA DE LAS FUENTES SOCIALES

I. PLANTEAMIENTO

Como el mismo concepto de “fuente” indica, una de las preguntas nucleares a las que intenta responder la tesis de las fuentes sociales es la pregunta por el origen de las normas jurídicas, *qua* normas jurídicas.⁴ Esto es, ¿cuándo puede decirse que una norma que se propone regular conductas pertenece a un sistema o a una práctica jurídica? Las normas que se proponen regular conductas (normas primarias) pertenecen al mundo jurídico, dirá Hart, cuando fueron sancionadas según los mecanismos de producción normativa instituidos por las denominadas “normas secundarias” de la práctica jurídica a la cual pretende atribuirse las normas jurídicas (primarias).⁵

Esta respuesta presenta al menos dos dificultades. En primer lugar, no aclara cuál es el origen de las normas secundarias que otorgan carta de ciudadanía jurídica a las normas “primarias”. En segundo lugar, no excluye tajantemente otras fuentes de producción normativa, en la medida en que nada dice acerca de las condiciones que debe tener una norma para poder recibir el pasaporte jurídico de parte de las normas secundarias. Ninguna de las dos dificultades es irrelevante para la solidez de la tesis de las fuentes sociales.

⁴ Sobre el concepto de fuente aquí propuesto, véase Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, trad. de Assis, R. de y Greppi, A., Madrid, Debate, 1993, p. 169.

⁵ Hart, H. L., *op. cit.*, nota 1, pp. 91 y ss.

Empezando por la primera, si el origen de las normas secundarias no es social, tampoco lo será, por extensión, el de las normas primarias. Si se dijera, por ejemplo, que la norma constitucional (secundaria) que instituye la imparcialidad del proceso judicial emana exclusivamente de la constatación moral del intérprete de que la imparcialidad es una dimensión necesaria de un juicio justo, la tesis de las fuentes sociales perdería su principal atractivo, a saber, el de garantizar la separación conceptual entre el orden jurídico y otros órdenes normativos. De lo que se trata es de distinguir las normas jurídicas de las normas morales, religiosas, o de cualquier otra clase. Por ello se apura a responder Hart a la primera dificultad señalando que una norma secundaria pertenece a un sistema o a una práctica cuando se ajusta a los *test* de pertenencia establecidos por otra u otras normas secundarias denominadas “de reconocimiento”. La pertenencia de las normas de reconocimiento a un sistema o práctica jurídica, finalmente, es la conclusión de un juicio de hecho acerca la existencia o no de la costumbre por parte de los partícipes de la práctica —y en especial por parte de los jueces— de utilizar las pretendidas normas de reconocimiento como tales, esto es, como criterios de validez acerca de las normas jurídicas primarias que imponen obligaciones o confieren poderes a los particulares.⁶

La segunda dificultad podría reformularse a modo de la siguiente pregunta: ¿la tesis de las fuentes sociales es compatible con normas de reconocimiento que instituyan condiciones de validez meta-jurídicas? Hart respondió afirmativamente a esta pregunta, primero de un modo implícito en *El concepto de derecho*, y luego explícitamente en el famoso *Postscript* a esta obra, en su defensa contra las aporías señaladas por Dworkin a la tesis de las fuentes sociales. En la primera ocasión, Hart advirtió acerca de la textura abierta del lenguaje y de su consecuente incapacidad para señalar de un modo definitivo y cerrado la clase de casos a los que se refieren las palabras de una ley o un precedente juris-

⁶ *Ibidem*, p. 110.

prudencial.⁷ Introdujo en este sentido la famosa distinción entre “caso central” y “caso marginal”, según la cual los términos clasificatorios generales normalmente poseen una referencia clara, a la que denominamos “caso central”, y un margen de referencia más discutido, al que denominamos “caso marginal”. La apertura del lenguaje es proporcional a la mayor o menor extensión del campo de casos marginales al que puede referirse un término. En el lenguaje legal, este campo “marginal” es deliberadamente amplio pues la amplitud, explica Hart, es lo que permite al lenguaje acomodarse a situaciones nuevas, imprevistas y/o imprevisibles al momento de sancionarse las normas.⁸

Continuando este orden de ideas, Waluchow explica que la pretensión de eludir la textura abierta del lenguaje utilizando términos respecto de los cuales se supone que hay condiciones suficientes y necesarias de aplicación es inútil, pues estas condiciones son dinámicas y por tanto siempre aparecen con el tiempo casos marginales. Tampoco alcanza con proveer criterios de aplicación recurriendo a otros términos, pues muchos de éstos serán también de textura abierta.⁹

Cuando el lenguaje normativo es abierto la norma jurídica que es objeto de interpretación sitúa al intérprete frente a “algo así como una elección” entre varias respuestas posibles. Una elección que, precisamente y en la medida en que desde el punto de vista jurídico es una elección, da libertad al intérprete para definirse por una u otra respuesta siguiendo criterios extra-jurídicos.¹⁰ Por ello, esta aceptación del carácter abierto del lenguaje por parte de Hart y de sus discípulos es muy osada, si se tiene en cuenta que el objeto principal del libro donde se hacía consistía en defender la llamada “tesis de las fuentes sociales”, según la cual las normas que componen una práctica jurídica excluyen conceptualmente

⁷ *Ibidem*, pp. 124-136.

⁸ *Ibidem*, pp. 127 y ss.

⁹ Waluchow, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 2003, p. 240.

¹⁰ Hart, H. L., *op. cit.*, nota 1, pp. 127 y 154.

cualquier tipo de referencia a otros órdenes normativos que no sean el orden normativo jurídico que se trata de identificar.

En el famoso *Postscript* a la segunda edición del *Concepto de derecho*, Hart explica porqué su osadía no llegó al punto de revertir la tesis de las fuentes sociales e incluso arriesgó más: las normas de reconocimiento pueden explícitamente incorporar criterios axiológicos extra-jurídicos de decisión —y no ya como un efecto inevitable de la apertura del lenguaje—. ¹¹

Esta segunda apuesta fue asumida y desarrollada por el llamado “positivismo incluyente”, y sólo parcialmente rechazada por el denominado positivismo “excluyente”. Los positivistas excluyentes, en efecto, entienden que una norma secundaria puede incluir, y de hecho normalmente lo hace en cualquier práctica jurídica constitucional, parámetros axiológicos de validez junto a los parámetros formales. Tanto para el positivismo incluyente como para el positivismo excluyente, hay tanta incursión de moral en el derecho cuanta sea permitida por las fuentes sociales. La diferencia entre ambas vertientes del positivismo no radica tanto en esta aseveración, sino más bien en la conceptualización como pura “moral” o como “derecho/moral” de los razonamientos morales que utilizan los jueces (y demás intérpretes) cuando se proponen interpretar este tipo de normas. Mientras que el primero recepta los razonamientos interpretativos morales como jurídicos, el segundo les niega este ropaje conceptual. ¹²

En este sentido, podría afirmarse sin mucha vacilación que el positivismo jurídico anglosajón contemporáneo casi unánimemente desree que la interpretación y la aplicación del derecho constituyen ambas actividades puramente técnicas y a-valorati-

¹¹ *Ibidem*, p. 272.

¹² Aunque esta afirmación se fundamenta en las referencias correspondientes al desarrollo de este punto en los epígrafes que siguen, puede consultarse en este mismo sentido Himma, K. A., “Situating Dworkin: The Logical Space between Legal Positivism and Natural Law Theory”, *Ocklahoma City University Law Review*, vol. 27, 2002, pp. 98 y 99; Rivas, P., *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*, Madrid, Civitas, 2007, pp. 11-16.

vas. Esta conclusión genera dos nuevos interrogantes. Primero, teniendo en cuenta este punto de coincidencia ¿la discusión incluyente/excluyente es sólo terminológica o incluso conceptual, o posee consecuencias prácticas relevantes en torno a la interpretación del derecho? Segundo, ¿es realmente sostenible la tesis de las fuentes sociales una vez que se abandona la tesis de la aplicación mecánica? En lo que sigue se intentará dar respuesta a ambos interrogantes al hilo de las propuestas de dos de los representantes más influyentes de cada una de las versiones del positivismo.

II. WALUCHOW: EL RECHAZO AL FORMALISMO Y LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES RELAJADA

Waluchow entiende que muchas normas jurídicas, especialmente las normas que reconocen derechos fundamentales donde se potencia la textura abierta del lenguaje, son recurrentemente interpretadas por los jueces con argumentos y razonamientos morales.¹³ Esta admisión no conmueve, a su juicio, la tesis de las fuentes sociales, por la misma razón por la cual se afirma que la conexión entre derecho y moral es contingente. A saber, que este razonamiento moral es también jurídico únicamente y en la medida en que, como un asunto de hecho social, la práctica jurídica le dé cabida a través de sus propias normas de reconocimiento, o de estándares validados por éstas.¹⁴

En este sentido, y a diferencia de lo que, según se verá más adelante propone Ronald Dworkin, Waluchow entiende que la interpretación de las normas jurídicas no siempre ni necesariamente supone el despliegue de un razonamiento moral. Admite sin embargo, y en este caso a diferencia de lo que propone Raz, que la interpretación moral del derecho puede eventualmente formar parte del derecho cuando las reglas de reconocimiento de una práctica prescriben, o al menos permiten, el recurso al razo-

¹³ Waluchow, W. J., *op. cit.*, nota 9, p. 167.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 178 y 179.

namiento moral para la determinación del sentido de las normas jurídicas.¹⁵

Waluchow agrupa las posibles opciones de una práctica jurídica en relación a la interpretación en dos grandes líneas: la textual y la liberal o de intereses. Una regla interpretativa textual obligaría a los intérpretes a identificar el significado de las normas interpretadas con el significado lingüístico de los términos. Una regla interpretativa liberal o de intereses, en cambio, incorporaría junto al significado lingüístico de los términos, los intereses u objetivos que se supone que se propuso realizar la norma. Según Waluchow una práctica que incorpora reglas interpretativas textuales es una práctica excluyente, en la medida en que todo lo que excede el estrecho límite de la significación lingüística de los términos jurídicos es a-jurídico. En cambio, una práctica que autoriza a los intérpretes a integrar la significación lingüística con el sentido o fin de la norma es incluyente, pues la determinación de cuáles son estos fines supone el recurso al razonamiento moral.

Uno podría objetar en este punto que también los fines normativos se pueden determinar con un razonamiento puramente jurídico, identificando los fines que dan sentido a las normas en cuestión de acuerdo con el significado semántico de los términos. Waluchow refuta esta posible objeción señalando que cuando los jueces se embarcan una interpretación finalista —especialmente para determinar el sentido de normas de textura abierta, como las normas constitucionales— lo hacen superando una comprensión meramente legal de los fines normativos. Esto es, realizando una opción moral, que si bien tiene en cuenta el contexto histórico y filosófico que dota a la norma interpretada de lo que aquí podríamos provisoriamente denominar sentido “jurídico”, excede los límites de esta sujeción contextual.¹⁶

Podría insistirse en que, aún si esto fuera cierto, es muy probable que los jueces estén equivocados, y que este recurso al razonamiento moral no esté validado jurídicamente por las normas

¹⁵ *Ibidem*, p. 250.

¹⁶ *Ibidem*, p. 144.

de reconocimiento de la práctica; a lo cual responde Waluchow: es la práctica reiterada y constante de utilizar unas determinadas reglas interpretativas lo que convierte a éstas en jurídicas. De ahí que afirmar que las reglas interpretativas que uniformemente utilizan los jueces no son jurídicas, es casi una contradicción en los términos.¹⁷

En síntesis, concluye Waluchow que las prácticas jurídicas conceden distintos grados de importancia a la claridad del lenguaje y a las expectativas engendradas por estándares claros. Cuando una práctica concede una importancia muy alta a esta claridad y a estas expectativas, tenderá a privilegiar una interpretación textual lo más apegada posible al “caso central”. En la medida en que una práctica —o más específicamente, un área del derecho— relaja la aspiración de certeza a favor de otros fines o ideales, el intérprete no sólo estaría autorizado a determinar el sentido de los términos de textura abierta a la luz de los fines de la norma interpretada, sino también a desconocer los “casos centrales” de los términos normativos, cuando se contradicen con los primeros, por torpeza en el uso del lenguaje, por imprevisión, o por ambas¹⁸.

En cualquier caso, queda claro que el carácter incluyente o excluyente del derecho no es conceptual sino contingente: todo depende de que la práctica jurídica haya incorporado o no, como cuestión de hecho, reglas interpretativas liberales. Nada hay en el concepto de derecho que determine necesariamente ni la impermeabilidad ni la apertura de las reglas de reconocimiento respecto del razonamiento interpretativo moral.¹⁹

III. EL LUGAR DE LA DISCRECIÓN EN EL POSITIVISMO INCLUYENTE

Una consecuencia práctica bastante evidente de conceptualizar como “derecho” o “moral” al razonamiento interpretativo del

¹⁷ *Ibidem*, p. 149.

¹⁸ *Ibidem*, p. 247.

¹⁹ *Ibidem*, p. 232.

derecho radica en el margen de discreción o creatividad del que dispondría el intérprete en uno y otro caso. Waluchow advierte en este sentido acerca de la conexión entre la tesis excluyente de las fuentes sociales, y la tesis de la discreción fuerte del intérprete. Teniendo en cuenta que la textura abierta del lenguaje, como se señaló más arriba, es fácticamente insorteable, surge en efecto una dificultad bastante obvia con relación a las prácticas jurídicas que adoptan reglas interpretativas textuales, y que podría sintetizarse del siguiente modo: ¿cómo determina el intérprete el sentido de una norma cuando *a)* los términos —de “textura abierta”— en que se expresa son referibles a realidades significativamente diversas, y *b)* el derecho —al ceñirse a la interpretación textual— no autoriza el recurso a razonamientos extra-semánticos o sintácticos para optar entre una u otra realidad en la determinación de la referencia de los términos? En estos casos y respecto de estos principios, dice Waluchow, la indeterminación lingüística genera una indeterminación normativa jurídica, y los jueces se ven obligados a decidir discrecionalmente cuál es la referencia de los términos legales.²⁰

En una práctica jurídica que adopta reglas interpretativas liberales la indeterminación lingüística no se traduce necesariamente, en cambio, en una indeterminación del derecho, pues los fines normativos orientan y restringen a los intérpretes en la determinación de la referencia marginal de los términos jurídicos de textura abierta. Como se señaló, Waluchow no se detiene seriamente a considerar la posibilidad de que el derecho pueda o no auto-abastecerse de razones suficientes y excluyentes para la determinación de los fines normativos. Entiende que esta consideración no es necesaria o relevante, pues en la generalidad de las prácticas jurídicas que adoptan reglas interpretativas finalistas los jueces, de hecho, las aplican utilizando un razonamiento mixto, moral y jurídico.²¹ Asumiendo provisoriamente que esta generalización sea cierta, y que sea lógicamente admisible esta

²⁰ *Ibidem*, p. 250.

²¹ *Ibidem*, p. 149.

irrelevancia, la pregunta obligada en este estadio es de qué manera y hasta qué punto puede la incursión del razonamiento moral en el discurso jurídico acotar la discrecionalidad.

Waluchow ofrece dos respuestas, una lingüística y otra moral. Desde el punto de vista lingüístico, explica que en toda comunicación el orador asume un conjunto de creencias y juicios de valor que supone que el oyente comparte y que utilizará como parámetro para determinar el sentido de la expresión. Proyectando esta dinámica comunicativa a la praxis jurídica, sostiene que el significado de las reglas jurídicas es en parte una función de un trasfondo interpretativo de creencias y valores comunes, algunos de los cuales se expresan en los principios jurídicos. Los legisladores y los jueces asumen este trasfondo cuando se proponen crear normas a través de leyes y sentencias, respectivamente.

Según esto, en la medida en que esta asunción de jueces y legisladores se encuentre generalizada, puede predicarse que existe en una práctica una regla de reconocimiento del tipo de la siguiente: “la determinación del sentido de las normas (legales o judiciales) debe ser fiel a los fines que se propuso la norma, interpretados a la luz de las creencias y valores comunes, recogidos —o no— por los principios jurídicos que integran la práctica”.

Ahora bien, el derecho es un sistema institucionalizado e impersonal donde la identificación de estas creencias y valores se dificulta, hasta el punto de que muchas veces concluye en objetivos normativos inconmensurables e incluso conflictivos. En estos casos, admite Waluchow que la indeterminación lingüística genera una indeterminación jurídica.

Pero así como la indeterminación lingüística sólo confluye contingentemente con una indeterminación jurídica, Waluchow rechaza la conexión necesaria entre indeterminación jurídica y discrecionalidad fuerte. En este estadio Waluchow propone la respuesta “moral” al problema de la discrecionalidad, que se podría resumir del siguiente modo: la dupla indeterminación jurídica/discrecionalidad fuerte sólo sería indisociable desde una posición moral relativista que, según el autor, ni es generalmen-

te sostenida por los teóricos del positivismo jurídico, ni es conceptualmente necesaria desde el punto de vista de la tesis de las fuentes sociales.²² La confluencia entre indeterminación jurídica y discrecionalidad fuerte no dependería en este estadio del derecho, sino de la moral desde la cual el intérprete determina el sentido del derecho.

Recapitulando, el margen de discreción con el que cuenta el intérprete en una práctica jurídica es para Waluchow tan contingente como la identificación conceptual entre derecho y moral. Si las reglas de reconocimiento receptan reglas interpretativas textuales el margen de discreción es muy amplio, ya que son muchos y recurrentes los casos en que la ambivalencia del significado textual o semántico de los términos sitúa al intérprete frente a una elección entre los distintos modos posibles de determinarlo. Cuando las reglas de reconocimiento receptan reglas interpretativas finalistas o liberales, el margen de discreción se acota pues el intérprete debe restringir su elección entre los distintos significados semánticos, a aquéllos que sean compatibles con los fines normativos. Este margen se acota todavía más, finalmente, cuando las reglas de reconocimiento recogen, además de reglas interpretativas liberales o finalistas, la regla según la cual el intérprete debe ceñirse a los valores y creencias comúnmente aceptados en la práctica para determinar el sentido de los fines normativos.

La discrecionalidad jurídica nunca desaparece completamente, sin embargo, pues los valores y creencias comúnmente aceptados muchas veces no resultan ni evidentes al conocimiento, ni uniformes y coherentes entre sí. En los espacios donde los valores no resultan uniformes y coherentes, la práctica jurídica sería indeterminada y el intérprete gozaría de tanta discreción cuanta indeterminación existiere. En aquellos otros espacios donde los valores fueren uniformes pero poco claros para el entendimiento, el intérprete también decidiría de hecho discrecionalmente, no por una laguna objetivamente existente en la práctica, sino por una laguna

²² *Ibidem*, pp. 219-221, 225 y 226.

“subjetiva”, por así llamarla.²³ De forma que, ya sea por la incertidumbre del intérprete, o por la ambivalencia de la moral común a la cual remite el derecho, o por ambas, resulta prácticamente imposible eliminar completamente la discreción fuerte, esto es, las situaciones en las cuales, en palabras de Hart, el intérprete debe realizar “algo así como una elección”.²⁴ En este último estadio concluye Waluchow que la objetividad —y el consecuente margen de discreción interpretativa— dependerá, no del derecho, sino de la moral desde y con la cual el intérprete realice esta elección.

IV. RAZ: EL RECHAZO AL FORMALISMO Y LA DEFENSA DE LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES ESTRICTA

Raz no niega lo evidente: muchas normas jurídicas sólo pueden ser interpretadas desplegando un razonamiento moral que le otorgue sentido a los conceptos morales —libertad, igualdad, dignidad, etcétera— en que se expresan. Lo que si niega es que pueda denominarse “jurídico” al razonamiento moral desde el cual se asigna sentido a las normas jurídicas abiertas. El principal motivo de esta negación radica en el carácter excluyente que se supone que deberían poseer las razones para actuar que provee el derecho en su función básica de regular autoritativamente el comportamiento humano.²⁵

²³ En esta línea distingue Waluchow entre “tener discreción” porque el sistema no controla de modo eficiente la decisión del intérprete, y “ejercer discreción”, porque aunque el sistema controle la decisión, el intérprete no reconozca la respuesta correcta. *Ibidem*, pp. 210-213.

²⁴ Hart, H. L., *op. cit.*, nota 1, p. 127.

²⁵ Junto al argumento de autoridad propuesto por Raz, Andrei Marmor sostiene y destaca contra el positivismo incluyente el argumento de la convencionalidad del derecho, según el cual las convenciones son incapaces de crear razones morales para actuar. Marmor, A., “Exclusive Legal Positivism”, en Coleman, J., y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, p. 106. Para una exhaustiva y actualizada descripción de los argumentos encontrados en la discusión “incluyentes/excluyentes”, *cfr.* Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006, *passim*.

En este orden de ideas, explica que cualquier orden normativo que pretenda guiar conductas autoritativamente cumple una función muy precisa: proveer a los sujetos sometidos a la autoridad “razones excluyentes para actuar”. Una razón es excluyente cuando reemplaza y desplaza las razones que el propio sujeto podría proponerse a sí mismo en las mismas circunstancias en que se aplicaría la razón excluyente. Así, un sujeto puede tener muchas razones para no detenerse frente a un semáforo en rojo. Puede tener razones de mera conveniencia, como llegar temprano a visitar a su novia, o a su casa a descansar después de un día laboral agitado. Puede incluso tener razones de orden moral para no detenerse: puede querer cumplir con un compromiso previo de llegar a una hora determinada a trabajar, o a reunirse con un amigo. Más aún, puede tener razones de orden moral apremiantes, como la necesidad de llegar a tiempo al hospital si traslada a un enfermo. Frente a todas estas razones para no detenerse, el sujeto encuentra también otras razones de orden moral para detenerse. La principal de estas razones es evitar la eventualidad de un choque y/o el atropello de un transeúnte. Una autoridad que provee razones excluyentes para actuar, dirá Raz, ofrecerá una solución —avanzar o detenerse— que se impondrá sobre todas estas razones y liberará al sujeto, por así decirlo, de embarcarse en la engorrosa deliberación previa a la decisión de avanzar o no frente al semáforo en rojo.²⁶

Ahora bien, ¿cómo puede detectarse la existencia de una autoridad que provee razones excluyentes para actuar que se imponen autoritativamente sobre ciertos sujetos?

Raz explica que el modo primario de establecer cuándo alguien debería ser reconocido como autoridad con relación a otro sujeto consiste en mostrar que es más probable que éste cumpla con (sus) razones para actuar obedeciendo a la autoridad, en lugar de procurar ajustar su conducta a estas razones en forma directa, sin la intermediación de la autoridad. Así, en el ejemplo propuesto,

²⁶ Raz ofrece este ejemplo de las normas del tránsito, aunque con algo menos de desarrollo, véase “The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception”, *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, p. 1019.

es más probable que los sujetos interesados obtengan la seguridad vehicular obedeciendo las órdenes de la autoridad de tránsito, antes que fijando por sí mismos los criterios de conducción. Esta condición, denominada por Raz “la tesis de la justificación normal”, es en cierto modo previa al modo en que la autoridad de hecho ejerce su condición de autoridad sobre los sujetos.

A esta tesis agrega Raz otras dos tesis o condiciones que se refieren al modo de ejercer la autoridad, y que se denominan tesis de la dependencia y tesis reemplazante (*Pre-emption*). La tesis de la dependencia establece que una autoridad debería regular las conductas considerando las razones que se les aplican a los sujetos, y que son relevantes en las circunstancias para las que se pretende regular su conducta. Una vez más, en el ejemplo propuesto la autoridad deberá tomar su decisión sopesando las eventuales razones que tienen los sujetos para detenerse o no frente al semáforo en rojo. Si la autoridad entiende que la seguridad en el tránsito es prioritaria al deseo de los conductores de llegar temprano a casa, obligará a los conductores a detenerse siempre frente a un semáforo en rojo salvo, por ejemplo, en caso de urgencia médica. La tesis reemplazante establece, finalmente, que la autoridad cumple adecuadamente con su función de regulación cuando, por regular la conducta atendiendo a las razones dependientes de los sujetos obligados, provee razones para actuar que no deben sumarse a las razones que tenga por sí mismo el sujeto para actuar de un modo u otro, sino que debe reemplazarlas. Provee, en otros términos, razones excluyentes para actuar. Las tres condiciones o tesis se encuentran íntimamente vinculadas.

Por lo mismo que una razón autoritativa debe ser “dependiente” de las razones de los sujetos potencialmente obligados, es que las razones autoritativas son también excluyentes. Se supone que la autoridad es la encargada de reunir las razones dependientes, reflexionar sobre las mismas y tomar una decisión que se refleje en una nueva razón para actuar.²⁷

²⁷ Raz, J., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, 1994, pp. 212-215.

Como se adelantó, esta concepción de la autoridad y del derecho como orden autoritativo es la principal justificación que ofrece Raz para oponerse a la pretensión del positivismo incluyente de sostener simultáneamente la tesis de las fuentes sociales, y la tesis de la incorporación de los razonamientos morales interpretativos al orden jurídico. Si los sujetos a los cuales se dirigen las normas jurídicas deben reproducir el razonamiento que se supone que hizo la autoridad para dar razones excluyentes para actuar, entonces el derecho sería un orden superfluo. Una vez más, se supone que las normas jurídicas están ahí para guiar las conductas de los sujetos de la autoridad jurídica, no para pedirles a éstos que deliberen a partir de sus razones “dependientes”.²⁸

El carácter excluyente de las razones jurídicas para actuar se manifiesta en tres características de las normas jurídicas: son “opacas”, “independientes en su contenido”, y “autónomas”. Por su opacidad e independencia de contenido, las normas jurídicas se distinguen del resto de las normas en que no traslucen o manifiestan de forma inmediata su relación con algún bien. Quiebran lo que Raz denomina “transitividad”, que consiste, precisamente, en la relación de justificación entre las normas y los fines inmediatos o mediatos que se proponen realizar. En las normas jurídicas, sostiene, esta transitividad desaparece porque la raíz de su obligatoriedad y de su validez no es la bondad o conveniencia de la acción debida, sino la coordinación social cuya factibilidad depende, precisamente, de que las normas jurídicas sean obedecidas con independencia de su contenido.²⁹

V. RAZONES EXCLUYENTES E INTERPRETACIÓN

Según esto, para que las normas jurídicas cumplan con su función de ofrecer razones excluyentes para actuar, debe existir un modo de identificar la existencia y el contenido de tales razones

²⁸ *Ibidem*, p. 219.

²⁹ Raz, J., “Reasoning with Rules”, *Current Legal Problems*, vol. 54, 2001, pp. 12 y 13.

que sea independiente de las razones (dependientes) que le sirven de fundamento. Esta exigencia supone que los sujetos a los que se aplican las “razones excluyentes” deben poder comprenderlas sin necesidad de reproducir las razones dependientes que presumiblemente tuvo en miras la autoridad para legislar de un modo u otro.

En esta línea, Raz sostiene que para identificar una norma tributaria y para establecer su contenido, no hace falta otra cosa que cerciorarse de que su sanción y promulgación (*Enactment*) tuvieron lugar, y conocer las reglas de uso del idioma en que se expresa (en inglés, en su ejemplo).³⁰ Insiste en este punto señalando que ni siquiera lo que esté implícito en una norma puede reputarse derecho si no fue explícitamente sancionado.³¹ Son dos, pues, las pautas interpretativas que propone Raz en la línea del positivismo excluyente: *a)* identificar el sentido normativo con el significado idiomático de los términos, y *b)* detenerse en el sentido explícito de las normas, sin avanzar hacia su sentido implícito.

Lo que Raz entiende por contenido explícito de la norma surge del análisis del rol de la intención en la interpretación legal. Comienza por señalar que cuando se otorga el poder de legislar a una institución o a una persona, se le otorga el control sobre el desarrollo del derecho o sobre una dimensión del derecho. Pero este control sólo es factible si el legislador conoce y quiere determinados efectos que se siguen de su acto de legislar. Desde el punto de vista del intérprete, este control es efectivo si es capaz de captar cuáles eran estos efectos queridos por el legislador y de ser fiel a ellos. Todo lo cual resulta en la necesidad de que los intérpretes sean fieles a la intención del legislador.

Las intenciones que pueden atribuirse a una institución son, sin embargo, variadas. No solamente porque se trata de un cuerpo de individuos que pueden albergar intenciones diversas, sino también porque aún si pudiera identificarse una intención colec-

³⁰ Raz, J., *op. cit.*, nota 27, p. 221.

³¹ *Ibidem*, pp. 220 y 226-230.

tiva, las intenciones poseen diversos niveles de materialidad. Raz distingue por lo menos dos de estos niveles. En un nivel de intención que denomina “mínimo” identifica la intención de legislar sin más, y que consiste en la intención de referirse a lo que normalmente se entiende que uno se refiere cuando utiliza las palabras que utiliza, en la comunidad jurídica en que las utiliza, y en el contexto o circunstancias en que lo hace. En un nivel más profundo, la institución puede tener intenciones ulteriores acerca del modo de determinar el sentido de estas palabras, cuando el contexto y las circunstancias no resulten en una referencia clara.

Pues bien, según Raz, en la medida en que la ley es el producto de un acto deliberado de legislación, debe interpretarse de modo tal que sea fiel a la intención mínima del legislador. Esto es, según el significado general de los conceptos en la comunidad jurídica y en las circunstancias en que se utilizan. El intérprete podrá avanzar desde esta intención mínima hacia las intenciones ulteriores sólo en la medida en que las reglas interpretativas que acoge la comunidad jurídica así lo determinen.³²

Hasta aquí podría concluirse que, como principio general, Raz asume el modelo interpretativo que Waluchow denominó “textual”, y que consiste precisamente en el apego al sentido semántico de los términos y en la impertinencia de un análisis teleológico de las normas. Cuando este principio general se cumple, defiende Raz una concepción pura de la tesis de las fuentes sociales, según la cual la existencia y el contenido del derecho se pueden identificar por referencia a hechos sociales, y sólo por esta referencia, sin necesidad de recurrir a ningún juicio evaluativo.³³ Excepcionalmente Raz admite que el intérprete puede avanzar desde el sentido semántico, hacia los fines ulteriores que puede proponerse una institución, si y sólo si la práctica acoge reglas interpretativas que manden al intérprete avanzar en esta dirección.

³² Raz, J., “Intention in Interpretation”, en George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 258, 259 y 267.

³³ *Ibidem*, p. 211.

Uno se pregunta en este estadio cómo cualifica Raz al razonamiento determinativo del sentido de normas jurídicas cuando las reglas interpretativas no autorizan a avanzar más allá de la “intención mínima” y las normas a interpretar utilizan un lenguaje de “textura abierta”. O bien cómo resuelven los intérpretes los innumerables casos en que las normas infra-constitucionales entran en conflicto y la práctica jurídica no provee criterios suficientes para resolverlo de modo unívoco. Pues bien, Raz también se hace estas mismas preguntas, y las responde sin evasiones estableciendo una distinción entre el razonamiento jurídico “sobre el derecho” y el razonamiento jurídico “de acuerdo a derecho”. Una cosa, dice Raz, es identificar qué es derecho en una práctica dada, para lo cual basta con consultar las fuentes sociales. Otra cosa muy distinta, asevera, es determinar qué dice el derecho: razonar de acuerdo a derecho. En este segundo caso, los intérpretes no pocas veces tienen que embarcarse en un razonamiento puramente moral.³⁴

Con esta aclaración, hecha unos siete años después de definir la tesis de las fuentes sociales como se describió más arriba, Raz parece limitar la función de esta tesis a la primera de dos fases en que se dividiría el razonamiento jurídico. La primera fase sería la fase de la identificación o aislamiento del material jurídico. En esta fase, el intérprete sólo tendría que constatar la existencia fáctica de ciertos hechos sociales, tales como la sanción de una norma o el dictado de un precedente. La segunda fase consistiría en la determinación del contenido del derecho. En este estadio admite Raz que aquella constatación empírica y el adecuado manejo de las reglas lingüísticas en que se expresa la norma interpretada pueden resultar insuficientes. No pocas veces, en especial

³⁴ En palabras del autor: “(1) there is more to legal reasoning than just the application of [a] special knowledge and the exercise of [a] special skill: (2) quite commonly courts have the discretion to modify legal rules, or to make exceptions to their applications, and where they have such discretion they ought to resort to moral reasoning”, *ibidem*, pp. 332-334. En igual sentido, afirma Raz contra Dworkin que la creatividad inevitable en la interpretación es esto: creación y no lectura del derecho. *Ibidem*, p. 225.

cuando se trata de la interpretación de normas constitucionales, pero no únicamente en estos casos, la determinación de qué es lo que dice el derecho exige por parte del intérprete el despliegue de un razonamiento valorativo y, particularmente, moral.

Así concluye Raz que la tesis de las fuentes sociales en modo alguno supone la tesis formalista o de la autonomía del razonamiento jurídico, según la cual éste sería completamente autónomo y suficiente para resolver toda determinación del contenido del derecho.³⁵ A diferencia de Dworkin y de los positivistas incluyentes insiste, sin embargo, en que este razonamiento interpretativo que excede la constatación fáctica de hechos sociales no es jurídico. No al menos hasta que sea incorporado, por medio de las fuentes sociales pertinentes, al mundo jurídico.³⁶

Para explicar esta tesis Raz se sirve de una nueva distinción: la distinción entre incorporar normas extra-jurídicas y darles efecto jurídico sin incorporarlas. Así como en el derecho internacional privado muchas normas jurídicas dan efecto a normas extranjeras sin incorporarlas al sistema; del mismo modo, las normas constitucionales de textura abierta dan efecto a principios y normas morales sin por ello incorporarlas como derecho.³⁷ Las instancias en que el derecho “da efecto” a principios morales son casos que denomina de “no-exclusión”. Esto es, son baches o excepciones a la regla general según la cual donde manda el derecho no manda la moral.³⁸

³⁵ *Ibidem*, pp. 332 y 333.

³⁶ “I agree with him [D. Lyons] that judges who work out what is required by, for example, the due process provision of the American Constitution are engaged in interpreting the Constitution. Lyons is mistaken, however, in thinking that it follows from that that they are merely applying the law as it is (at least if they succeed in discovering the right answer). Judicial interpretation can be as creative as a Glen Gould interpretation of a Beethoven piano sonata”, *ibidem*, p. 230.

³⁷ Raz, J., “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, vol. 10, 2004, p. 12.

³⁸ “References to moral considerations in constitutions are typically not cases of the incorporation of morality but blocks to its exclusion or modification by ordinary legislation”, *ibidem*, p. 13.

VI. EL LUGAR DE LA DISCRECIÓN EN EL POSITIVISMO “EXCLUYENTE”

Raz parece asumir sin incomodidad la observación de Waluchow de que el positivismo excluyente incorpora un modelo interpretativo textual, hasta donde las fuentes lo permiten. Esto es, hasta donde el texto legal es unívoco y suficiente para determinar situaciones normativas concretas. Raz rechaza en cambio la segunda observación de Waluchow, a saber, que lo que exceda del campo de significación unívoca de las normas jurídicas es materia de discreción interpretativa absoluta. Cuando la práctica no acoge reglas interpretativas teleológicas, o cuando el resultado de la aplicación de estas reglas es ambiguo, Raz acepta que existe un margen de creatividad pero insiste en que, aunque sea a-jurídico, no es ilimitado.

Raz distingue en este orden de ideas entre dos tipos de sistemas en relación con el modo de determinar autoritativamente situaciones normativas concretas: sistemas institucionalizados y sistemas de discreción absoluta. En ambos casos existen órganos (tribunales, jueces, árbitros, etcétera) que tienen la función de determinar las situaciones normativas en forma autoritativa, esto es, vinculante para las partes involucradas en dicha situación. Pero mientras que en los sistemas de discreción absoluta la autoridad determina la situación normativa exclusivamente sobre la base de su propio criterio, en los sistemas institucionalizados lo hace aplicando normas preexistentes, con independencia de su criterio personal no sólo acerca de lo justo del caso, sino también acerca del mérito o demérito de las normas que debe aplicar. La función de las autoridades de decisión en los sistemas institucionalizados —que Raz denomina “órganos primarios”— consiste, según lo anterior, en valorar autoritativamente la conducta de los individuos sobre la base de las normas que conforman el sistema.³⁹

³⁹ Raz, J., *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 158-161.

La existencia de normas previas a la decisión autoritativa podría sugerir que la función de los órganos primarios es superflua, si se advierte que los sujetos obligados por las normas bien podrían determinar por sí mismos (a la luz de estas normas) cuál es su situación normativa. Raz insiste en que esta función no es sin embargo superflua por dos razones. En primer lugar, por la posibilidad de error: dado que los intérpretes en general pueden determinar incorrectamente el sentido de las normas o su aplicación al caso, es necesario elegir de antemano qué posibilidad de error interpretativo se hará prevalecer autoritativamente.⁴⁰

En segundo lugar, porque los sistemas suelen ser jurídicamente indeterminados respecto de muchas situaciones, de las cuales Raz describe por lo menos tres: *a)* cuando las normas no proporcionan una única respuesta correcta a causa de la vaguedad o textura abierta del lenguaje; *b)* cuando las normas no contemplan una situación de hecho respecto de la cual el órgano primario se encuentra jurídicamente obligado a resolver, y *c)* cuando el sistema ordena a los órganos primarios definir una situación normativa de acuerdo con sus propias opiniones acerca de ciertas razones (por ejemplo, acerca de “lo más justo o equitativo” en el caso).⁴¹

La admisión por parte de Raz de que en los sistemas institucionalizados existen ámbitos de indeterminación jurídica diluye su pretendida distinción neta con los sistemas de discreción absoluta. En efecto, si el sistema (institucionalizado) prevé adecuadamente las situaciones normativas, no hace falta un órgano que exprese nuevamente lo que ya está dicho en las normas pre-existentes.⁴² Pero si, como sugiere Raz, los órganos primarios están ahí para definir situaciones normativas cuando las normas no prevén de modo suficiente estas situaciones, entonces los órganos primarios no se distinguen funcionalmente de los órganos de discreción absoluta.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 167.

⁴¹ *Ibidem*, p. 160.

⁴² En todo caso, lo que hace falta son órganos de aplicación o policía que impongan lo normado a los sujetos cuando sea necesario recurrir a la fuerza.

La respuesta que Raz podría ofrecer para esta objeción surge de su respuesta a otra objeción similar, que se refiere al carácter vinculante de las normas que se supone que deberían servir de criterio a los órganos primarios para definir situaciones normativas, y que podría resumirse en la siguiente pregunta: ¿cómo puede decirse que los órganos primarios se encuentran vinculados por normas que, como sucede en los sistemas que incorporan el *Judicial Review*, tienen la libertad de desconocer —declarando su inconstitucionalidad—?

Raz responde que los tribunales (órganos primarios) no gozan de una libertad absoluta de desvincularse de las razones recogidas en las normas que están obligados a aplicar, sino que pueden —e incluso deben— hacerlo sólo y exclusivamente sobre la base de otras razones, recogidas en otras normas (las constitucionales).⁴³ Según esto, las normas preexistentes vinculan a los órganos primarios en un grado que no es ni tan estrecho como para tornar superflua su función, ni tan débil como para confundirlos con los órganos de discreción absoluta. En este sentido, podría decirse que las normas jurídicas no solamente restringen la discrecionalidad del intérprete acotando el número de situaciones donde éste puede decidir discrecionalmente sino también, y fundamentalmente, orientando el ejercicio de esta discreción según las razones recogidas jurídicamente.

Si se siguen al pie de la letra las indicaciones interpretativas de Raz, según las cuales el intérprete debe atenerse al sentido textual y explícito del lenguaje normativo (la intención mínima del legislador), su pretensión de que las “razones excluyentes” constitucionales orienten la discrecionalidad del intérprete parece vana. Son sobrados los ejemplos de insuficiencia del criterio textual y literal para determinar el sentido de términos constitucionales como “dignidad”, “honor” y “libertad”, en las prácticas constitucionales más enraizadas como, por ejemplo, la norteamericana. Si a esto se suma el hecho de que, como el propio Raz advierte, estas mismas normas constitucionales son normas

⁴³ *Ibidem*, pp. 161 y 162.

de reconocimiento que directa o indirectamente forman parte de todo razonamiento interpretativo judicial, debería concluirse que Raz no ha logrado diferenciarse seria y eficazmente los sistemas de discreción absoluta.

Podría alternativamente entenderse que Raz no proyecta sobre las normas constitucionales aquellas reglas interpretativas y que entiende, en cambio, que el intérprete puede determinar el sentido de estas razones excluyentes superando el sentido literal de los términos y concentrándose en la finalidad de las normas. Esta interpretación se acomoda mejor a la tesis de Raz de que las normas constitucionales son instancias de “no-exclusión” de la moral. Pero teniendo en cuenta lo dicho acerca de que los principios constitucionales se proyectan sobre todo el derecho ordinario y, por tanto, deben ser tenidos en cuenta para la determinación del sentido de cualquier norma jurídica, Raz tiene otro problema, casi tan grave como el anterior: a los efectos prácticos no ha logrado inmunizar a las “razones excluyentes” de las “razones dependientes”.

Recapitulando, Raz pretende distinguir un sistema institucionalizado de un sistema de discreción absoluta. En el primero, los intérpretes no pueden determinar de acuerdo a su propio criterio las situaciones normativas concretas, sino que deben hacerlo de acuerdo con normas jurídicas previas que establecen de modo excluyente las razones para actuar. Y aunque en algunos casos que aquí denominamos “de indeterminación jurídica” estas razones excluyentes abren un espacio para la discreción interpretativa, la discreción opera siempre dentro de los márgenes interpretativos de las mismas u otras razones jurídicas excluyentes.

En el resto de los casos, donde las razones excluyentes se encuentran objetivamente cerradas a las elecciones interpretativas, el sistema manda a los intérpretes a determinar la situación normativa en el único sentido mandado. El sistema prevé, sin embargo, que puede existir un margen, no de indeterminación, sino de incertidumbre y, por tanto, de error. Frente a esta posibilidad cierta de error, el sistema elige de antemano qué interpretación debe prevalecer, aún cuando pueda ser errada.

Este esquema presenta dos aporías de difícil solución. Si se siguen las reglas interpretativas propuestas por Raz para un sistema “excluyente”, éste no puede diferenciarse seriamente de un sistema de discreción absoluta. Si en cambio estas reglas se matizan o flexibilizan, dando entrada a las razones dependientes para orientar la discreción interpretativa en los casos de indeterminación jurídica, la propuesta de Raz no logra diferenciarse seriamente, no ya del positivismo incluyente sino de la “lectura moral” de Ronald Dworkin.⁴⁴

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES ES INCOMPATIBLE CON LA CREATIVIDAD INTERPRETATIVA

Ni Raz ni Waluchow pretenden lo imposible: a saber, que las normas jurídicas utilicen invariablemente un lenguaje unívoco, referible a una clase de casos identificable sin otro auxilio que un manejo adecuado del idioma; que las normas se refieran a todos los casos jurídicamente relevantes; y, finalmente, que estas últimas no sean contradictorias entre sí. Ambos admiten, al igual que su predecesor común Hart, que el lenguaje jurídico es muchas veces (y es bueno que lo sea por su función de regulación genérica) abierto, y que la incursión de la valoración extra-jurídica en la interpretación y en la aplicación del derecho es directamente proporcional a esta apertura del lenguaje. Admiten

⁴⁴ Comparar una crítica análoga, apuntando a la difícil conciliación entre la idea de “razón excluyente” como razón que se basta por sí misma para guiar conductas, y la simultánea aceptación por parte de Raz de que los sistemas jurídicos poseen espacios de creatividad judicial. Véase Seoane, J. A., “El concepto de derecho. La teoría del sistema jurídico”, en Seoane, J. A., y Rivas, P. (autores), *El último eslabón del positivismo jurídico*, Granada, Comares, 2005, pp. 145 y ss. Con una crítica más severa, señalando que la pobreza de la teoría de la interpretación en Raz muestra la falta de aplicabilidad práctica de su propuesta conceptual, Rivas, P., “El fundamento del derecho. El problema de la autoridad”, *ibidem*, p. 145.

también que el sistema puede ofrecer más de una respuesta para una misma situación o que puede no ofrecer ninguna. Admiten, finalmente, que junto a estas tres situaciones de indeterminación jurídica (pluralidad de respuestas, contradicción y silencio o laguna), existen otras muchas situaciones jurídicamente determinadas donde, aunque el sistema ofrece una respuesta jurídica única, el intérprete no es capaz de advertirlo y, de hecho, elige entre esta solución jurídica única y otras opciones morales (no jurídicas).

El rechazo al formalismo como única alternativa interpretativa compatible con la tesis de las fuentes sociales es, pues, común a las dos vertientes positivistas. ¿En qué difieren entonces? Mientras que Waluchow entiende que los razonamientos morales interpretativos y aplicativos del derecho pueden en algunas prácticas conceptualizarse como “derecho”, Raz rechaza enfáticamente esta conclusión.

Desde un punto de vista lógico, la diferencia práctica más relevante entre ambas posiciones debería situarse en el grado de discrecionalidad del que goza el intérprete jurídico en uno y otro caso. Si la interpretación “moral” del derecho no es bajo ningún punto de vista “derecho” (Raz), entonces el derecho poco y nada (más bien nada) tiene para decir acerca de la corrección de esta interpretación (por no hablar de validez).⁴⁵ Si las interpretaciones

⁴⁵ Raz distingue explícitamente entre la validez o invalidez de las normas, y la corrección o incorrección de las interpretaciones jurídicas en un doble sentido: a) una interpretación incorrecta de una norma válida en nada afecta —desde un punto de vista conceptual— a esta validez normativa general; b) una interpretación autoritativa incorrecta de una norma puede ser vinculante a pesar de su incorrección. *Cfr.* Raz, J., *op. cit.*, nota 39, p. 156. En este sentido, podría hablarse de una norma individual inválida (no cumple con las condiciones de validez estipuladas en las normas de reconocimiento) pero vinculante. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ofrece varios ejemplos de un “uso alternativo” de uno u otro camino en el empleo de la razonabilidad (razonabilidad de la ley y razonabilidad de la interpretación). *Cfr.* al respecto a Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco, 2008, *passim*.

morales son o pueden ser también jurídicas (Waluchow), entonces el sistema “controla” —o al menos se propone controlar— la decisión del intérprete, y en esta misma medida se acota o restringe su discrecionalidad.

Esta diferencia práctica no se manifiesta, sin embargo, en las teorías de la interpretación propuestas por uno y otro autor. Por empezar, ambos coinciden en condicionar el modo de interpretación a las reglas de reconocimiento existentes en cada práctica. Si estas reglas priorizan la interpretación literal o la sujeción a la intención “mínima”, la interpretación correcta será, en la práctica pertinente, la literal. Si las reglas de reconocimiento acogen un método teleológico, entonces el intérprete podrá avanzar desde las palabras hacia los fines de la norma. Waluchow entiende que este método interpretativo finalista, teleológico o liberal es la puerta de entrada del razonamiento moral en el derecho. Raz, por su parte, no se detiene a explicitar si una interpretación teleológica o finalista coincide o no con lo que él denomina “espacios de no exclusión” de la moral en el derecho.

En cualquier caso, tanto uno como otro coinciden en que la dosis de razonamiento moral o valoración admisible en la interpretación del derecho está siempre controlada por la o las reglas de reconocimiento.⁴⁶ Sin embargo, también deben ser interpretadas las reglas de reconocimiento que indican qué tipo de interpretación es válido en una práctica y cuánta valoración metajurídica es admisible. Y si no se quiere regresar al infinito, en algún momento habrá que preguntarse, con independencia de las reglas de reconocimiento existentes en cada práctica, qué tipo de interpretación es más coherente con la tesis de las fuentes sociales.

La solución es, una vez más, común a ambos autores, y podría enunciarse del siguiente modo: aunque las normas de reconoci-

⁴⁶ Esta ausencia de proyecciones prácticas en la discusión incluyentes-excluyentes fue señalada críticamente, entre otros, por Rivas, P., *op. cit.*, nota 12, pp. 11-16 y por Finnis, J., “Natural Law: The Classical Tradition”, en Coleman, J., y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, p. 13.

miento pueden incorporar criterios axiológicos de validez cuyo sentido no puede determinarse sin el auxilio de un razonamiento moral, el juicio acerca de la existencia de una norma de reconocimiento es un juicio fáctico y a-valorativo acerca de los hechos (una costumbre jurídica) que le dieron origen.

Esta última aserción es especialmente importante para la conceptualización del positivismo *qua* positivismo. Si en algo consiste el positivismo, es en afirmar que el derecho es el derecho que *es*, no el que *debería* ser. Y esta afirmación, huelga decirlo, descansa sobre otra igualmente básica o fundamental: es posible identificar el derecho que *es* con un juicio empírico, no valorativo.

Se aprecia aquí con toda su fuerza la importancia que tiene la distinción que propone Raz entre el razonamiento jurídico “sobre el derecho” y “de acuerdo a derecho” para la solidez de ambas versiones del positivismo. Si también la determinación de la existencia del derecho descansa sobre un razonamiento mixto, moral y jurídico, la tesis de las fuentes sociales se habría diluido por completo.

Por esto mismo, también Waluchow distingue tanto conceptual como existencialmente entre la “identificación” de una norma de reconocimiento y su “interpretación”. Desde el punto de vista descriptivo o conceptual, la identificación de la existencia del derecho sería un juicio sociológico, avalorativo, consistente en reportar la existencia de una costumbre social. La interpretación de su contenido, en cambio, sería el producto de una actividad interpretativa que puede, en algunos casos, incluir razonamientos morales. Desde el punto de vista existencial, Waluchow afirma que un juicio puede ser realizado en forma independiente del otro o, lo que es lo mismo, que es posible identificar el derecho sin interpretarlo.⁴⁷

Esta preocupación por distinguir tan enfáticamente entre la actividad intelectual tendiente a determinar la existencia del de-

⁴⁷ Waluchou, W., “In Pursuit of Pragmatic Legal Theory: the Practice of Principle by Jules Coleman”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 15, 2002, pp. 141-150.

recho y la interpretación de su contenido, muy probablemente reposa sobre la convicción de que toda interpretación es necesariamente teleológica y, como tal, creativa. Dejando por ahora en suspenso esta consideración, corresponde preguntarse si efectivamente es posible predicar la existencia del derecho sin interpretarlo y, además, sin interpretarlo teleológicamente.

Asumiendo que el juicio acerca de la existencia de una regla de reconocimiento emana de la observación del obrar judicial, el contenido de este juicio podría desdoblarse en los siguientes sub-juicios: *a)* en distintos y relativamente recurrentes casos, distintos jueces dijeron lo mismo; *b)* quisieron decir lo mismo (intención lingüística), y *c)* quisieron establecer la misma regla con “lo que dijeron” (intención pragmática).⁴⁸

El primer subjuicio *a)* “el tribunal X y el tribunal Y dijeron lo mismo” podría fundarse en una observación y descripción avalorativa en caso de identidad lingüística total entre los enunciados normativos que se supone que conforman la regla de reconocimiento en cuestión. Así, si en diversas ocasiones una o diversas autoridades utilizan como criterio de validez una norma del tipo “todo ciudadano tiene derecho a la vida”, podría decirse que en cada una de esas ocasiones la autoridad “dijo lo mismo”.

La costumbre de citar normas constitucionales en los sistemas con Constitución escrita, así como la costumbre de citar textual-

⁴⁸ La distinción entre estos tres subjuicios está tomada de Moore, M., “A Natural Law Theory of Interpretation”, *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985, p. 339. Se trata, sin embargo, de una distinción que ha devenido clásica en el análisis del lenguaje, a partir de la teoría Austin de los actos del habla “performativos” o realizativos, entendidos como aquellos que no se proponen describir sino generar un estado de cosas nuevo. En nuestro caso, generar o ratificar una obligación legal. Véase, Austin, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. de Carrio G. y Rabossi, E. A., Paidós, 1981, pp. 45 y ss. Estas tres dimensiones de análisis del lenguaje aparecen también con algunas variaciones, en otra obras clásicas, como Carnap, R., *Introduction to Semantics*, Cambridge, Mass., 1948, pp. 9 y ss., y Russel, B., *An Inquiry in to Meaning and Truth*, Londres, Unwin Paperbacks, 1980, p. 27.

mente precedentes en los sistemas no escritos, parece sugerir *prima facie* que para la mayoría de los casos este sub-juicio acerca de la identidad de expresiones puede ser a-valorativo. Claro que quedan en el camino todas aquéllas pretendidas normas de reconocimiento que emanan de una constatación no de identidad sino de semejanza de normas, pues el juicio acerca de la semejanza es un juicio que excede el estrecho campo de lo fácticamente constatable.⁴⁹

Supongamos por el momento que el positivismo está dispuesto a pagar el costo de esta exclusión, e identifica como normas de reconocimiento únicamente aquéllas que se aplican recurrentemente por los tribunales con una idéntica formulación lingüística. Aun así, parece necesario avanzar desde el plano textual al plano intencional para afirmar que existe la costumbre de utilizar una norma de reconocimiento *x*.

Una regla de reconocimiento no se constituye en tal por el mero hecho de que exista la costumbre de pronunciar unas palabras o emitir enunciados, sino por el sentido que se le da a estas palabras y por el efecto que se espera que produzcan esas palabras sobre las relaciones de los sujetos a los que se dirigen. El derecho no es un juego de sonidos o grafismos sin sentido, sino la práctica de vincularse mediante normas, y no es posible vincularse mediante normas si quienes pronuncian las palabras no pretenden *mandar algo*, y aquellos a quienes se dirigen las palabras no pueden comprender, o al menos se ven a sí mismos en la obligación de comprender, el sentido de lo *mandado*. Hay costumbre de aplicar una norma de reconocimiento *x*, expresada en las palabras *s*, cuando hay costumbre de entender que las palabras *s* mandan *x*. De lo contrario, todo lo que puede afirmarse

⁴⁹ Comparar una exposición clásica de este argumento, que no desarrollaré aquí, en Lombardi Vallauri, L., *Corso di filosofia del diritto*, Padua, Cedam, 1995, pp. 95 y ss. *Cfr.*, asimismo, Kaufmann, A., *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1976, p. 40.

es que en una comunidad existe la costumbre de repetir el sonido de ciertas palabras.⁵⁰

En otras palabras, predicar la existencia de una norma de reconocimiento, es predicar la existencia de una costumbre arraigada de entender que un mandato *X* (la norma de reconocimiento) es obligatorio o vinculante en un sistema *Y*. ¿Qué parte de esta costumbre puede describirse de un modo puramente fáctico? Quizá la parte que se refiere a los hechos físicos en que se *manifiesta* la costumbre: un número de legisladores levantando la mano para dar su aprobación, un tribunal reunido dando lectura a un fallo previamente firmado por la mayoría, etcétera. Sin embargo, lo que *constituye* la costumbre no es el hecho físico de levantar manos, ni el hecho físico de dar lectura a dictámenes que han obtenido la firma de la mayoría, sino el hecho social de que un grupo relevante de personas interprete (manifestado con el acto de levantar la mano para aprobar una norma, o de firmar una sentencia judicial) que *X* es obligatorio en *Y*, sobre la base de que otros sujetos han interpretado autoritativamente que *X* es obligatorio en *Y*.

Por ello, aunque Raz y Waluchow se esfuercen por probar lo contrario, el juicio acerca de la existencia de la regla de reconocimiento es indisoluble del juicio interpretativo sobre su contenido, lo cual exige avanzar desde el subjuicio *a)* “¿qué dijeron?”, hacia los otros dos subjuicios; *b)* ¿qué quisieron decir? y *c)* ¿qué quisieron mandar con lo que dijeron?”. El esfuerzo por distinguir entre el juicio sobre el contenido del derecho y el juicio sobre su existencia se asienta, quizá, en la íntima convicción de que nun-

⁵⁰ Explicando este punto respecto de Hart, Himma expresa que la convención que constituye las reglas de reconocimiento contiene un elemento de comportamiento (*behavioral*) consistente en la repetición de una misma conducta (el uso de una norma) por parte de la comunidad jurídica, y un elemento cognitivo, consistente en la aceptación de la norma en cuestión como criterio válido para regular conductas. *Cfr.* Himma, K. E., “Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, The Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States”, *The Journal of Law in Society*, vol. 4, 2003, p. 154.

ca resulta posible (y no meramente a veces, como supone Waluchow) establecer el qué de lo mandado *b*) y *c*), sin establecer el para qué. Y establecer el para qué, como Ronald Dworkin ha explicado lúcidamente en su *Derecho como integridad*, es siempre el resultado de una “lectura moral” del derecho.⁵¹

⁵¹ Francesco Viola y Giuseppe Zaccaría afirman, en sentido parecido, que lo que “existe” antes de la interpretación, no es una norma propiamente dicha, sino el acto de disposición a través del cual se da origen a la norma. *Cfr.* Viola, F. y Zaccaría, G., *op. cit.*, nota 2, p. 324. Aquí la crítica a la pretensión positivista de identificar el derecho sin interpretarlo se extiende también a la consecuente pretensión de distinguir entre existencia y contenido del derecho. Pues también la existencia del derecho se determina en función de lo mandado en otras normas que, a su vez, requieren ser interpretadas.