

## ALGUNAS RESPUESTAS A LOS CRÍTICOS

EUGENIO BULYGIN

Las respuestas que siguen abarcan los demás trabajos que fueron presentados en SADAF, y otros que fueron enviados posteriormente. No siguen el orden de los expositores, ni el orden en que redacté las respuestas. Más bien, aparecen en la forma elegida por el editor para adecuarlas a su distribución en los dos números de *Análisis Filosófico*. No queda excluida la posibilidad de que, al redactarlas, yo haya recurrido en primer término a aquellas críticas que me parecieron más destructivas, sin que esto implique que les haya atribuido a esos trabajos mayor importancia que a los demás. Agradezco a todos los autores su participación en este intercambio de ideas.

### **I. Claudina Orunesu y Jorge Rodríguez sobre el problema de la validez**

El trabajo de Claudina Orunesu y Jorge Rodríguez (en adelante OR) es un ejemplo de profundidad de análisis y de claridad expositiva. Es un placer tener críticos tan lúcidos.

El problema que ellos abordan es uno de los más importantes y difíciles de la teoría general del derecho. Se trata del problema del fundamento último del orden jurídico y de la validez de sus normas. Las dos teorías más conocidas que tratan este tema son las de la norma básica o fundante (Grundnorm) de Kelsen y de la regla de reconocimiento de Hart, que han sido intensamente discutidas y criticadas en los últimos (y no tan últimos) tiempos. OR hacen un excelente análisis de esta discusión y destacan mi participación, pero consideran que mi posición requiere ciertas precisiones. Esto seguramente es verdad, pero las precisiones que proponen OR no me parecen del todo convincentes. En lo que sigo trataré de articular mis dudas.

En un trabajo publicado hace más de veinte años (Bulygin 1991) he intentado caracterizar mediante una definición recursiva la noción de orden jurídico con cinco reglas que permiten en un número finito de pasos determinar si una cierta norma pertenece a un orden jurídico dado y con esto poder determinar el contenido de ese orden. La primera regla define el punto de partida, la constitución originaria, y las otras tres indican de qué manera pueden agregarse nuevas normas (reglas de admisión) o eliminarse las existentes (reglas de rechazo). La quinta regla establece

que las normas derivadas también forman parte del orden jurídico. El meollo de la cuestión está en la regla 1. Esta regla indica qué normas pertenecen a la constitución originaria (o la primera constitución histórica en la terminología de Kelsen) y lo hace por mera enumeración, sin exigir ninguna propiedad adicional, salvo la existencia de por lo menos una norma de competencia que autorice a un órgano a crear nuevas normas generales. Hasta aquí estamos de acuerdo. Los problemas comienzan con la regla 1, cuya importancia es obvia, ya que la constitución originaria es el punto de partida de toda la construcción y constituye la característica definitoria del orden jurídico concebido como una secuencia de sistemas de normas.

La regla 1 no es una norma de conducta. La he calificado alguna vez de “mera enumeración extensional” de las normas que integran la constitución originaria, lo cual merece el siguiente comentario de OR:

Esta regla no es una norma positiva, no se identifica con las normas originarias del sistema, sino que ella *determina* la pertenencia de esas normas originarias, donde “determina” tiene una función operativa o constitutiva, no simplemente un mero rol de reconstrucción teórica. La pregunta que parece pertinente formular es ¿por qué es necesaria la especificación de esta regla si, como vimos, a juicio de Bulygin una idea como la norma fundante kelseniana resultaría superflua en lo que concierne a la validez como pertenencia, puesto que la pertenencia de las normas originarias de un sistema jurídico no requería de ninguna justificación ya que lo integrarían “por definición”?

He aquí mi primera dificultad: no veo porqué la regla 1 ha de tener una función operativa o constitutiva. Si alguien preguntara qué enunciados pertenecen al sistema geométrico de Euclides, la respuesta obvia sería: el sistema de Euclides está formado por los axiomas, las reglas de inferencia y por todos los enunciados que puedan ser inferidos como teoremas a partir de esos axiomas mediante esas reglas de inferencia. Esto sería la formulación análoga a la regla 1. Y no veo que esto tenga el carácter operativo o constitutivo. Los axiomas forman parte del sistema por mera enunciación. Tan es así que cualquier cambio de los axiomas da lugar a otro sistema geométrico. El sistema de Hilbert se distingue del de Euclides por poseer solo cinco axiomas; en lo demás es idéntico al de Euclides. El mérito de Hilbert fue haber mostrado que algunos de los axiomas de Euclides no son independientes en el sentido de que pueden ser deducidos de otros. Las geometrías no-euclídeas (Lobachevsky, Bolyai, Gauss) se distinguen también por haber sustituido el axioma de las para-

lelas por otro axioma. Pero no veo necesidad alguna de una suposición adicional. La diferencia entre los sistemas geométricos y los sistemas jurídicos es que los primeros son estáticos, es decir, no sujetos a cambios, mientras que los segundos son dinámicos, esto es, cambian con el transcurso del tiempo. Pero tanto unos como otros no requieren ninguna suposición adicional. Solo tiene que especificarse el punto de partida y es esto lo que hace la regla 1.

En segundo lugar, no me es claro qué agregado propician OR. Por un lado, están de acuerdo conmigo en que las reglas de competencia o reglas que atribuyen potestades son reglas determinativas, pero agregan en seguida que “esa competencia solo cobra sentido si existen además ciertas prescripciones que especifican cuáles son las consecuencias normativas que se siguen de la existencia de una instancia válida de contrato y, en términos generales, de cualquier instancia válida de producción normativa”.

Esto parece implicar la necesidad de una norma de conducta, pues no puede haber consecuencias normativas sin una norma que las establezca. Como respuesta a este problema OR señalan que la atribución de competencia requiere, además de ciertas reglas determinativas que especifican las condiciones que deben satisfacer los actos normativos, también la “determinación de las consecuencias normativas que se siguen de tales actos (lo cual requiere normas de conducta, prescripciones)”.

En el caso de un contrato no basta con la determinación de las condiciones que deben darse para que haya un contrato válido (como la competencia de los contratantes, acuerdo de voluntades, etc.) sino que el contrato solo cobra sentido si existen además ciertas prescripciones que establecen qué consecuencias normativas se siguen de este contrato. Ahora bien, parecería que las consecuencias normativas se siguen de las cláusulas del contrato, y no de la mera existencia del contrato. Sin embargo, OR parecen creer que la competencia para contratar debe comprender la prescripción de obedecer las normas establecidas en el contrato.

Esto implica requerir para la existencia de un acto de creación normativa (ley o contrato), además del cumplimiento de los requisitos establecidos en las reglas determinativas, la existencia de normas prescriptivas que impongan el deber de obedecer las normas fijadas en ese acto normativo (ley o contrato). Tengo la impresión de que esa exigencia es superflua: no hace falta ninguna norma que establezca el deber de obedecer las normas legales o contractuales, pues la ley o el contrato mismo son los que fijan esos deberes. La vieja objeción de Alf Ross contra la idea de la norma que establece el deber de obedecer otras normas mantiene en mi opinión su fuerza. Tomemos el ejemplo de un contrato de compraventa: el comprador tiene la obligación de pagar el precio y el vendedor

debe entregar el objeto vendido. ¿Cómo se cumplen estos deberes? Pues pagando el precio y entregando el objeto vendido. ¿Y cómo se cumple la norma que obliga a obedecer las normas establecidas en el contrato? Pues pagando el precio y entregando el objeto vendido. No hay ninguna conducta específica que corresponda a la obligación genérica de obedecer el contrato. Por lo tanto, sostiene Ross, el deber de obedecer las normas del contrato (o de una ley) solo tiene sentido si se trata de un deber distinto del deber jurídico, por ejemplo, un deber moral. Pero sostener que todo acto de creación de normas jurídicas implica el deber moral de cumplir las obligaciones jurídicas es difícil de reconciliar con el positivismo jurídico que Kelsen dice profesar. En realidad, se parece mucho a la teoría de Alexy, según la cual, todo acto de creación de normas jurídicas conlleva la pretensión de corrección moral. Y esto parece claramente incompatible con el positivismo jurídico. En esto coincido con Alf Ross.

En tercer lugar, mis amigos OR, no contentos con exigir normas de conducta que establezcan el deber de obedecer las normas legales o contractuales, sostienen que tratándose de la validez como pertenencia,

de todos modos se requiere de una regla conceptual que permita interpretar al primer acto de prescribir como la creación de una norma válida. Una regla semejante no existe como regla positivamente dictada por nadie, pero ¿no deberíamos presuponerla para poder considerar válida en el sentido de perteneciente al sistema, a la primera constitución histórica?

Mi respuesta a esta pregunta es claramente negativa. Es la regla 1 la que dice que la primera constitución pertenece al sistema y no ve ninguna necesidad de una nueva suposición.

En definitiva no sé si en la opinión de OR hace falta agregar a mi esquema definicional una norma de conducta o una regla determinativa o ambas. En la duda prefiero abstenerme de todo agregado. Esto no quiere decir que insisto obstinadamente en no modificar mi posición, sino solo que las modificaciones propuestas por OR no me convencen del todo.

## **II. Cristina Redondo sobre el positivismo normativista**

Durante la exposición oral de Cristina en SADAF tuve la impresión de no entender nada de lo que decía, lo cual atribuí a mi precario estado de salud, debido a la ingestión de cantidades industriales de antibióticos. Mantenía la esperanza de que pudiera entender al menos buena parte al leer la versión escrita. Pero mi primera lectura resultó aún

más decepcionante: tenía la impresión de que Cristina criticaba —con abundancia de términos no definidos y poco comprensibles (como “patrón constitutivo de base”) y de definiciones persuasivas (“proposiciones normativas auténticas”)— a un autor que guarda un muy escaso parecido conmigo, pues le atribuía cosas que nunca he sostenido. Recién con la tercera lectura el panorama se aclaró un poco. Sigo pensando que hay varios malentendidos, pero tengo la impresión de que, aclarados estos últimos, no quedarán demasiadas discrepancias entre nosotros.

El comienzo del trabajo es muy prometedor y su descripción de lo que llama “punto de partida” es impecable. Acepto gustosamente el rótulo de positivismo normativista que Cristina me endilga y coincido totalmente en que este se caracteriza por sostener una tesis compleja que rechaza dos tipos de reduccionismo: por un lado, “que las normas jurídicas existan o sean válidas, en el mismo sentido en que suele admitirse que existen o son válidas las normas morales, i.e. en modo absoluto y con independencia de nuestros comportamientos y actitudes. Por otra parte, rechaza también que ellas no existan o sean reducibles a hechos empíricos.”

En efecto, para alguna versión del positivismo normativista que yo comparto con Kelsen, las normas jurídicas son entidades abstractas, contenidos significativos, no reducibles a hechos empíricos, pero cuya existencia se debe a ciertas conductas y actitudes humanas. Se puede dar muchos ejemplos de tales entidades. Las novelas de Stendhal o de Tolstoi indudablemente existen, pero no son entidades empíricas. Sin embargo, su existencia se debe a ciertos hechos empíricos: pensamientos, sentimientos, emociones y movimientos de manos al escribirlas de los autores mencionados. Si no existieran Stendhal y Tolstoi no existirían esas novelas. En esto se diferencia de otras entidades no empíricas, como los triángulos o el teorema de Pitágoras. Estas entidades existen con total independencia de lo que ocurre en el mundo. Aunque no existiera Pitágoras seguiría existiendo el teorema que lleva su nombre.

Pero acto seguido se hacen una serie de afirmaciones más que dudosas. Se atribuye al positivismo “una concepción constructivista y, por lo tanto, relativista de las normas jurídicas”, una opción que, según Cristina, “no está disponible”. Yo creo que mi posición, con independencia de los oscuros calificativos de “constructivista” y “relativista”, es perfectamente disponible, tan disponible que es muy parecida a la de Cristina misma. El parecido se torna patente tan pronto eliminamos ciertos prejuicios. Entre estos prejuicios está la infundada idea de que las proposiciones normativas, cuya lógica fue esbozada por primera vez por Alchourrón y sobre las cuales he escrito bastante, no son “auténticas” y son “reduccionistas”, es decir, versan exclusivamente sobre hechos empíricos. En cambio, las

auténticas versan sobre los deberes, es decir, sobre las normas. Ni Alchourrón, ni yo jamás hemos sostenido que las proposiciones normativas versan sobre hechos históricos (actos de creación normativa). Obviamente versan sobre normas, más exactamente sobre el hecho de que una norma (positiva, esto es, creada por actos o actividades humanas) establece una obligación, una prohibición o una permisión. Lo único que he negado es que existan hechos normativos con independencia de actos humanos, en el mismo sentido en que Mackie niega la existencia de hechos normativos objetivos.

A continuación transcribo algunas frases de Cristina con mis comentarios, que pueden servir de ejemplos del malentendido:

a) “Puede conjeturarse que una de las principales razones por las cuales Bulygin rechaza la posibilidad de auténticas proposiciones normativas es que ellas implican el colapso de la dicotomía hecho-valor y la admisión de hechos normativos.”

Como ya dije, me importa muy poco el colapso de la dicotomía que nunca he defendido y nada tengo contra los hechos normativos, siempre que no sean independientes de las normas positivas.

b) “Admitir que un deber o una norma jurídica existen –si no se tiene una concepción reduccionista de los deberes o normas jurídicas a hechos empíricos– es equivalente a admitir un hecho normativo”.

Estoy totalmente de acuerdo, siempre que no se trate hechos objetivos en el sentido de Mackie.

c) “Para un positivista el conocimiento de normas jurídicas es conocimiento de entidades abstractas, contenidos conceptuales normativos, pero no es el conocimiento de entidades absolutas, independientes de actitudes y comportamientos humanos.” No podría estar más de acuerdo. Entonces, ¿en qué estamos en desacuerdo?

## Post scriptum

Acabo de recibir otra versión de la contribución de Cristina. Si bien no contiene grandes novedades, es, sin embargo, aclaratoria de algunas formulaciones que me parecieron confusas por no haberlas entendido. Esto requiere algunos comentarios.

1) Cristina me atribuye una dicotomía que no sostengo: la dicotomía entre entidades ideales, cuya existencia no depende de ningún hecho empírico y entidades reales, cuya existencia se agota en ciertos hechos empíricos. Como ya lo expliqué en mi respuesta a Caracciolo, yo creo que hay entidades que no son empíricas, como, por ejemplo el *Hamlet* de Shakespeare, cuya existencia depende de hechos empíricos. Por consiguien-

te, estoy de acuerdo en que se trata de una falsa dicotomía, lo que no entiendo es por qué me la atribuye Cristina. Como yo distingo “entre la existencia de normas jurídicas y la existencia de hechos empíricos que dan lugar a la existencia de normas jurídicas” (cita textual de Cristina), no veo porqué me acusa de ser reduccionista

2) Cristina me atribuye el uso de enunciados internos, o realizados desde el punto de vista interno. Quisiera aclarar que en mi teoría no hay cabida para tales enunciados. Solo hablo de enunciados que Hart y otros califican de internos.

3) Cristina sigue insistiendo en “patrones constitutivos de base” y yo sigo sin entender a qué se refiere.

4) Cuando yo niego la existencia de hechos normativos, me refiero a hechos objetivos que hacen verdadera una norma, como, por ejemplo, “¡No matarás!”. No creo, efectivamente, que tales hechos existan (en esto coincido totalmente con Mackie 1990), pero ahora resulta que Cristina, en coincidencia conmigo, tampoco cree en tales hechos. Dice Cristina: “...una teoría positivista está en perfectas condiciones para explicar en qué consisten los enunciados jurídicos internos que identifican deberes, prohibiciones o permisos jurídicos, y cuya verdad o falsedad está determinada por un tipo específico de hechos normativos: *la existencia de normas jurídicas*.” (El destacado es mío). Salvo la palabra “internos”, estoy totalmente de acuerdo con esta afirmación. Pero la existencia de normas jurídicas depende, en mi concepción (que Cristina califica correctamente como normativista y positivista) o bien de actos humanos de ordenar o permitir (es lo que yo llamo “systemic existence”) o bien, de ciertos actos de seguir una norma (“factual existence as formulation”) (Bulygin 1999, pp. 237-244). Lo único que queda excluido es lo que llamo “normative validity”, pues entonces no sería positivista. Resumiendo, la existencia de normas jurídicas depende de hechos empíricos y no hay hechos normativos objetivos (supra o extraempíricos).

### III. Ulises Schmill y las diferentes clases de normas

Con gran placer y orgullo he leído el trabajo de mi viejo amigo Ulises Schmill (lo de viejo se refiere a la amistad y no a la edad). Su participación en este simposio de SADAF, aunque a distancia –pues no pudo concurrir personalmente – constituye para mí un gran honor.

No es mucho lo que puedo decir acerca de su contribución. Me parece correcta su reconstrucción de las principales ideas de Kelsen respecto de la norma jurídica y orden jurídico y como comparto en gran medida su admiración por el maestro de la Teoría Pura, no encuentro mucho pun-

tos de disidencia, salvo algunos relativamente poco importantes. Uno se refiere a su uso de esquemas o fórmulas un tanto oscuras que, como él mismo dice, no son fórmulas matemáticas, ni ecuaciones, ni tampoco (agregaría yo) fórmulas lógicas. Tuve alguna dificultad para entender sus esquemas conceptuales, pero esto es un punto menor.

Más importante me parece la ausencia de una discusión crítica de algunas tesis dudosas de Kelsen, como por ejemplo la idea de que todas las normas contienen una cláusula alternativa tácita que permite a la autoridad destinataria de una norma jurídica a seguir lo prescripto por la norma que lo faculta o no. Esa cláusula alternativa se refiere tanto al procedimiento, como al contenido prescripto (y ¿por qué no al órgano mismo?), diciendo que para crear una norma se debe usar el procedimiento fijado en la norma que le otorga competencia o cualquier otro y las normas que dicte deben tener un contenido determinado o cualquier otro. Como ya señalara en su momento Roberto Vernengo en un artículo publicado hace ya más de 50 años y que luego fue repetido en múltiples ocasiones por otros autores (entre ellos por mí<sup>1</sup>), esta cláusula que, según Kelsen, está implícita en toda norma jurídica, tiene consecuencias tan desastrosas para la Teoría Pura que la hace insostenible (Vernengo 1960). Por eso propuse eliminar esa doctrina para preservar la teoría de Kelsen. Me hubiera gustado saber qué opina el maestro Schmill sobre este tema.

El objetivo central del trabajo de Schmill es “establecer la unidad conceptual entre las llamadas normas regulativas y las normas de competencia”. Para lo cual ofrece “un esquema del orden jurídico que comprende tanto a las normas regulatorias como a las de competencia, estableciendo la unidad entre ambas clases de normas”.

No veo claramente qué entiende el maestro Schmill por “unidad conceptual”. El título de su trabajo: “¿Existen dos clases de normas: regulatorias y de competencia?” parece sugerir una respuesta negativa: no hay dos clases de normas, porque “las normas regulatorias son una parte de las normas de competencia”. Sin embargo, esta impresión es engañosa: claramente para Schmill, como para Kelsen, hay varios tipos de normas que son bien distintas: normas que atribuyen facultades para crear otras normas (empowering norms, Ermächtigungsnormen) y normas que obligan, prohíben o permiten una cierta conducta en determinadas circunstancias. Estos dos tipos de normas son claramente diferentes. Lo que muestra el trabajo de Ulises es que en la teoría de Kelsen (o tal vez,

<sup>1</sup> Bulygin (1995), especialmente mis réplicas a Sandro Nannini (pp. 309-311) y a Juan Ruiz Manero (pp. 311-313).



más precisamente, en una determinada reconstrucción de esa teoría) las normas regulatorias aparecen como formando parte de las normas de facultamiento. Pero esto no prueba que no haya diferencia entre estos dos tipos de normas: las normas regulatorias establecen obligaciones, prohibiciones o permisos, es decir, regulan conductas, mientras que las normas de competencia otorgan facultades para crear nuevas normas y para derogar normas existentes. El mismo Schmill lo confirma al decir que “hay facultades de ejercicio obligatorio o de ejercicio prohibido”. La pregunta es ¿cómo se puede convertir en obligatorio o prohibido el ejercicio de una facultad si no es por medio de una norma regulativa? Lo cual muestra claramente que en el derecho hay (por lo menos) dos tipos de normas diferentes: las que otorgan competencias y las que regulan conductas. Aun admitiendo que sea verdad –como lo sostienen Kelsen y mi amigo Ulises– que las normas regulatorias forman parte de las normas de competencia, esto no prueba que no sean normas diferentes. Los conceptos de acto antijurídico y de deber jurídico forman parte de las normas jurídicas, pero son conceptos diferentes entre sí y distintos del concepto de norma jurídica.

#### IV. Jan Sieckmann sobre normas condicionales

Jan Sieckmann plantea un problema muy complicado: la representación de las normas condicionales. Aduce una serie de consideraciones interesantes sobre las dos concepciones que Alchourrón llamó, en su momento, “concepción puente” y “concepción insular” y dirige algunas críticas a la interpretación de Hugo Zuleta, críticas que no voy a analizar, pues considero que Zuleta es bien capaz de defenderse por sí mismo y no necesita ayudantes. A continuación Sieckmann hace una serie de interesantes consideraciones sobre normas y principios y expone su teoría de principios.

No estoy en condiciones de abocarme a la difícil tarea de analizar el valor comparativo de estas dos concepciones, ni tampoco evaluar las teorías que distinguen entre principios y normas, pero no puedo dejar de señalar algunos puntos que me parecen un tanto dudosos, en especial, la afirmación de que la concepción puente requiere la consistencia del sistema. Dice Sieckmann: “La concepción puente es defendible *cuando se presupone en perspectiva ontológica un mundo normativo que consiste de hechos empíricos bien definidos y compatibles entre sí*. Es como un mundo paralelo al mundo empírico, que tiene básicamente las mismas características y estructuras lógicas, como representadas por la lógica proposicional y la lógica de predicados.” En base a esto Sieckmann con-

cluye que “la concepción deductivista entiende la lógica deóntica y la ontología que ella presupone de esa manera, es decir, un *mundo normativo bien ordenado y definitivo*. Y es comprensible que no se encuentre ningún mundo normativo que cumple con estas características. La consecuencia es una posición escéptica acerca de la existencia de normas.” (Los destacados son míos)

No alcanzo a comprender por qué dos normas contradictorias, una que prohíbe una conducta ( $p \rightarrow O\sim q$ ) y otra que la permite ( $p \rightarrow \sim O\sim q$ ), no puedan coexistir en un sistema normativo. Es cierto que las normas contradictorias son prácticamente inútiles, pues no sirven para guiar conductas, pero esto no es un argumento para negar la posibilidad de su existencia. Y tampoco veo por qué esto ha de conducir al escepticismo y la negación de la existencia de normas.

## V. Horacio Spector sobre enunciados internos

El trabajo de mi amigo Horacio Spector aborda tres temas, relacionados con la cuestión de las lagunas del derecho, de los que el tercero me parece especialmente importante.

El primer tema se refiere a los enunciados jurídicos. Spector dice que Alchourrón y Bulygin (en lo sucesivo AB) son positivistas y reduccionistas en la medida en que los enunciados jurídicos, mediante los cuales se describe el derecho son para AB descriptivos y no normativos. Acepto gustosamente el calificativo de positivista, pero tengo algunos reparos respecto de la calificación de “reduccionista”. No sé si la posición de AB es tan distinta de la de Hart. Es cierto que los enunciados internos de Hart son prácticos y, por lo tanto, en algún sentido normativos, pero no creo que los enunciados mediante los cuales se describe el derecho sean normativos. Los enunciados internos de Hart son usados por los operadores jurídicos (jueces, abogados, litigantes, etc.) para formular pretensiones, exigencias, críticas, consejos, aprobaciones, etc. (Hart 1961) pero no para describir el derecho. Este tema fue analizado en dos trabajos míos (Bulygin 1981, 1982), en los que llegué a la conclusión de que para Hart el derecho solo puede ser descrito mediante enunciados externos que registran no solo las regularidades de conductas, sino también el aspecto interno de las reglas (son los que Hart llama el tercer tipo de enunciados externos, Hart 1961, p. 244, nota a la p. 86). De modo que si limitamos nuestra atención a los enunciados que se usan para describir el derecho (caso típico de los enunciados de la ciencia jurídica, que he denominado “enunciados teóricos”) Hart es tan reduccionista como AB. Y no puede ser de otro modo, dada su insistencia en la posibilidad de una descripción no valo-

rativa del derecho<sup>2</sup>: mal puede efectuarse tal descripción usando enunciados valorativos.

El segundo tema trata la noción de solución normativa, que ha sido analizada *ad nauseam* en *Sistemas normativos* (tal es el título en la nueva edición de Astrea del viejo libro que hace casi medio siglo escribimos con Carlos Alchourrón). No creo que aquí haya una discrepancia genuina con Spector; me parece, más bien, que hay un pequeño malentendido. Horacio plantea el problema de saber si las tautologías deónticas, como “Pp v P-p” o “-Pp v Pp” no pueden cerrar los sistemas normativos, aunque sea parcialmente. Yo creo que la respuesta es categóricamente negativa. La razón es muy sencilla: las normas y las soluciones (que no son más que una especie de normas) regulan conductas y una norma o solución tautológica o contradictoria es compatible con cualquier conducta y, por consiguiente, no regula nada. De modo que la eliminación de soluciones tautológicas y contradictorias no es una “decisión meramente definicional” como dice Horacio, sino que está impuesta por el concepto de norma.

Por último, está el tercer tema de Spector. Este consiste en una reinterpretación de Raz que evita o, más bien, pretende evitar la conclusión de mi trabajo sobre el silencio del derecho, a saber, que hay una laguna cuando el derecho guarda silencio, es decir, no regula una conducta. Este tema está íntimamente conectado con el primero, porque Horacio sostiene que los enunciados jurídicos de Raz, a diferencia de las proposiciones normativas de AB, son internos en el sentido de Hart y por lo tanto son normativos y no descriptivos.

Creo que aquí también hay un malentendido. Consideremos la siguiente cita de Spector:

Es importante notar que los enunciados normativos de Bulygin son enunciados externos. Los enunciados deónticos o prácticos de Raz son enunciados internos. Raz dice muy claramente que “la relación entre el enunciado de una fuente y el correspondiente enunciado jurídico no es identidad de significado sino la que media entre fundamento y consecuencia” (65). Es cierto que el lenguaje de Raz a menudo es engañoso porque equipara “hay una razón concluyente para  $\Phi$ ” y “el derecho concluyentemente requiere  $\Phi$ ”, y la segunda forma sí parece una proposición normativa. Creo que esta equiparación engañosa llevó a Eugenio a considerar que los enunciados internos de Raz son idénticos en significado a las proposiciones normativas, cuando Raz dice que esto no es así.

<sup>2</sup> “Description may still be description, even if what is described is an evaluation.” (Hart 1994, nota a la p. 86, p. 244).

Estoy de acuerdo con que mis enunciados normativos son externos, pero no estoy tan seguro de que los enunciados deónticos o prácticos de Raz sean internos en el sentido de Hart. Si bien puede ser que Horacio tenga algo de razón al decir que no son idénticos en significado a las proposiciones normativas, no cabe duda alguna de que son equivalentes, porque así como una proposición normativa requiere para ser verdadera que se haya dado un hecho social que dé lugar a una norma (un acto legislativo, un precedente, una costumbre, un contrato), también la verdad de un enunciado práctico que dice que el derecho requiere o exige una cierta conducta presupone la existencia de un hecho social y, curiosamente, un hecho social del mismo tipo que en el caso de una proposición normativa. No necesito sostener que haya identidad de significado, pues el que lo hace es el mismo Raz. ¿Qué dice un enunciado de razón para actuar (un enunciado práctico de Raz)? Dice que el derecho requiere la realización de una conducta. Y ¿qué dice un enunciado deóntico que expresa una proposición normativa es decir, un enunciado teórico? Que el derecho requiere la realización de una conducta. Y es Raz el que dice que ambos tipos de enunciado significan lo mismo.<sup>3</sup> Y como tanto los enunciados prácticos (que Raz califica de internos), como los enunciados deónticos (teóricos) míos son verdaderos o falsos respecto de un sistema jurídico en las mismas condiciones (cuando se da el mismo hecho social que los origina), no veo ningún argumento de peso contra mi equiparación de ambos tipos de enunciados. Por consiguiente, si mis enunciados son externos, los enunciados de Raz tampoco pueden ser internos en el sentido de Hart. Es cierto que Raz inventó una nueva categoría de enunciados que son internos y (al mismo tiempo) descriptivos: son los *detached legal statements*. No voy a entrar en su análisis, pues considero que se trata de un claro caso de confusión entre lógica y psicología y me remito al excelente artículo de Luis Duarte D'Almeida publicado hace poco en *Law and Philosophy* (Almeida 2011).

Dice Spector que “una diferencia fundamental entre el lenguaje de las proposiciones normativas y el lenguaje de los enunciados de razones es que el primero admite la contradicción deóntica y el segundo la rechaza.” Es cierto que Raz dice esto, pero como no aduce ninguna razón que justifique esa afirmación, considero que se trata de otro *lapsus linguae* de Raz. No veo por qué no puede haber dos exigencias del derecho incompatibles: si se dieron dos hechos sociales (por ejemplo, se dictaron dos leyes

<sup>3</sup> “Statements of the form  $LRx, \Phi$ , i.e. there is a legal reason for  $x$  to  $\Phi$  (*which mean the same* as “Legally  $x$  ought to  $\Phi$ ”, “It is the law that  $x$  ought to  $\Phi$ ”) are true, according to the sources thesis, because of the existence of a source, i.e. an appropriate social fact...”. (Raz 1979, p. 65, el destacado es mío).

incompatibles), habrá dos razones para actuar incompatibles. Máxime que Raz admite que puede haber lagunas provenientes de conflictos no resueltos: "...legal gaps are not only possible but, according to the sources thesis, inescapable. They arise, however, when the law speaks... with many voices (unresolved conflicts)" (Raz 1979, p. 277).

Por consiguiente, mantengo –y no por mera terquedad– todo lo dicho sobre el silencio del derecho y sigo considerando que Raz incurre en errores rayanos con la contradicción, que sería un pecado imperdonable en un lógico.

## VI. Hugo Zuleta acerca de la dinámica del derecho

Hugo Zuleta lanza un formidable ataque contra la caracterización del orden jurídico como secuencia temporal de sistemas jurídicos, que son concebidos como conjuntos de normas momentáneos, es decir, referidos a un momento temporal determinado. La distinción entre orden y sistemas fue elaborado, como es sabido, por el tándem Alchourrón-Bulygin (AB) para dar cuenta del carácter dinámico del derecho. Zuleta reconoce que es "adecuado recurrir a secuencias de sistemas jurídicos para explicar el uso de la noción de orden jurídico", pero sostiene: 1) que no es necesario postular condiciones no extensionales para las secuencias y 2) que no es adecuado identificar el orden jurídico con una secuencia.

Nuestra propuesta pretendía solucionar el problema del carácter dinámico del derecho, es decir, el cambio del derecho en el tiempo que afecta su contenido, pero no su identidad. En otros términos, si bien el contenido del derecho cambia al crearse o eliminarse alguna de sus normas, el derecho sigue siendo el mismo. El derecho argentino de ayer sigue siendo el mismo derecho hoy, aunque algunas de sus normas se hayan cambiado. Para dar cuenta de este fenómeno propusimos distinguir entre sistema jurídico como un conjunto de normas y orden jurídico como una secuencia temporal de sistemas. De esta manera, el derecho, entendido como una secuencia de sistemas puede perdurar en el tiempo sin perder su identidad, aun cuando su contenido sea diferente en distintos momentos.

La principal objeción de Zuleta a esta propuesta es que una secuencia no es más que un conjunto de sistemas y entonces el problema reaparece: si el orden es un conjunto de sistemas y el conjunto es definido extensionalmente, entonces todo nuevo sistema que se agregue a la secuencia da lugar a un conjunto distinto, es decir, a una secuencia diferente y tenemos no una, sino tantas secuencias como cambios de normas. Por lo tanto el orden no conserva su identidad y se convierte en otro orden.

La crítica de Zuleta está bien argumentada, pero después de una noche insomne encontré que no era tan demoledora como me pareció en el primer momento. Creo que a Zuleta se le escaparon algunos detalles importantes.

1. En primer lugar, cabe observar que no todos los conjuntos pueden ser definidos extensionalmente mediante la enumeración de sus elementos, porque hay conjuntos cuyos elementos no son enumerables, como los conjuntos abiertos que requieren una caracterización distinta. Por ejemplo, el conjunto de los gatos solo puede ser definido mediante la indicación de las propiedades que debe reunir un objeto para formar parte de ese conjunto (v.gr. animal mamífero, vertebrado, carnívoro, que maúlla y caza ratones). El caso del orden jurídico caracterizado como una secuencia de sistemas presenta el mismo problema, pues se trata de una secuencia abierta hacia el futuro (salvo el caso de órdenes históricos que ya han perdido vigencia).

En la definición que propusimos con Alchourrón la identidad del orden jurídico depende de la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia, es decir, como correctamente dice Hugo, se define por el criterio de legalidad. De esta manera, mientras no cambien esos criterios se trata de la misma secuencia, aun cuando su contenido sea distinto. Ahora bien, esos criterios de identificación están fijados en la constitución originaria (o, como dice Kelsen, en la primera constitución histórica). La constitución originaria es la que contiene normas que establecen la competencia de los órganos creadores de las normas generales. Por consiguiente, el orden jurídico es la secuencia que se origina en la constitución originaria, o dicho de otro modo, es la secuencia de todos los sistemas que contienen la constitución originaria. Esta constitución puede ser cambiada, si prevé un procedimiento para su cambio, pero todo cambio no previsto en sus normas (como en el caso de una revolución, un golpe de estado o una declaración de independencia) implica el fin de la secuencia y comienzo de otra. Por lo tanto, el criterio intensional definitorio del orden jurídico es la identidad de la constitución originaria o, lo que es lo mismo, la identidad de los criterios de identificación de los sistemas perteneciente a ese orden. Por supuesto, la aplicación de los mismos criterios en diferentes momentos temporales, conduce —obviamente— a resultados diferentes. En esto consiste el carácter dinámico del derecho.

2. En segundo lugar, Zuleta señala correctamente que si el orden es concebido como un conjunto de sistemas cuyos elementos son normas, entonces “la mayor parte de las oraciones en que típicamente aparece la expresión ‘orden jurídico’ en el uso común de los juristas, no solo son fal-

sas, sino que incurren en un error categorial, como si se afirmara que el conjunto de los pájaros vuela”. Esto es cierto, pero solo muestra que tales expresiones como “el orden jurídico argentino permite el divorcio vincular” o “prohíbe la pena de muerte” son en realidad oraciones elípticas referidas tácitamente a un momento temporal dado. Tomadas literalmente tales expresiones carecen de valores de verdad y solo son verdaderas o falsas cuando se refieren a un sistema determinado de ese orden como, por ejemplo, el sistema vigente en el momento actual.

Por otra parte, la caracterización de la existencia de una norma en un orden en términos de pertenencia de la norma a –al menos– un sistema perteneciente a ese orden, lejos de ser una mera metáfora, indica precisamente el carácter elíptico de las oraciones frecuentemente usadas por los juristas (de la forma “la norma N pertenece al orden jurídico O”) a lo que ya me he referido. Es obvio que la relación de pertenencia solo puede darse entre una norma y un sistema o entre un sistema y un orden y no entre una norma y un orden, entendido como secuencia de sistemas. Es verdad que en distintos trabajos referidos a este tema hubo un cierto descuido terminológico, pues a veces hablamos de “pertenencia de una norma a un orden jurídico”. Sin duda, es preferible hablar de la existencia de una norma en un orden.

3. Dice Zuleta: “el error, en mi opinión, consiste en suponer que para explicar la dinámica del derecho es necesario encontrar alguna entidad que conserve su identidad a través de los cambios”. En consecuencia, cree que “no es necesario sostener que hay una entidad nombrada por esa expresión” y que “es suficiente dar definiciones contextuales, es decir, traducir las oraciones en que figura esa expresión a otras en que no aparece”. Cabe entonces preguntar, dice Hugo, ¿para qué sirve la noción de orden jurídico como secuencia de sistemas?

Creo que su función principal es distinguir entre distintas secuencias, es decir, entre órdenes jurídicos diferentes. Una cosa es el orden jurídico argentino originado en la constitución de 1853 (“orden constitucional”) y otra muy distinta es el orden instaurado por el golpe militar de 1976 (“orden militar”). Son órdenes jurídicos distintos porque son distintas sus constituciones originarias (la constitución de 1983 y la proclama militar de 1976). En el primero el órgano competente para dictar normas generales es el Congreso, en el segundo, la Junta Militar. Sin perjuicio de que compartan una buena cantidad de normas (Código Civil, Código de Comercio, etc.) son distintas secuencias de sistemas y, por lo tanto, distintos órdenes jurídicos, que han sido vigentes en el mismo territorio en tiempos diferentes.

## Bibliografía

- Almeida, L. D. D' (2011), "Legal Statements and Normative Language", *Law and Philosophy*, 30, (2), pp. 167-199.
- Bulygin, E. (1981), "Enunciados jurídicos y positivismo. Respuesta a Raz", *Análisis Filosófico*, 1, (2), pp. 49-59.
- (1982), "Norms, Normative Propositions, and Legal Statements", en Fløistad, G., *Contemporary Philosophy. A New Survey*, vol. 3: *Philosophy of Action*, La Haya, Martinus Nijhoff. Traducción al castellano: "Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos", en Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1991), "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, pp. 257-278.
- (1995), "Some Replies to Critics", en Gianformaggio, L. y Paulson, S. L. (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giapichelli.
- (1999), "Existence of Norms", en Meggle, G. (ed.), *Actions, norms, values: discussions with Georg Henrik von Wright*, Berlín, Walter de Gruyter, pp. 237-244.
- Hart, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- (1994), *The Concept of Law (with a postscript)*, Oxford, Oxford University Press. 2ª edición.
- Mackie, J. L. (1990), *Ethics. Inventing Right and Wrong*, Londres, Penguin.
- Raz, J. (1979) *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press.
- Vernengo, R. J. (1960), "La función sistemática de la norma fundamental", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1, pp. 207-225.