

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2006

PONENCIAS EN SANTIAGO I

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 24 / 2006



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (†) (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2006

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 24
2006

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, y del Mar. Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I.S.S.N. — 0716 — 7881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2006

PONENCIAS EN
SANTIAGO I

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2005 - 2007)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés, Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín García-Huidobro Correa, Fernando Quintana Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci, y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

En 2004, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tuvo lugar la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en la que participaron ponentes de ambos países. Dos años más tarde, en 2006, con el auspicio de la Vicerrectoría Académica de la Universidad Diego Portales y de la Facultad de Derecho de esa misma universidad, tuvo lugar la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Este número 24 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reproduce la ponencia inaugural de la Jornada de 2006, a cargo de Ernesto Garzón Valdés, y las 12 ponencias hechas en sesiones plenarias. Incluye también las palabras que Miguel Orellana Benado, Pablo Ruiz-Tagle y Agustín Squella dijeron en la ceremonia de clausura de la Jornada, momento en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social materializó el reconocimiento como Socios Honorarios a Roberto Torretti, Carla Cordua y Ricardo Guibourg.

De las ponencias presentadas en las sesiones plenarias no se incluye aquí la de Fernando Atria, la cual, con una mayor extensión y en forma de libro, fue publicada en 2007 ("Mercado y ciudadanía en la educación", Flandes Indiano, Santiago).

Al final de este número 24 se incluyen las nuevas normas editoriales de nuestra publicación, las cuales regirán a partir del número 26, correspondiente a 2008.

En cuanto al número 25, correspondiente a 2007 y que aparecerá a comienzos de 2008, incluirá las 27 ponencias hechas en sesiones de comisiones de la mencionada Segunda Jornada Chileno Argentina de

"Un crimen tal lesiona en verdad a todos los Estados del mundo y a cada uno de sus ciudadanos. Pues afecta la norma inicial de todo derecho, la prohibición del uso de la fuerza. Esta no es una norma cualquiera del derecho internacional sino que es su fuente, la condición de su posibilidad como derecho. El razonamiento de algunos internacionalistas acerca de la actual 'emergencia' de una nueva norma que permite la guerra preventiva, es decir, la guerra de agresión, es una ceguera teórico-jurídica"³¹.

Según Robbins, cierta clase de juicios de valor, especialmente los de naturaleza ética, debían ser desterrados del campo de la economía. Las comparaciones interpersonales de utilidad, que habían sido consideradas como fundamentales por los teóricos de la economía de bienestar de orientación utilitarista, fueron calificadas por Robbins como "normativas" o "éticas" y, por lo tanto, como "no científicas".

Asumía así una actitud que se apartaba claramente de una tradición filosófica cuyos orígenes se remontan a la filosofía griega, concretamente a Aristóteles, y que, durante el siglo XIX, había tenido representantes tan ilustres como Jeremy Bentham, John Stuart Mill y Henry Sidgwick.

Por cierto, ambas son ciencias normativas en el sentido de que se ocupan de normas; pero, el sistema normativo de la moral es estático mientras que el del derecho es dinámico, es decir, requiere para la creación de sus normas actos volitivos dirigidos a la persecución de fines o a la realización de valores que escapen a todo intento de justificación universalmente válida.

Una visión diferenciada de los procesos de decisión que imponen los conocimientos neurobiológicos [...] sustituiría la conflictiva imputación de 'libertad' graduada y responsabilidad a través de procesos conscientes e inconscientes y abriría un ámbito desprejuiciado para el juicio y evaluación de comportamientos 'normales' y 'desviados'.

31. Reinhard Merkel, "Was Amerika aufs Spiel setzt" en *Die Zeit*, del 13 de marzo de 2003, pág. 41.

PONENCIAS EN PLENARIAS

límites u obstáculos a la averiguación procesal de la verdad. También es cierto que hay limitaciones a la obtención de ese fin que se relacionan con el propio marco del proceso judicial que, por ejemplo, circunscribe la actividad probatoria a un lapso temporal determinado. Sin embargo, lo que me interesa destacar es que *no hay una diferencia estructural* entre la aproximación judicial a la verdad y la aproximación en otros ámbitos en que los esté en juego la averiguación de la verdad empírica sobre eventos particulares o sobre generalizaciones a partir de casos particulares.

Si bien el concepto de verdad (si suponemos la noción de verdad como correspondencia) es absoluto o no contextual, la aceptación o el tener por verdadera una proposición fáctica sobre eventos particulares o sobre generalizaciones a partir de casos particulares es, en todo caso, un acto cuya justificación es contextual o relativa a los elementos de juicio disponibles. Así ocurre en el ámbito de la investigación científica, donde las teorías se encuentran por eso siempre expuestas a refutación. Así ocurre en el ámbito de la historia. Y así ocurre también con las declaraciones judiciales de hechos probados (aunque por razones de certeza jurídica no admitan, salvo en limitadas circunstancias, refutación futura en el contexto de un proceso judicial).

Esa dependencia del contexto introduce un elemento de incertidumbre en esa clase de juicios empíricos, pero esa incertidumbre no ha impedido la articulación de modelos para su racionalización. Especial significación poseen en este sentido los modelos probabilísticos basados en esquemas de confirmación de hipótesis. Ellos podrían representar también una vía promisorio que recorrer en la búsqueda de los criterios de racionalidad que precisen las condiciones de suficiencia de los elementos de juicio aportados al proceso para aceptar una proposición como verdadera²³.

23. En el mismo sentido cfr. Cohen, L. J., *The probable and the probable*, Oxford U. Press, Oxford, 1977, pp. 44 ss., Taruffo, M., *op. cit.*, pp. 223 ss. y 241 ss., Gascón Abellán M., *op. cit.*, pp. 173 ss.

EL PROBLEMA DE LA OBJETIVIDAD EN LA MORAL Y EN EL DERECHO

EUGENIO BULYGIN *

1. Objetividad

El tema de la objetividad en el campo normativo es muy complejo y discutido. Como primera medida hace falta precisar qué concepto o conceptos de objetividad están en juego aquí. Cabe, en primer lugar, distinguir con Brian Leiter entre la objetividad epistémica y la objetividad metafísica¹. La objetividad epistémica consiste en la exigencia de que nuestros procesos de conocimiento sean libres de prejuicios y otras distorsiones. La objetividad metafísica consiste en representar las cosas como son verdadera u objetivamente.

Andrei Marmor² define la objetividad metafísica como una relación entre una proposición y un objeto existente en el mundo, descrito por ella. Una proposición descriptiva es objetiva en este sentido si y sólo si representa la realidad tal como es, con independencia de nuestras opiniones. Esta caracterización de la objetividad descansa en dos presupuestos: en primer lugar sólo proposiciones descriptivas

* Universidad de Buenos Aires.

1. B. Leiter, "Introduction" en B. Leiter (ed.) *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, 2001.

2. A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford 2001, 112-134.

pueden ser objetivas y segundo, presupone la teoría de la verdad por correspondencia en la tradición Aristóteles –Tarski– Davidson. Pero como subraya Marmor, la objetividad metafísica no debe confundirse con el realismo: este último implica la existencia de una realidad objetiva ontológicamente independiente de nuestro conocimiento, pero el objetivismo metafísico no pretende tanto; objetos culturales o sociales pueden ser metafísicamente objetivos, aun cuando no sean ontológicamente independientes de nuestro conocimiento.

En este trabajo me concentraré sobre la objetividad metafísica en ese sentido. Es importante subrayar que este concepto de objetividad está conectado conceptualmente con la verdad.

2. *Objetividad en la moral*

Cabe distinguir, en primer lugar, entre la moral ideal o crítica y la moralidad positiva. Esta última es el conjunto de juicios morales que prevalecen de hecho en un grupo social determinado en un tiempo dado. Por "moral ideal" entenderé el conjunto de juicios morales, cuya validez no depende de actitudes, creencias o aceptación de ningún individuo.

El problema de la objetividad de la moral se plantea respecto de la moral ideal y es la pregunta acerca de la posibilidad y el alcance de las normas morales verdaderas.

Aquí cabe distinguir entre dos grandes corrientes en la filosofía moral: el cognitivismo y el no cognitivismo. El cognitivismo moral consiste en sostener que hay normas morales verdaderas. Si se acepta la teoría de la verdad por correspondencia, esto implica que hay hechos morales que hacen verdaderas tales normas. Esta es la posición del *realismo moral*. Para el realismo moral las normas o principios morales no son prescripciones, no dicen qué se debe hacer u omitir, sino descripciones de hechos de un cierto tipo: los *hechos normativos*. La necesidad de postular la existencia de hechos normativos es —como se ha encargado de mostrar John Mackie³— el punto débil del realismo moral.

3. J.L. Mackie, *Ethics. Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, New York 1977.

Por cierto no faltan teorías que sostienen la objetividad de normas morales, sin presuponer el realismo moral⁴. Pero esta posición implica el abandono de la teoría de verdad por correspondencia y su reemplazo por alguna otra forma de la verdad, normalmente se trata de la verdad por coherencia. En estas teorías la objetividad está dada por algún tipo de acuerdo⁵. No voy a analizar aquí esta variedad de objetivismo moral.

El objetivismo moral enfrenta dos tipos de problemas: un problema epistémico y un problema conceptual. El problema epistémico consiste en que no existe un método generalmente aceptado para determinar cuándo una norma moral es verdadera. Cuando hay desacuerdos morales profundos (por ejemplo, en los temas como el aborto, la eutanasia, la pena de muerte) ambas partes en discusión invocan normas morales que pretenden ser objetivas, pero no hay manera de determinar cuál de esas normas incompatibles es verdadera⁶. Hay muchas formas en los que se ha tratado de superar este problema, pero tengo la impresión de que ninguna es totalmente satisfactoria.

Al segundo problema, de índole conceptual, que consiste en la dificultad de conciliar la existencia de hechos morales con la idea de autoridad legítima que puede imponer deberes genuinos, me referiré más adelante al tratar la objetividad en el derecho.

Las teorías que niegan que las normas en general y las normas morales en particular puedan ser calificadas como verdaderas o falsas se agrupan bajo el rótulo de no-cognitivism ético. Para estas teorías los enunciados morales como "x es bueno" carecen de valores de verdad, pues son expresiones de actitudes emocionales (valoraciones) y no proposiciones.

4. Cfr. por ejemplo, J.J. Moreso, "En defensa del positivismo jurídico inclusivo" en P.E. Navarro y M.C. Redondo (compiladores), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona 2002, 93-116.

5. Cfr. C.S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford 1991.

6. Cfr. P. Comanducci, "Las conexiones entre el Derecho y la Moral", ponencia presentada en XVIII Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Córdoba 2004.

En una de sus últimas obras, Georg Henrik von Wright⁷ analiza dos tipos de oraciones valorativas: 'Me gusta x' y 'x es bueno'. El primer tipo puede ser usado por una persona tanto para afirmar que ella valora positivamente x, como para expresar su valoración de x. En el primer caso, la oración expresa una proposición verdadera o falsa, en el segundo caso, no afirma nada, sino que expresa una valoración, es decir, una actitud de aprobación o desaprobación. El segundo tipo ('x es bueno'), en cambio, sólo puede ser usado, según von Wright, para expresar valoraciones.

"El uso normal de las oraciones como 'Esto es bueno, bello, excelente' es para valorar... 'Esto es bueno' sólo puede ser usado para expresar la valoración del sujeto de la cosa en cuestión... Por lo tanto, 'Esto es bueno', que sólo puede ser usado valorativamente, tampoco es de la forma (lógica) sujeto-predicado. Esto me parece un caso notable en que la forma gramatical de una oración no refleja su forma lógica"⁸.

Von Wright llama la atención sobre la similitud entre juicios de valor y normas: "Así como las valoraciones son expresiones de *emociones* (de aprobación o desaprobación), se puede decir que las normas expresan la *voluntad* (personal o impersonal) del legislador o de la autoridad normativa de que se observen ciertas reglas de conducta. Las valoraciones tienen por lo tanto un fundamento *emotivo* y las normas un fundamento *rolitivo* en la vida del hombre o en la 'naturaleza'"⁹.

Von Wright señala que las oraciones normativas son característicamente ambiguas, pues pueden ser usadas tanto para expresar órdenes, prohibiciones o permisos, como para afirmar que ciertas normas (órdenes, prohibiciones o permisos) existen, esto es, han sido dictadas por una autoridad normativa. En esto se parecen a las oraciones valorativas del tipo 'Me gusta x'.

Contrariamente a von Wright, creo que también las oraciones valorativas del tipo 'x es bueno' pueden ser usadas —al igual que las

7. G. H. von Wright, "Valuations — or How to Say the Unsayable", *Ratio Juris* 13, (2000), 347-357.

8. V. Wright, 352.

9. G. H. von Wright, 354.

oraciones normativas— de dos maneras: para expresar una valoración o para afirmar una proposición verdadera o falsa. Así como cabe distinguir entre el uso primario de los predicados normativos (prohibido, permitido, obligatorio) que consiste en prescribir (prohibir, permitir u ordenar) una conducta y su uso secundario o descriptivo que consiste en afirmar que ciertas conductas están prohibidas, permitidas u obligatorias, de acuerdo a un conjunto de normas o sistema normativo, también se puede distinguir entre el uso primario de los predicados valorativos como bueno, correcto, justo, etc. que consiste en valorar y su uso secundario en enunciados que no expresan valoraciones (aprobación o desaprobación), sino proposiciones fácticas verdaderas o falsas. Tales proposiciones afirman que la cosa en cuestión satisface las pautas o los criterios valorativos de una cierta comunidad o grupo social, sin que el hablante endose tales valoraciones. Este uso descriptivo de predicados valorativos es secundario en el sentido de que presupone la existencia de valoraciones, pero no expresa una valoración. Cabe hablar de *proposiciones axiológicas* para distinguirlas de los *juicios de valor*, en estrecha analogía con la distinción entre proposiciones normativas y normas¹⁰.

3. Objetividad en el derecho

La distinción entre moral ideal y moral positiva se refleja en el campo jurídico en la distinción entre el derecho natural y el derecho positivo. Es obvio que el derecho natural es metafísicamente objetivo en el sentido de que sus normas son —diría que por definición— objetivamente verdaderas o válidas. Pero la existencia del derecho natural es materia de discusión. La vieja polémica entre los jusnaturalistas y los positivistas versa justamente sobre el derecho natural, cuya existencia los primeros afirman y los últimos niegan. No voy a analizar aquí esta polémica. Me interesa, en cambio, el problema de la objetividad del derecho positivo (cuya existencia nadie niega).

10. Cfr. C.E. Alchourrón y E. Bulygin, "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico" en *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, 303-328.

¿En qué sentido se puede decir que las normas del derecho positivo son objetivas? Cabe distinguir aquí entre dos conceptos de objetividad, que siguiendo a Ricardo Caracciolo llamaré *objetividad empírica (OE)* y *objetividad normativa (ON)*¹¹. Por un lado, las normas jurídicas positivas dependen de la existencia de ciertos hechos, a saber, de los actos de promulgación de una autoridad jurídica (legislador, juez) o de una práctica social en el caso de las normas consuetudinarias. Como estos hechos son objetivos, cabe decir en consecuencia que también las normas que se originan en estos hechos son objetivas. Es lo que Caracciolo llama *objetividad empírica*. Pero ésta no es la objetividad que interesa al objetivista moral. Como dice Caracciolo:

"...para un objetivista, las condiciones de existencia de las razones que determinan los deberes últimos, esto es, de las razones morales, no puede reducirse a circunstancias empíricas: cuando se dice que son "objetivas" se utiliza otro sentido de ese término porque se pretende afirmar, precisamente, que la "validez" de un requerimiento de conducta (su condición de "razón para la acción") tiene que ser *independiente* de comportamientos, creencias, actitudes, deseos o intenciones de individuo alguno, incluyendo a los que componen una "autoridad"; es una cuestión que versa sobre "hechos normativos" y, por lo tanto, se refiere a una objetividad distinta que OE [objetividad empírica], una "objetividad normativa" (...ON)¹².

La conclusión que extrae Caracciolo es que:

"... el derecho, entendido como conjunto de requerimientos de conducta, que existe *sólo* porque existen ciertos hechos, no puede suministrar, en forma independiente, razones para actuar. O bien, el "deber" impuesto por una norma jurídica tiene el mismo contenido, i.e. requiere el mismo comportamiento que una norma moral y, entonces, la primera es redundante, o bien el requerimiento jurídico es incompatible

11. Cfr. R.A. Caracciolo, "La relevancia práctica de una autoridad normativa. El argumento de las razones auxiliares", *Análisis e Diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura de Paolo Comanducci e Ricardo Guastini, 1-20.

12. Caracciolo, 2-3.

con un deber moral. En este último caso, la "norma" jurídica no puede imponer ningún deber. No es, en verdad, norma alguna. Las directivas emitidas por una autoridad empírica tendrían que considerarse irrelevantes para lo que *objetivamente* se debe hacer..."¹³.

Creo que aquí hay que hacer una distinción. Las conductas que la autoridad empírica puede regular son de dos tipos: conductas reguladas por la moral como obligatorias o prohibidas y conductas moralmente indiferentes. Siempre quedaría la posibilidad para la autoridad empírica de regular éstas últimas, pero no podría regular las primeras. Esto implicaría que el legislador positivo sólo podría dictar normas jurídicas respecto de las acciones moralmente indiferentes (por ejemplo, el color de la tinta en los escritos judiciales, manejar por la derecha o por la izquierda, etc.), pero no podría dictar normas respecto de las conductas reguladas por la moral, ya que en tal caso sus normas serían superfluas o imposibles, es decir, en ambos casos su actividad sería inocua. Esto seguramente no coincide con lo que piensan los legisladores, los jueces y los juristas en general. Dudo incluso de que la mayoría de los jusnaturalistas —con la posible excepción de Michael Moore— aceptaría esta restricción.

Caracciolo analiza detenidamente algunos intentos de salvar la idea de una autoridad práctica, en especial, los de Kurt Baier y de Carlos Nino, basados en la distinción entre razones operativas y razones auxiliares y muestra elocuentemente el fracaso de esos intentos para concluir que:

"... el fracaso resulta de la exigencia según la cual, para que existan autoridades prácticas de carácter jurídico, se tienen que satisfacer *conjuntamente*, para todas las normas que emita una autoridad de ese tipo, dos condiciones *independientes*, el hecho de su promulgación (la satisfacción de la objetividad OE) y la adecuación a determinados contenidos (la satisfacción de la objetividad ON). Como esa exigencia es imposible de cumplir toda vez que la relación entre ambas condiciones sólo puede ser contingente, tampoco puede existir un deber objetivo de obediencia general, i.e. no puede haber autoridades legítimas"¹⁴.

13. Caracciolo, 3.

14. Caracciolo, 19.

Nada de eso afecta la posición positivista para la que todas las normas jurídicas positivas son meras prescripciones, no susceptibles de ser verdaderas o falsas. Para un positivista consecuente que admite las tesis de las fuentes sociales (las normas jurídicas se originan en hechos o actos humanos) y la tesis de la separación entre derecho y moral (no hay una conexión conceptual o lógica entre ambas esferas), el llamado problema de la normatividad del derecho es un pseudo-problema¹⁵. Lo que interesa es la identificación del derecho, para lo cual es fundamental la distinción a la que ya aludiera von Wright entre normas y proposiciones normativas.

4. Normas y proposiciones normativas

Si bien las normas jurídicas positivas carecen de valores de verdad, hay, sin embargo, un determinado tipo de proposiciones jurídicas que son descriptivas y por ende verdaderas o falsas. Y son objetivas, si son verdaderas. Siguiendo la terminología de von Wright las llamaré *proposiciones normativas*¹⁶.

El derecho consiste básicamente, pero no exclusivamente, de normas, es decir, de disposiciones que establecen que una cierta acción es obligatoria, prohibida o permitida en ciertas circunstancias. Esto significa que la función del derecho es primordialmente (aunque no exclusivamente) prescriptiva. Aunque las normas no sean ni verdaderas ni falsas, las proposiciones acerca de las normas que, por ejemplo, dicen que una determinada norma existe en (o pertenece a) un cierto orden jurídico o es válida o eficaz en ese orden, tienen valores de verdad: son verdaderas o falsas¹⁷.

15. Cfr. E. Bulygin, "¿Esta (parte) de la filosofía del derecho basada en un error?", *Doxa* 27, (2004) 15-26.

16. La distinción entre normas y proposiciones normativas fue introducida –por lo que sé– por G. H. Wright en su libro *Norm and Action* (1963) y desarrollada por Carlos E. Alchourrón en su artículo "Logic of Norms and Logic of Normative Propositions", *Logique et Analyse* 12, N° 47, 1969.

17. Para evitar malos entendidos cabe subrayar que las proposiciones normativas son descriptivas y no normativas en el sentido habitual de esta expresión. Sólo son normativas en el sentido de que versan acerca de normas.

La distinción entre normas y proposiciones normativas es de fundamental importancia en la filosofía jurídica y en la lógica de normas, pues su desconocimiento conduce a errores y confusiones¹⁸. Pero esta distinción permanece muchas veces oculta debido al hecho conocido de que en el lenguaje ordinario las mismas palabras, por ejemplo, "Prohibido fumar" o "Pedro debe pagarle 100 pesos a Juan", se usan tanto para expresar normas, como para formular proposiciones normativas. Pero su sentido, su estructura lógica y sus funciones son distintas. Las normas pueden ser válidas o inválidas, eficaces o ineficaces, pueden ser obedecidas o violadas, pero no son ni verdaderas ni falsas. Las proposiciones normativas son verdaderas o falsas, pero no pueden ser obedecidas ni violadas y no pueden ser calificadas como válidas o eficaces.

Lo que hace verdaderas a las proposiciones normativas son hechos sociales complejos, como acciones de determinadas personas (legislación, decisiones judiciales) o costumbres (prácticas) y que se componen en parte de hechos empíricos y en parte de convenciones sociales. En principio, es posible determinar si una proposición normativa es verdadera o falsa, si bien pueden surgir dificultades en casos concretos.

Para el positivismo jurídico el problema de la objetividad del derecho positivo es el problema de las condiciones de verdad de las proposiciones normativas. El derecho es objetivo en la medida en que puede suministrar respuestas verdaderas a las preguntas jurídicas. Típicas preguntas jurídicas son de la forma "La acción p ¿está prohibida (permitida, obligatoria) en las circunstancias q por el sistema jurídico S?" (donde "S" representa cualquier conjunto de normas jurídicas y no necesariamente todo un orden jurídico, como el derecho francés o chileno).

Las respuestas a tales preguntas son de dos tipos: positivas o negativas. Una respuesta es positiva si y sólo si el derecho determina unívocamente el status normativo de la conducta que nos interesa y es

18. Cfr. E. Bulygin, "Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos", en *Análisis Lógico y Derecho* cit. 169-193, y "G. H. von Wright and the Philosophy of Law" en I. Niiniluoto and R. Vilkkio (eds.) *Philosophical Essays in Memoriam Georg Henrik von Wright*, *Acta Philosophica Fennica* 77 (2005), 51-58.

negativa si no lo hace. Una respuesta positiva sería, por ejemplo, "Conforme al sistema S, p está prohibido (o permitido) en el caso q". Pero la respuesta puede también ser negativa. Las respuestas negativas son también de dos tipos: (1) "Conforme al sistema S, la acción p no está prohibida, ni permitida en el caso q" y (2) "Conforme al sistema S, p está prohibida y permitida en el caso q".

La primera respuesta es verdadera si S no contiene ninguna norma que se refiera a p en q. Si p no está prohibida, ni permitida en el caso q, se dice que el sistema tiene una *laguna normativa*. La segunda respuesta implica la existencia de una contradicción normativa en el sistema, pues para el caso q el sistema contiene por lo menos dos normas incompatibles.

La posibilidad de lagunas normativas y de contradicciones normativas es negada por muchos filósofos del derecho. Esto no es tan sorprendente en autores que creen en el derecho natural o en una conexión necesaria entre el derecho y la moral, como ocurre, por ejemplo, con Dworkin o Alexy. Pero en un filósofo del derecho de orientación positivista tal negación debería llamar fuertemente la atención. En efecto, cabe pensar a primera vista (pero sólo a primera vista) que las normas de derecho natural o los principios de una moral ideal deberían ser completos y consistentes. Pero sería más que sorprendente esperar tales perfecciones del derecho positivo, que es creado por el hombre y como toda obra humana puede ser defectuoso. Nada garantiza que las normas del derecho positivo sean siempre completas y consistentes. Ha de tomarse en cuenta que no se trata aquí de negar que un legislador sabio y cuidadoso pueda crear un sistema jurídico completo y consistente respecto de un cierto tema, sino de afirmar que todos los sistemas jurídicos (esto es, todos los conjuntos de normas) son necesariamente completos y consistentes. Esto suena totalmente fantástico y, sin embargo, famosos filósofos del derecho han sostenido esta tesis extravagante. Basta citar los nombres de Kelsen, Dworkin o Raz.

Hans Kelsen, probablemente el filósofo del derecho más importante del siglo XX, defendió durante mucho tiempo esa tesis y aunque admitiera al final de su vida la posibilidad de conflictos entre normas o contradicciones normativas, siguió sosteniendo que por

razones lógicas no hay lagunas en el derecho. Del mismo modo uno de los filósofos del derecho más destacado de la actualidad, Joseph Raz, si bien admite la posibilidad de contradicciones normativas, sigue creyendo que no hay lagunas normativas debidas al silencio del derecho¹⁹.

5. *Respuestas verdaderas vs. respuestas correctas*

Para un filósofo del derecho que distingue claramente entre la descripción y la evaluación del derecho no deja de resultar sorprendente que en la discusión actual sobre el problema de la objetividad del derecho se hable de respuestas *correctas* y no de respuestas *verdaderas*. No sólo Dworkin en su famoso artículo "No Right Answer?", sino también muchos otros autores, como Brian Leiter, David Brink, Andrei Marmor, etc., hablan de respuestas correctas y no de respuestas verdaderas. Leiter, por ejemplo, define la objetividad en los siguientes términos:

"El derecho es *metafísicamente* objetivo en la medida en que existen respuestas correctas a cuestiones jurídicas"²⁰.

¿Qué diferencia hay entre una respuesta verdadera y una respuesta correcta a una pregunta jurídica? Tengo la impresión de que esta diferencia terminológica oculta una confusión entre problemas descriptivos y valorativos. Una respuesta correcta no es una respuesta meramente verdadera, es una respuesta satisfactoria o buena. Y no es difícil descubrir cuándo una respuesta es considerada satisfactoria o correcta. Para ser correcta una respuesta tiene que informarnos sobre las obligaciones y derechos establecidos por un orden jurídico. Una respuesta negativa, como por ejemplo, "El sistema jurídico S nada dice sobre esta situación", aun siendo verdadera, no sería considerada como satisfactoria o correcta.

19. Cfr. J. Raz, "Legal Reasons, Sources and Gaps" en *The Authority of Law*, Oxford 1979 y mi crítica en "Legal Gaps", *Analisi e Diritto* 2002-2003, 21-28 y "El silencio del derecho", *Analisis Filosófico* XXII (2002), 103-114.

20. B. Leiter, op. cit. en la nota 1.

Como consecuencia de este desplazamiento del interés de la descripción del derecho a su evaluación, la objetividad es concebida como idéntica a la determinación. David Brink habla expresamente de "objetividad o determinación del derecho". El derecho es considerado objetivo si y sólo si es capaz de suministrar respuestas positivas a las preguntas jurídicas:

"A conception of law can be understood to be objective insofar as it represents in actual or hypothetical controversies as **determining a uniquely correct outcome**"²¹.

Es decir, el derecho es objetivo si y sólo si determina un resultado unívocamente correcto. Esto parece tener por consecuencia de que los sistemas normativos inconsistentes o incompletos no pueden ser considerados objetivos. ¡Es una forma muy extraña de concebir la objetividad!

6. *Objetividad y completitud del derecho*

Cabe distinguir aquí entre dos problemas que si bien están relacionados entre sí, son distintos y no deben confundirse. Una cosa es la objetividad del derecho y esto significa la posibilidad de formular proposiciones verdaderas acerca del derecho y otra muy distinta es la determinación del status normativo de una acción conforme a un sistema jurídico. Un sistema jurídico es objetivo en la medida en que suministra una respuesta verdadera a una pregunta jurídica; esta respuesta puede ser positiva o negativa: esto depende del contenido del sistema y nada tiene que ver con su objetividad. Un sistema incompleto (con lagunas) o inconsistente es tan objetivo como un sistema completo y consistente, pues podemos formular proposiciones verdaderas respecto de ese sistema, aunque éstas no serían "respuestas correctas" (right answers). Otra cosa es la determinación del resultado ("determinacy of the outcome" del cual habla Brink), es decir, el status normativo de una

21. D. O. Brink, "Legal Interpretation, Objectivity, and Morality", en B. Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, citado en nota 1.

acción que nos interesa. En el caso de una laguna normativa recibimos una respuesta negativa a la pregunta "¿p está prohibido o permitido en q?" Esta respuesta, que dice "p no está ni prohibido ni permitido en q", sería probablemente considerada insatisfactoria, pero es objetivamente verdadera, si el sistema jurídico en cuestión no determina el status normativo de p en el caso q. Algo similar ocurre en el caso de una regulación contradictoria, sólo que aquí la acción está sobredeterminada, por ejemplo, está prohibida y permitida por las normas del sistema. Las consecuencias prácticas son, sin embargo, similares: no está unívocamente determinado qué se debe hacer.

Esto nos obliga a distinguir entre una proposición *acerca del derecho* y una proposición acerca del status normativo de una acción *conforme al derecho*. La indeterminación de la segunda no implica la indeterminación de la primera. Un sistema jurídico que no determina si una acción está prohibida o permitida en determinadas circunstancias es tan objetivo como uno que lo hace. Dicho de otro modo, puede ser objetivamente verdadero que un sistema sea incompleto o contradictorio. Esto puede ser considerado como insatisfactorio, como un defecto del sistema, pero esto no afecta su objetividad.

7. *Determinación e interpretación*

Otro problema es la determinación de la interpretación que parece interesarle a Brink cuando habla de la objetividad:

"...debates about law's objectivity can be seen as debates about the extent to which legal interpretation is determinate"²².

El problema de la interpretación del derecho es demasiado complejo para poder ser abordado en este trabajo. Por eso, me limitaré a unas pocas observaciones.

En primer lugar, tenemos que distinguir entre normas y formulaciones de normas. Una formulación de norma es una entidad

22. "...las discusiones acerca de la objetividad del derecho pueden ser vistas como discusiones acerca de la medida en que la interpretación jurídica está determinada". D. Brink, op. cit. p.13 (nota 12).

lingüística puramente sintáctica, una oración, mientras que una norma es una oración interpretada, es decir, una expresión lingüística con su sentido. La interpretación de una formulación normativa consiste en adjudicarle un determinado sentido. De esta manera la interpretación puede ser considerada como el paso de una formulación normativa (un mero texto) a una norma. Este paso no siempre es exitoso, pues puede ocurrir (y ocurre con bastante frecuencia) que una formulación normativa sea ambigua. En tal caso no puede adjudicársele sin más un significado unívoco, pues no tenemos *una* norma, sino varias normas posibles y el intérprete tendrá que decidir cuál de estos significados ha de elegirse para ese texto. En muchos casos no hay criterios objetivos para esta decisión. Cuando la interpretación es indeterminada, no hay una respuesta verdadera a la pregunta de cómo está regulada por el derecho esa situación. Por lo tanto, en tales casos el derecho no es objetivo, mientras no se adopte una decisión. A veces es el mismo legislador que toma esa decisión mediante las llamadas definiciones legislativas²³, pero normalmente es una tarea que incumbe a los jueces.

Algunos filósofos del derecho opinan que la interpretación es siempre indeterminada, puesto que no hay significados verdaderos y, por lo tanto, el derecho nunca es objetivo. Esto es una de las tesis centrales de la llamada escuela de Genua²⁴. He discutido en otro lugar²⁵ esta opinión y me limitaré aquí a repetir brevemente mis argumentos.

Mi tesis es que todas las formulaciones de normas no pueden ser indeterminadas, pues entonces no habría normas. La prueba de esta tesis es una especie de *reductio ad absurdum*. Supongamos que el significado de todas las formulaciones de normas es siempre indeterminado. Supongamos, además, que el intérprete encuentra una formulación de

23. Muchos juristas consideran que las leyes no deben contener definiciones. Esto es un prejuicio infundado. Cfr. C. Alchourrón -E. Bulygin, "Definiciones y normas" en *Análisis lógico y derecho*, Madrid 1991, 439-464.

24. Sus representantes más importantes son Giovanni Tarello, Ricardo Guastini, Paolo Comanducci, Tecla Mazzarese y Pierluigi Chiassoni.

25. E. Bulygin, "True or False Statements in Normative Discourse", en R. Egidi (ed.), *In Search of a New Humanism*. Dordrecht-Boston-London 1999, 183-191.

norma p_1 que —conforme a la hipótesis— es ambigua, es decir, expresa varias normas posibles. Después de un cuidadoso examen de las posibles alternativas, el intérprete se decide por uno de esos significados. Pero como no tenemos otro acceso a los significados sino a través del lenguaje, nuestro intérprete tiene que proponer una nueva formulación. Llamémosla p_2 . Pero de acuerdo con nuestra hipótesis inicial, *todas* las formulaciones de normas son ambiguas; por lo tanto, también p_2 es ambigua y admite varios significados (esto es, normas) diferentes. El intérprete tiene que elegir uno de ellos y para eso tiene que proponer una nueva formulación de norma que también será ambigua y así al infinito. Por consiguiente, si todas las formulaciones de normas son ambiguas, todo lo que tenemos es una pluralidad de normas posibles, pero nunca una norma determinada. Cabe agregar que éste no es un problema jurídico o normativo: se trata de un problema del lenguaje. Es esencial que el lenguaje contenga algunas expresiones no ambiguas. Un lenguaje que no satisface esta condición es inútil como medio de comunicación. Esto no significa que ha de haber expresiones que son siempre unívocas, pero en un contexto determinado siempre ha de haber al menos algunas expresiones unívocas.

8. *La resolución de las controversias judiciales*

¿Cuál es la motivación para la concepción de la objetividad en términos de respuestas correctas en lugar de verdaderas? La razón básica está en mi opinión en que una respuesta negativa a una pregunta jurídica no sirve para justificar una decisión judicial. Los jueces tienen no sólo la obligación de decidir sobre las controversias sometidas a su conocimiento, sino también la de justificar sus decisiones mediante normas jurídicas.

Normalmente, una controversia judicial (al menos en el derecho civil; voy a descartar el derecho penal, aunque la situación es muy parecida) consiste en que el actor afirma que el demandado debe llevar a cabo una determinada acción y el demandado lo niega. Pero los sistemas jurídicos contienen sólo normas generales (leyes, códigos, normas consuetudinarias), que se refieren a clases o tipos de acciones y circunstancias, mientras que el juez ha de decidir un caso individual. El

juez debe decidir si el demandado tiene el deber de realizar la acción individual requerida por el actor. Para poder justificar su decisión el juez tiene que subsumir su caso individual bajo un caso genérico determinado por las normas generales²⁶. La subsunción sólo es exitosa si el sistema jurídico suministra un resultado unívocamente correcto ("a uniquely correct outcome") y esto significa que la respuesta ha de ser positiva, por ejemplo, "p es obligatorio en el caso q" o "la omisión de p está permitida en el caso q". Pero si el sistema contiene una laguna o una contradicción normativa, entonces p no está determinado en el caso q. El sistema jurídico no suministra una respuesta positiva y el juez no puede justificar su decisión mediante sus normas, esto es, no puede fundar su decisión en ese sistema²⁷. En estas situaciones no parece haber más que dos salidas: O bien aceptamos que nuestros sistemas jurídicos pueden ser defectuosos y, por lo tanto, el juez no puede fundar su decisión en el derecho, sino que tiene que recurrir a otros criterios (morales o políticos). Esto es lo que Hart llama discreción judicial. El juez crea una nueva norma y por ende actúa como legislador. (Naturalmente esta legislación judicial sólo ocurre excepcionalmente.) O bien negamos la posibilidad de que un sistema jurídico pueda tener defectos (como lo hace Dworkin). Pero en tal caso, para asegurar que el derecho sea completo y coherente tenemos que inyectar en él principios morales, de los que se supone que eliminan todos los defectos posibles del derecho positivo, es decir, llenan todas las lagunas y resuelven todas las contradicciones. Pero esto se parece mucho a una ilusión. No hay ninguna garantía de que el sistema resultante de incluir en el derecho normas morales resulte necesariamente completo y consistente. Por el contrario, parece muy plausible, como ya lo remarcará

26. Sobre la distinción entre casos y acciones individuales y genéricas cfr. G.H. von Wright, *Norm and Action* y Alchourrón-Bulygin, *Normative Systems*.

27. Cabe agregar que el problema de la indeterminación de un caso individual puede provenir también de una tercera fuente, a saber, la vaguedad o textura abierta de los conceptos relevantes que definen el caso genérico. Esto fue caracterizado en *Normative Systems* como laguna de reconocimiento.

Mackie²⁸ que el recurrir a normas morales introduciría aún más subjetividad en el derecho. Brian Leiter tiene razón cuando afirma:

"If... one thinks that adjudication is "objective" in the sense that there are objectively right answers to legal disputes, then it might seem a bad idea to make right answers in law depend on moral considerations, as Dworkin does"²⁹.

Russ Shafer-Landau argumenta convincentemente que no es en absoluto seguro que una teoría ética pueda ser construida como un conjunto coherente de reglas de las que puedan inferirse todas las decisiones morales.

La conclusión que cabe extraer de esta discusión es que la tesis de que siempre hay una respuesta correcta a una pregunta jurídica es falsa. Si puede haber respuestas verdaderas, pero éstas —si son negativas— no son satisfactorias y por lo tanto, no serían consideradas correctas. Pero esto no obsta a que el derecho positivo sea objetivo. En la medida en que es posible formular proposiciones normativas verdaderas acerca del derecho, el derecho positivo es objetivo. Pero se trata de lo que he llamado objetividad empírica; no hay tal cosa como la objetividad normativa de las normas jurídicas.

28. J. L. Mackie, "The Third Theory of Law" en Marshall Cohen (ed.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London 1983.

29. B. Leiter, "Objectivity, Morality, and Adjudication" en B. Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge 2001.