

RICCARDO GUASTINI

LA SINTAXIS DEL DERECHO

Traducción de
Álvaro Núñez Vaquero

Revisión de
Ester González Bertrán

Colaboración de
Camila Reyes Huentequero

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN. DOS APROXIMACIONES A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO (POSITIVO)	19
1. DERECHO Y JURISPRUDENCIA.....	19
2. LOS INSTRUMENTOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	20
2.1. La definición	20
2.2. La distinción entre enunciados empíricos y enunciados analíticos.....	21
2.3. La distinción entre lenguaje y metalenguaje	22
2.4. La distinción entre enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos.....	23
2.5. La distinción entre motivos y razones	24
3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO FILOSOFÍA DE LA JURISPRUDENCIA.....	25
4. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO LABORATORIO CONCEPTUAL.....	26

PRIMERA PARTE

LENGUAJE, NORMAS, DERECHO

CAPÍTULO I. USOS DE LA PALABRA «DERECHO»	31
1. DERECHO EN SENTIDO OBJETIVO	31

	Pág.
2. PARTICIONES INTERNAS DEL DERECHO OBJETIVO	32
3. DERECHO EN SENTIDO SUBJETIVO	33
4. AUTOMATISMO JURÍDICO	33
CAPÍTULO II. A PROPÓSITO DEL DERECHO Y LA MORAL.	35
1. «MORAL»	35
2. MORAL VS. DERECHO	36
3. ¿RELACIONES CONCEPTUALES?.....	37
4. RELACIONES FÁCTICAS	39
CAPÍTULO III. EL LENGUAJE DEL DERECHO	41
1. EL DERECHO COMO DISCURSO	41
2. PRAGMÁTICA DEL LENGUAJE PRESCRIPTIVO	42
3. SINTAXIS DEL LENGUAJE PRESCRIPTIVO	44
4. SEMÁNTICA DEL LENGUAJE PRESCRIPTIVO.....	45
5. EL DERECHO COMO DISCURSO PRESCRIPTIVO	46
CAPÍTULO IV. NORMAS	49
1. «NORMA JURÍDICA» EN EL USO COMÚN.....	49
2. LA NORMA COMO PRESCRIPCIÓN	50
3. LA NORMA COMO PRESCRIPCIÓN CON ESTRUCTURA CON- DICIONAL.....	51
4. LA NORMA COMO PRESCRIPCIÓN GENERAL.....	53
5. LA NORMA COMO PRESCRIPCIÓN ABSTRACTA	53
6. DISPONER VS. RESOLVER	55
CAPÍTULO V. VARIEDAD DE NORMAS	57
1. NORMAS EN SENTIDO GENÉRICO	57
2. FRAGMENTOS DE NORMAS	58
3. NORMAS CONSTITUTIVAS.....	59

	Pág.
4. NORMAS Y METANORMAS	60
5. NORMAS PRIMARIAS Y NORMAS SECUNDARIAS	61
6. NORMAS FORMULADAS Y NORMAS INEXPRESAS	61
CAPÍTULO VI. NORMAS DE CONDUCTA	63
1. LAS MODALIDADES DEÓNTICAS.....	63
2. EL SIGNIFICADO DE LOS TÉRMINOS DEÓNTICOS	65
3. RELACIONES LÓGICAS ENTRE LOS TÉRMINOS DEÓNTICOS.	66
4. NORMAS IMPERATIVAS Y NORMAS PERMISIVAS EN LOS SISTEMAS NORMATIVOS	67
5. NORMAS IMPERATIVAS Y NORMAS SANCIONADORAS	68
6. USO Y MENCIÓN DE LOS TÉRMINOS DEÓNTICOS.....	70
7. ENUNCIADOS DEÓNTICOS EN FUNCIÓN COGNITIVA	71
CAPÍTULO VII. PRINCIPIOS	75
1. REGLAS VS. PRINCIPIOS	75
2. LOS PRINCIPIOS EN CUANTO A NORMAS FUNDAMENTALES...	76
3. LOS PRINCIPIOS EN CUANTO A NORMAS INDETERMINADAS...	77
4. CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS.....	79
CAPÍTULO VIII. SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS	83
1. LA «DIMENSIÓN SUBJETIVA» DE LAS NORMAS	83
2. SITUACIONES ELEMENTALES INSTITUIDAS POR NORMAS DE CONDUCTA.....	85
3. SITUACIONES ELEMENTALES INSTITUIDAS POR NORMAS SOBRE PRODUCCIÓN JURÍDICA.....	86
4. RELACIONES JURÍDICAS.....	87
CAPÍTULO IX. DERECHOS	89
1. LA AMBIGÜEDAD DE «DERECHO»	89
2. AMBIGÜEDAD DE «DERECHO SUBJETIVO»	90

	Pág.
3. AMBIGÜEDAD DE LOS ENUNCIADOS SOBRE DERECHO (ADSCRIBIR, REIVINDICAR, DESCRIBIR DERECHOS).....	90
4. EL DERECHO SUBJETIVO COMO LIBERTAD Y COMO INMUNIDAD	92
5. EL DERECHO SUBJETIVO COMO PRETENSIÓN	94
6. EL DERECHO SUBJETIVO COMO PODER.....	94
7. EL DERECHO SUBJETIVO COMO SITUACIÓN COMPLEJA	95
8. DERECHOS DE «SEGUNDO GRADO»	96
9. LOS DERECHOS COMO SITUACIONES SUBJETIVAS PROTEGIDAS	96
10. LA FUENTE DE LOS DERECHOS	97
11. DERECHOS FUNDAMENTALES	98
12. APÉNDICE. EL INTERÉS LEGÍTIMO	100

SEGUNDA PARTE

DINÁMICA DEL DERECHO

CAPÍTULO X. NORMAS SOBRE PRODUCCIÓN JURÍDICA.....	107
1. EL DERECHO DISCIPLINA SU PROPIA CREACIÓN	107
2. NORMAS DE COMPETENCIA.....	108
3. NORMAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO	109
CAPÍTULO XI. FUENTES LEGALES	111
1. EL CONCEPTO DE FUENTE LEGAL.....	111
2. IMPLICACIONES	112
3. PRECISIONES	113
4. AUTORIDAD, PROCEDIMIENTOS, DOCUMENTOS	114
CAPÍTULO XII. FUENTES ORIGINARIAS	117
1. NORMAS ORIGINARIAS Y NORMAS DERIVADAS.....	117
2. FUNDACIÓN DE NORMAS.....	118

	Pág.
3. FUENTES ORIGINARIAS Y FUENTES DERIVADAS.....	119
4. CRITERIOS DE PERTENENCIA AL ORDENAMIENTO.....	120
5. LA EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DE COMPETENCIA.....	121
CAPÍTULO XIII. ACTOS Y HECHOS NORMATIVOS	123
1. UNA DISTINCIÓN SUGERENTE.....	123
2. ACTO NORMATIVO	124
3. HECHO NORMATIVO.....	125
4. LA COSTUMBRE.....	126
5. FUENTES «LEGALES» Y FUENTES <i>EXTRA ORDINEM</i>	129
6. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.....	130
CAPÍTULO XIV. LA LEY	131
1. VARIEDAD DE USOS DEL TÉRMINO «LEY».....	131
2. «LEY» EN SENTIDO GENÉRICO	132
3. LA LEY COMO FUENTE PRIMARIA Y SUPREMA.....	132
4. «LEY» EN SENTIDO FORMAL Y EN SENTIDO MATERIAL.....	134
5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	135
6. EL OCASO DE LA LEY (EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO VIGENTE).....	139

TERCERA PARTE

CONSTITUCIÓN Y PODER CONSTITUYENTE

CAPÍTULO XV. CONSTITUCIÓN	143
1. CUATRO USOS DEL TÉRMINO «CONSTITUCIÓN»	143
2. INTERMEDIO: CONSTITUCIÓN «FORMAL» Y CONSTITU- CIÓN «MATERIAL».....	144
3. LA CONSTITUCIÓN COMO «RÉGIMEN POLÍTICO»	145
4. LA CONSTITUCIÓN COMO CONJUNTO DE NORMAS SOBRE «LA FORMA DEL ESTADO».....	146

	Pág.
5. INTERMEDIO: MATERIA CONSTITUCIONAL Y NORMAS MATERIALMENTE CONSTITUCIONALES	147
6. LA CONSTITUCIÓN COMO «CÓDIGO» DE LA MATERIA CONSTITUCIONAL	148
7. LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE AL PODER POLÍTICO	149
8. TIPOS DE NORMAS CONSTITUCIONALES	150
9. DOS TÉCNICAS DE LIMITACIÓN DEL PODER	152
10. DOS MODELOS DE CONSTITUCIÓN	153
11. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO	154
CAPÍTULO XVI. PODER CONSTITUYENTE	157
1. PODERES CONSTITUIDOS Y PODER CONSTITUYENTE	157
2. DOS CONCEPCIONES DEL PODER CONSTITUYENTE	159
3. PRESUPUESTOS Y CONSECUENCIAS	159
4. LA REVISIÓN DE LA NORMA SOBRE LA REVISIÓN	162
CAPÍTULO XVII. TIPOLOGÍA DE LAS CONSTITUCIONES	165
1. VARIEDAD DE CLASIFICACIONES	165
2. LAS FORMAS DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL	167
3. EL CARÁCTER CUANTITATIVO DE LA RIGIDEZ	169
4. CONSTITUCIONES GARANTIZADAS	170
5. TRES TIPOS DE GARANTÍA	171
6. CONTROL <i>A PRIORI</i> VS. CONTROL <i>A POSTERIORI</i>	172
7. CONTROL CONCENTRADO VS. CONTROL DIFUSO	173
CAPÍTULO XVIII. LA «CONSTITUCIONALIZACIÓN» DEL ORDENAMIENTO	175
1. CONSTITUCIONALIZACIÓN: ¿EN QUÉ SENTIDO?	175
2. CONDICIONES DE CONSTITUCIONALIZACIÓN	177
3. LA «FUERZA VINCULANTE» DE LA CONSTITUCIÓN	178
4. LA «SOBRE-INTERPRETACIÓN» DE LA CONSTITUCIÓN	180

	Pág.
5. LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES	184
6. LA INTERPRETACIÓN CONFORME DE LAS LEYES	186
7. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN LAS RELACIONES POLÍTICAS	190

CUARTA PARTE

LA ARQUITECTURA DEL ORDENAMIENTO

CAPÍTULO XIX. CONCEPTOS DE ORDENAMIENTO	199
1. CONCEPTOS DE ORDENAMIENTO JURÍDICO	199
2. EL ORDENAMIENTO COMO CONJUNTO DE NORMAS	199
3. EL ORDENAMIENTO COMO COMPLEJO DE INSTITUCIONES	202
4. EL ORDENAMIENTO COMO «SISTEMA»	203
CAPÍTULO XX. JERARQUÍAS NORMATIVAS	207
1. ¿QUÉ RELACIONES JERÁRQUICAS?	207
2. TEORÍA DE LAS JERARQUÍAS NORMATIVAS	209
3. JERARQUÍAS NORMATIVAS Y VALIDEZ	213
4. TODAVÍA SOBRE EL CONCEPTO DE METANORMA	214
5. APLICACIONES (I): LA «SUPREMACÍA» DE LA CONSTITUCIÓN	215
6. APLICACIONES (II): ¿AUTOVÍNCULOS DEL LEGISLADOR?... ..	216
7. APLICACIONES (III): EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS LEYES CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO VIGENTE ITALIANO	217
CAPÍTULO XXI. VALIDEZ, EXISTENCIA, EFICACIA	221
1. VALIDEZ	221
2. VALIDEZ FORMAL Y VALIDEZ MATERIAL	222
3. EXISTENCIA	222
4. EFICACIA	224

	Pág.
5. INTERLUDIO: LA EFICACIA DE LAS NORMAS EN EL TIEMPO.....	225
6. VICIO.....	229
7. INVALIDEZ.....	229
8. INEXISTENCIA.....	231
9. VALIDEZ E INVALIDEZ DE ACTOS, DISPOSICIONES Y NORMAS.....	231
 CAPÍTULO XXII. LOS COMPONENTES DE LOS ORDENAMIENTOS.....	 235
1. LOS COMPONENTES DEL ORDENAMIENTO.....	235
2. NORMAS ORIGINARIAS Y NORMAS DERIVADAS.....	236
3. NORMAS FORMULADAS Y NORMAS IMPLÍCITAS.....	236
4. NORMAS VÁLIDAS Y NORMAS INVÁLIDAS	237
5. REGLAS Y PRINCIPIOS.....	238
 CAPÍTULO XXIII. LA ESTRUCTURA DE LOS ORDENAMIENTOS...	 241
1. ESTRUCTURA.....	241
2. FUNDACIÓN DE NORMAS	242
3. EN EL VÉRTICE DEL ORDENAMIENTO	243
4. LA IDENTIDAD DEL ORDENAMIENTO.....	244
5. JERARQUÍAS DE NORMAS.....	246
6. COMPLEJIDAD	247
7. DIMENSIÓN SINCRÓNICA Y DIMENSIÓN DIACRÓNICA	247
8. DIMENSIÓN ESTÁTICA Y DIMENSIÓN DINÁMICA.....	249
9. CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN	250
10. DOS POSIBLES RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS	251
 CAPÍTULO XXIV. CONFLICTOS ENTRE NORMAS	 253
1. NOCIÓN DE ANTINOMIA.....	253
2. TIPOS DE ANTINOMIAS	254
3. ANTINOMIAS E INTERPRETACIÓN	256

	Pág.
4. MODOS DE SOLUCIÓN DE LAS ANTINOMIAS.....	259
5. EL CRITERIO DE ESPECIALIDAD.....	263
CAPÍTULO XXV. EL TIEMPO DE LAS NORMAS	267
1. LA DIMENSIÓN TEMPORAL DE LAS NORMAS	267
2. EL TIEMPO DE LA PERTENENCIA	267
3. EL TIEMPO DE LA VIGENCIA	268
4. EL TIEMPO DE LA VALIDEZ.....	270
5. EL TIEMPO DE LA APLICABILIDAD.....	271
6. EL TIEMPO DE LA EFICACIA	272
7. NORMAS RETROACTIVAS, ULTRACTIVAS Y TRANSITORIAS.	273
8. RETROACTIVIDAD	275
9. DOS TIPOS DE NORMAS RETROACTIVAS.....	275
10. TRES FORMULACIONES DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTI- VIDAD	276
11. APUNTES SOBRE LA SUCESIÓN EN EL TIEMPO DE LAS NOR- MAS PENALES.....	277

QUINTA PARTE

DEL ORDENAMIENTO AL ESTADO

CAPÍTULO XXVI. ESTADO.....	283
1. NOCIONES PRELIMINARES.....	283
2. EL CONCEPTO DE ESTADO	285
3. TIPOS DE ORDENAMIENTOS ESTATALES.....	287
4. EL ESTADO DE DERECHO	289
CAPÍTULO XXVII. LOS «PODERES» DEL ESTADO	291
1. «PODER».....	291
2. LAS TRES FUNCIONES FUNDAMENTALES	292
3. PRECISIONES	293

	Pág.
CAPÍTULO XXVIII. SEPARACIÓN Y EQUILIBRIO (O BALANCEO) DE PODERES	297
1. DOS TÉCNICAS DE ORGANIZACIÓN DEL PODER.....	297
2. SEPARACIÓN DE PODERES	297
3. EQUILIBRIO (O BALANCEO) DE PODERES.....	300
4. IMPLICACIONES DIVERGENTES	301
5. IMPLICACIONES CONVERGENTES	303
 CAPÍTULO XXIX. JUSTICIA CONSTITUCIONAL	 305
1. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD...	305
2. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DIVISIÓN DE PODERES	306
3. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA	307
4. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ENTRE JURISDICCIÓN Y LEGISLACIÓN	309
 CAPÍTULO XXX. SOBERANÍA	 311
1. INTRODUCCIÓN	311
2. «SOBERANÍA» EN DERECHO CONSTITUCIONAL.....	312
3. «SOBERANÍA» EN DERECHO INTERNACIONAL	312
4. ¿LÍMITES JURÍDICOS AL SOBERANO? (I) DERECHO CONSTITUCIONAL	313
5. ¿LÍMITES JURÍDICOS AL SOBERANO? (II) DERECHO INTERNACIONAL	314
 CAPÍTULO XXXI. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO ESTATAL: ¿MONISMO O DUALISMO?	 317
1. OBSERVACIONES PRELIMINARES.....	317
2. DUALISMO Y MONISMO EN TEORÍA GENERAL DEL DERECHO	318
3. CRÍTICA DEL MONISMO.....	319
4. DUALISMO Y MONISMO EN DERECHO CONSTITUCIONAL...	320
5. DUALISMO Y MONISMO EN DERECHO INTERNACIONAL	323

SEXTA PARTE

INTERPRETACIÓN (Y ALREDEDORES)

CAPÍTULO XXXII. INTERPRETACIÓN: UN TÉRMINO AMBIGUO.	327
1. PRIMERA AMBIGÜEDAD: PROCESO VS. PRODUCTO	327
2. SEGUNDA AMBIGÜEDAD: ABSTRACTO VS. CONCRETO	328
3. TERCERA AMBIGÜEDAD: COGNICIÓN VS. DECISIÓN	330
4. CUARTA AMBIGÜEDAD: INTERPRETACIÓN VS. CONSTRUCCIÓN JURÍDICA.....	333
CAPÍTULO XXXIII. LA DOBLE INDETERMINACIÓN DEL DERECHO	335
1. LA EQUIVOCIDAD DE LOS TEXTOS NORMATIVOS.....	335
2. DISPOSICIONES Y NORMAS.....	337
3. LAS FUENTES DE LA EQUIVOCIDAD	338
4. LA VAGUEDAD DE LAS NORMAS.....	339
CAPÍTULO XXXIV. LAGUNAS	341
1. LAGUNAS NORMATIVAS	341
2. LAGUNAS NORMATIVAS E INTERPRETACIÓN	343
3. LAGUNAS TÉCNICAS	345
4. LAGUNAS AXIOLÓGICAS.....	346
5. EL DERECHO COMO CONJUNTO DE NORMAS FINITO	348
6. DOGMA DE LA PLENITUD Y ESTADO DE DERECHO	351
7. LA NORMA GENERAL EXCLUSIVA.....	353
CAPÍTULO XXXV. CONSTRUCCIÓN JURÍDICA	355
1. NORMAS IMPLÍCITAS.....	355
2. LÁBILES CONFINES.....	360
3. CONCRETIZACIÓN DE PRINCIPIOS.....	362

	Pág.
CAPÍTULO XXXVI. CIENCIA JURÍDICA	365
1. LA CIENCIA JURÍDICA EN SENTIDO ESTRICTO	366
2. DOS CONCEPCIONES DE LA CIENCIA JURÍDICA	367
3. LA DOCTRINA.....	370
 CAPÍTULO XXXVII. LA APLICACIÓN DEL DERECHO	 373
1. «APLICACIÓN».....	373
2. JURISDICCIÓN, LEGALIDAD, MOTIVACIÓN.....	374
3. EL RAZONAMIENTO DEL JUEZ.....	375
 CAPÍTULO XXXVIII. JURISDICCIÓN Y LEGISLACIÓN	 379
1. LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN.....	379
2. LA DISTINCIÓN «MATERIAL» ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN.....	380
3. LA DISTINCIÓN «FORMAL» ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN	382
4. LA «SEPARACIÓN» ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN...	383

INTRODUCCIÓN

DOS APROXIMACIONES A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO (POSITIVO)

1. DERECHO Y JURISPRUDENCIA

Se puede caracterizar sucintamente la filosofía del derecho positivo¹ mostrando sus relaciones:

- a) por un lado, con el propio derecho,
- b) por el otro, con la jurisprudencia.

Se puede convenir sobre que el derecho —al menos desde un punto de vista superficial— no es nada más que un conjunto de documentos normativos a los que normalmente se les llama «leyes», es decir, *grosso modo*, las leyes en sentido técnico (actos del poder legislativo), la constitución (acto del poder constituyente), y los reglamentos (actos del poder ejecutivo).

En su uso común, se llama «jurisprudencia» al conjunto de las decisiones judiciales². En este contexto, no obstante, uso el vocablo «jurisprudencia» en

¹ P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Torino, 2009, pp. 2 y ss.

² En el lenguaje común de los juristas, el término «jurisprudencia» designa el conjunto de las decisiones jurisdiccionales. Esto es particularmente habitual en aquellos contextos discursivos en los que, por ejemplo, se distingue la «jurisprudencia» de la «doctrina». Expresiones como «la jurisprudencia de la Corte Suprema», «la jurisprudencia de los jueces de primera instancia», «la jurisprudencia del Consejo de Estado» y otras similares, son usadas para referirse a las orientaciones interpretativas de uno u otro órgano jurisdiccional. La expresión «sentar jurisprudencia» se usa para decir que una determinada orientación interpretativa de un cierto órgano jurisdiccional —por ejemplo, la Corte Suprema— se ha consolidado y ha ejercido una profunda influencia sobre el resto de órganos jurisdiccionales (como precedente persuasivo y con autoridad). Por otro lado, en ocasiones se usa el mismo término «jurisprudencia» también para

el sentido originario de «*juris prudentia*», «*sapientia juris*», «*sapienza giuridica*», o ciencia del derecho: la disciplina practicada (típica y principalmente) por los juristas académicos (profesores de derecho) y por los jueces.

Pues bien, ¿cuáles son las relaciones existentes entre el derecho, la jurisprudencia, y la filosofía del derecho positivo?

Esta pregunta admite dos respuestas interesantes que corresponden a dos formas diferentes de concebir y practicar la filosofía del derecho:

- a) La filosofía del derecho (positivo) como meta-jurisprudencia.
- b) La filosofía del derecho (positivo) como laboratorio conceptual (construcción de conceptos).

Son dos modos diversos pero, nótese, no son de ninguna manera incompatibles ya que nada prohíbe combinarlos de manera virtuosa (como de hecho sucede frecuentemente)³. Volveremos sobre ello enseguida.

2. LOS INSTRUMENTOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En sus dos variantes, la filosofía del derecho se sirve de algunos instrumentos de análisis típicos y recurrentes, entre los que tienen una especial importancia los siguientes⁴.

2.1. La definición

Se llama «definición» —y de este modo, paradójicamente, estoy llevando a cabo una definición— al enunciado mediante el que se determina el significado de un término o de una expresión compuesta (sintagma).

referirse a las orientaciones interpretativas de órganos no jurisdiccionales. Finalmente, el término «jurisprudencia» es usado ocasionalmente en su significado más antiguo de *sapientia* jurídica (conocimiento jurídico, ciencia del derecho). Esto sucede especialmente en el contexto de la teoría del derecho como, por ejemplo, cuando se distingue entre «jurisprudencia» y «meta-jurisprudencia». Es en esta última acepción que el término es usado en esta introducción.

³ Estos tienen en común una cierta idea de filosofía en general, expresada —mejor que por ningún otro— por Ludwig WITTGENSTEIN en el *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921, Torino, 1964, espec. pp. 27 y 21) [trad. esp. *Tractatus Logico-Philosophicus*, Madrid, Alianza Editorial, 2003]. El objetivo de la filosofía no es ya el conocimiento del mundo —esta es la tarea de las diferentes ciencias— sino más modestamente «la aclaración lógica de los pensamientos» (§ 4.112). Por tanto, la filosofía no es una ciencia o una doctrina, sino una actividad; la filosofía es «la crítica del lenguaje»; su lugar no está «al lado» de las ciencias sino «por encima» de aquellas desde el punto de vista lógico; y tal vez «por debajo» de aquellas desde el punto de vista axiológico. Desde este punto de vista, la filosofía no es más que una práctica o, quizás, un método: el análisis lógico del lenguaje. La filosofía del derecho, como se verá, no es más que el análisis del lenguaje jurídico (de los legisladores, de los jueces y de los juristas).

⁴ M. JORI, «Filosofía del diritto», en M. JORI y A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, 2.^a ed., Torino, 1995, pp. 113 y ss.

La forma estándar de una definición es un enunciado del siguiente tipo: «“x” significa “y”». Se llama *definiendum* a la expresión (vocablo o sintagma) definida («x»), y *definiens* a la expresión usada para definirla («y»). Por ejemplo: «“Democracia” significa gobierno del pueblo», «Se llama “Estados de derecho” a aquellos ordenamientos jurídicos que tienen tal o cual característica», etcétera⁵.

Ahora bien, hay dos tipos de definiciones:

i) Las definiciones informativas, las cuales describen cómo es usada la expresión definida efectivamente por alguien (un típico ejemplo serían las definiciones lexicográficas contenidas en el diccionario de una lengua, las cuales describen de qué manera es usada comúnmente una palabra por aquellos que hablan la lengua en cuestión).

ii) Las definiciones estipulativas, las cuales *a)* proponen usar un término o sintagma preexistente de un modo nuevo, o *b)* sugieren usar un término o sintagma preexistente de una forma más precisa respecto del uso común, o bien *c)* establecen cómo usar un término o sintagma de nueva creación. En particular, las definiciones que proponen usar una expresión ya en uso de una manera más precisa respecto del uso común se llaman «redefiniciones»⁶.

En relación a las definiciones es importante entender dos cosas.

La primera es que las definiciones informativas pueden ser verdaderas o falsas (dependiendo de si describen verídicamente, o no, el uso lingüístico efectivo). Las definiciones estipulativas, por el contrario, no son ni verdaderas ni falsas.

La segunda es que las definiciones no versan sobre cosas sino sobre palabras: no describen objetos sino que modelan conceptos. La definición de «democracia» —por poner un ejemplo cualquiera— no transmite información sobre la forma de Estado democrático sino que se refiere exclusivamente al vocablo «democracia», determinando su significado (o concepto si se prefiere).

2.2. La distinción entre enunciados empíricos y enunciados analíticos

i) Se llama empírico⁷ a aquel enunciado que

a) versa sobre hechos,

⁵ Puede encontrarse una teoría completa de las definiciones en U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), nueva ed. Milano, 1985, caps. I y II.

⁶ Casi siempre las definiciones estipulativas son, en sentido estricto, redefiniciones. Es bastante raro que se atribuya un significado enteramente nuevo a un vocablo o sintagma en uso; y es también raro que se introduzca en el discurso un vocablo nuevo. Sin embargo, sí sucede que se introduzca en el discurso un nuevo sintagma del que obviamente es necesario determinar su significado *ex novo*.

⁷ «Empírico» significa, *grosso modo*, fundado sobre la experiencia.

b) puede ser verdadero o falso, y
 c) es verdadero o falso en virtud de su relación con el mundo: es verdadero si se corresponde con los hechos («La nieve es blanca»), y es falso si no se corresponde con los hechos («La nieve es azul»).

ii) Se llama analítico a aquel enunciado que

a) no versa sobre hechos,
 b) es necesariamente verdadero o necesariamente falso⁸, y
 c) es necesariamente verdadero o falso, no en virtud de su relación con el mundo, con los hechos, sino exclusivamente en virtud:

c1) de su estructura lógica («Tizio está o vivo o no vivo», «Cayo está vivo y muerto», «Una proposición es verdadera o falsa», etc.); o bien

c2) del significado (que se supone compartido) de los términos que lo componen («Ningún soltero está casado», «Los solteros están casados», si se conviene que «soltero» significa «no casado»).

Los enunciados analíticos, o son tautológicos —(«Ningún soltero está casado»), y entonces son necesariamente verdaderos— o son autocontradictorios —(«Cayo está vivo y muerto»), y entonces son necesariamente falsos—. En ambos casos, no transmiten ninguna información sobre los hechos⁹.

2.3. La distinción entre lenguaje y metalenguaje

Normalmente las palabras hablan de «cosas», es decir, de objetos no-lingüísticos o extralingüísticos (que están fuera del lenguaje) como, por ejemplo, los gatos. Pero también sucede que las palabras hablen de palabras. Por ejemplo, mientras que el enunciado «Los gatos tienen cuatro patas» habla de los gatos, el enunciado «La palabra “gato” tiene cuatro letras» no habla de los gatos sino de la palabra «gato». En el primer caso, la palabra «gato» es *usada*; en el segundo, es únicamente *mencionada* (entre comillas).

En definitiva, no siempre el lenguaje tiene por objeto hechos, esto es, la realidad extralingüística. Las definiciones, por ejemplo, («Por “soltero” se en-

⁸ Necesariamente, es decir, justamente de manera independiente de los hechos, por razones puramente lógicas o conceptuales.

⁹ En el texto he introducido la noción de enunciado analítico en sentido estricto. En otras ocasiones, sin embargo, se llaman analíticas (en sentido amplio) también las definiciones (estipulativas) del tipo: «Por “derecho” entenderé esto y aquello», «Por “norma jurídica” se debe entender tal cosa», etc. Una definición (estipulativa) es un enunciado que determina el significado de un término (como «derecho»), o de un sintagma (como «norma jurídica»). Pero las definiciones estipulativas —que son las definiciones por antonomasia— no son, como ya he dicho, ni verdaderas ni falsas. Aquellas son analíticas, no en el sentido de que sean necesariamente verdaderas (o necesariamente falsas), sino en el sentido de que —como los enunciados analíticos en sentido estricto— no dicen nada sobre los hechos porque versan —no sobre hechos sino— sobre palabras (o sobre el significado de las palabras, es decir, sobre conceptos).

tiende varón no casado») no versan sobre hechos, sino sobre —el significado de las— palabras. Una norma de abrogación («Queda abrogada la norma que prohíbe el adulterio») no es una norma de conducta: a diferencia de la norma abrogada, esta no versa sobre el adulterio sino sobre otra norma, es decir, sobre otro enunciado de las fuentes del derecho.

Pues bien, cuando el lenguaje con el que nos expresamos no tiene como objeto cosas extralingüísticas sino otro lenguaje:

a) Se suele llamar «metalenguaje» al lenguaje *mediante el que* nos expresamos (por ejemplo, está formulado en metalenguaje el enunciado «La palabra “gato” tiene cuatro letras»).

b) Se suele llamar «lenguaje-objeto» al lenguaje del que hablamos (la palabra «gato» del ejemplo precedente)¹⁰.

Se suele decir también que un metalenguaje y su lenguaje-objeto se colocan en dos *niveles* diferentes del lenguaje: el metalenguaje está «por encima» del lenguaje-objeto, en el sentido de que *versa sobre* aquel.

2.4. La distinción entre enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos

Un enunciado descriptivo es aquel que formula y transmite informaciones sobre el mundo («La nieve es blanca», «La nieve es azul»).

Un enunciado prescriptivo es un enunciado dirigido a modificar el comportamiento de los hombres («No matar», «Prohibido fumar», etcétera)¹¹.

Es descriptivo el lenguaje de la ciencia; es prescriptivo aquel del derecho (y de la moral).

Entre enunciados descriptivos y prescriptivos existe una diferencia realmente importante: los enunciados descriptivos tienen valores de verdad, es decir, pueden ser verdaderos o falsos; por su parte, los enunciados prescriptivos carecen de valores de verdad, es decir, no pueden ser ni verdaderos ni falsos.

La distinción entre estos dos tipos de enunciados está conectada con la distinción entre dos tipos de controversias: las controversias relativas a los hechos (¿cómo está el mundo?) y las controversias relativas a las normas y/o valores (¿qué debemos hacer? ¿qué está bien?). Las controversias sobre los hechos, al menos en principio, pueden ser resueltas, y su solución hay que buscarla mediante la extensión o profundización del conocimiento. Las con-

¹⁰ Las expresiones del lenguaje-objeto se escriben entre comillas.

¹¹ La distinción descriptivo vs. prescriptivo, aquí solo insinuada, será profundizada en un capítulo sucesivo (cap. III, primera parte).

troversias normativas o valorativas no siempre pueden ser resueltas y, en cualquier caso, la solución —si es que es posible— depende de la argumentación y de la persuasión.

2.5. La distinción entre motivos y razones

Los motivos son hechos (o eventos) mentales o psíquicos: son los impulsos, las emociones, las actitudes, los sentimientos, etc., que inducen a tener una cierta creencia, a defender una tesis o a tomar una decisión.

Las razones son, por el contrario, enunciados lingüísticos que se aducen públicamente para defender o justificar una tesis o una decisión, es decir, son las premisas de un razonamiento. Un razonamiento es, precisamente, una secuencia de enunciados en la que al menos un enunciado funciona como conclusión (tesis o decisión), mientras que los restantes funcionan como premisas, argumentos, o razones en favor de la conclusión.

La distinción se hace necesaria debido a que no se da necesariamente una correspondencia entre motivos y razones¹².

El punto puede ser fácilmente ilustrado con el ejemplo de las decisiones judiciales¹³. Es posible —es más, según algunos es más que probable— que un juez llegue a su decisión («Tizio es condenado a pena de seis meses y dos días de reclusión», «Cayo es absuelto») de manera completamente «irracional», arrastrado por emociones, preferencias morales, intereses o ideologías políticas, es decir, movido por su propio sentimiento de justicia. Pero, hablando en términos generales, en los ordenamientos jurídicos modernos, el juez no puede aducir en su motivación¹⁴ de la sentencia tales sentimientos, sino que debe mostrar que su decisión está fundada en (se deduce de) normas jurídicas positivas. Por tanto, su razonamiento —la justificación pública de su decisión— no asumirá la forma —por poner un caso imaginario— «Tizio es un grandísimo golfo y es justo meterle en la cárcel», sino de modo parecido a «Los ladrones deben ser castigados. Tizio ha cometido hurto. Por tanto, Tizio debe ser castigado».

¹² Esta distinción es frecuentemente configurada en términos de «descubrimiento» vs. «justificación» (pero también en términos de psicología vs. lógica). En este contexto, se entiende por «descubrimiento» el proceso psicológico a través del cual un sujeto llega a una conclusión (una creencia, una decisión, etc.). Por «justificación» se entiende, por el contrario, el razonamiento —el conjunto de razones o argumentos— a través del cual el mismo sujeto justifica (defiende) la conclusión a la que ha llegado.

¹³ Para una discusión sobre el punto, véase T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996, pp. 105 y ss.

¹⁴ Este vocablo, «motivaciones», cuyo uso común sirve para denotar una de las dos partes constitutivas de cualquier sentencia (siendo la otra el «dispositivo», es decir, la decisión en sentido estricto), puede generar confusión. Nótese: «motivación» no significa exposición de «motivos» —como también se suele llamar— sino de «razones». La motivación es, por tanto, un razonamiento.

3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO FILOSOFÍA DE LA JURISPRUDENCIA

La primera respuesta posible a la pregunta sobre las relaciones entre derecho, jurisprudencia y filosofía del derecho suena más o menos así: derecho, jurisprudencia y filosofía del derecho se colocan en tres planos diferentes del lenguaje¹⁵.

El derecho no es otra cosa, al menos desde un primer punto de vista, que el lenguaje (o discurso, si así se lo prefiere llamar) de las autoridades normativas (los padres constituyentes, el legislador, las autoridades reglamentarias, etc.), es decir, un conjunto de textos o documentos normativos (las leyes, la constitución, los reglamentos, etcétera).

La jurisprudencia, por otro lado, es un metalenguaje —un lenguaje de segundo grado o nivel— cuyo lenguaje-objeto es precisamente el derecho. Dicho con otras palabras: aquella consiste en el análisis del lenguaje del derecho.

La filosofía del derecho es, a su vez, un meta-metalenguaje —un lenguaje de tercer grado— cuyo lenguaje-objeto es el lenguaje de la jurisprudencia.

En otros términos: si la doctrina consiste en el análisis del discurso «del legislador» (en sentido material)¹⁶, la filosofía del derecho consiste a su vez en el análisis del discurso de los juristas¹⁷.

Entendida de esta manera, la filosofía del derecho es una rama de la filosofía de la ciencia (entendida en sentido amplio)¹⁸.

¹⁵ Rastros de esta concepción se encuentran en A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958 (trad. esp. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997); G. TARELLO, «Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche», en *Politica del diritto*, I, 1970; G. TARELLO, «Filosofia del diritto», en S. CASSESE (ed.), *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, Bologna, 1978.

¹⁶ Cfr. N. BOBBIO, «Scienza del diritto e analisi del linguaggio» (1950), ahora en U. SCARPELLI (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976 (trad. esp. «Ciencia del derecho y análisis del lenguaje», en N. BOBBIO, *Contribuciones a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980). Se llama (genéricamente) «ley en sentido material» a cualquier texto (una ley en sentido técnico, la constitución o un reglamento) que produzca o exprese normas jurídicas. Análogamente se habla en ocasiones de «legislador en sentido material» para referirse a las autoridades normativas en general (no solo al legislador en sentido estricto, sino también a los padres constituyentes, así como a las autoridades reglamentarias).

¹⁷ Desde este punto de vista, la filosofía del derecho es —usando una feliz expresión de BOBBIO— «metajurisprudencia», es decir, descripción y análisis de los discursos de las operaciones prácticas llevadas a cabo por los juristas y los jueces. Cfr. N. BOBBIO, «Essere e dover essere nella scienza giuridica» (1967), ahora en N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970 (trad. esp. «Ser y deber ser en la ciencia jurídica», en *Contribuciones a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980).

¹⁸ No obstante, la configuración de las relaciones entre derecho y jurisprudencia en términos de lenguaje-objeto y metalenguaje hay que tomarla con precaución. Ello es debido a que, como veremos en otro momento, entre el lenguaje del derecho (de las «fuentes») y el lenguaje de los juristas no subsiste una barrera lógica insuperable. Los juristas no se limitan a analizar el discurso de las fuentes sino que lo plasman y modelan. Por un lado, lo modelan mediante la interpretación obteniendo significados —es

4. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO LABORATORIO CONCEPTUAL

La segunda respuesta posible a la pregunta sobre las relaciones entre derecho, jurisprudencia y filosofía del derecho suena más o menos así:

i) La jurisprudencia es un trabajo (interpretativo y constructivo), que responde a cuestiones «de derecho» (¿qué dispone el derecho? ¿cuál es el contenido normativo del ordenamiento?).

ii) La filosofía del derecho es una actividad eminente y meramente conceptual que responde a problemas de formulación y organización del conocimiento.

Naturalmente, esto requiere una explicación.

Diciendo que la filosofía del derecho es un trabajo meramente conceptual lo que quiero decir es que aquella consiste en modelar —no el derecho sino— los conceptos usados para describirlo. Los conceptos se modelan mediante definiciones estipulativas o mediante redefiniciones. En otras palabras: ofrecer diferentes soluciones a un problema filosófico-jurídico incide en el modo de *describir* el derecho, pero no incide de ningún modo sobre la identificación del contenido del propio derecho el cual, cuando se discute de filosofía del derecho, no es puesto en discusión.

Las diferentes soluciones a un problema jurisprudencial (doctrinal o dogmático, si se prefiere) tienen, por el contrario, importantes consecuencias sobre el contenido del derecho, dado que un problema jurisprudencial consiste precisamente en identificar las normas jurídicas válidas o existentes. Adoptar una tesis dada induce a concluir a favor de la existencia de una determinada norma; adoptar una tesis diferente induce a concluir la existencia de varias normas.

Pongamos un ejemplo al azar: según una determinada tesis jurisprudencial, las disposiciones constitucionales que adscriben derechos subjetivos a los ciudadanos pueden ser aplicadas solo por parte del juez constitucional en las controversias relativas a la constitucionalidad de las leyes; según una manera de pensar diferente, por el contrario, las mismas disposiciones constitucionales pueden ser aplicadas también por los jueces civiles en las relaciones «entre privados».

De esta forma, sucede que, según una determinada doctrina, el ordenamiento jurídico (por ejemplo, el derecho italiano) incluye una determinada

decir, normas (esta norma en lugar de aquella otra)— a partir de los textos normativos. Por el otro, lo modelan y lo enriquecen mediante la «construcción», es decir, añadiéndole normas implícitas. Véase la sexta parte, especialmente el capítulo XXXVI.

norma N1 (según la cual las disposiciones constitucionales que adscriben derechos subjetivos pueden ser aplicadas únicamente por parte del juez constitucional); y según una segunda doctrina diferente, el ordenamiento incluye, por el contrario, la norma N2 (según la cual las disposiciones constitucionales que adscriben derechos subjetivos pueden ser aplicadas también por parte de los jueces civiles). Y probablemente habrá una tercera doctrina según la cual el ordenamiento incluye una diferente norma N3, pero no las normas N1 ni N2.

Por el contrario, adoptar una tesis filosófico-jurídica en detrimento de otra *no* induce a concluir en favor de la existencia de normas jurídicas que, según una tesis diferente, no existirían.

Pongamos nuevamente un ejemplo. Desde tiempos inmemoriales se discute si el ordenamiento internacional —el conjunto de normas que regulan las relaciones recíprocas entre Estados— es, en rigor, un ordenamiento jurídico o si, por el contrario, las normas internacionales son simplemente normas morales¹⁹. Se quiere saber si conviene incluir al ordenamiento internacional en la clase de los ordenamientos jurídicos, al mismo nivel que los ordenamientos estatales —de los que en cualquier caso es muy diferente— o si, por el contrario, conviene incluirlo en la clase de los ordenamientos (*en sentido amplio*) morales. El así llamado derecho internacional, ¿es «verdadero» derecho o se trata, más bien, de una suerte de «moral positiva»? Sin embargo, ninguna de las dos posibles respuestas pone en cuestión el contenido normativo del ordenamiento internacional, sobre el cual no disiente ninguno de los contendientes²⁰. Aquello de lo que se discute no es del contenido del derecho internacional sino solo sobre el concepto de «derecho».

Otro ejemplo: se discute si las sentencias con las que el Tribunal constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley (una disposición de ley) son, o no, «fuentes del derecho»²¹. Se quiere saber, en síntesis, si en la enumera-

¹⁹ G. WILLIAMS, «La controversia a proposito della parola “diritto”» (1945), en U. SCARPELLI (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, *op. cit.* Dicho con otras palabras: la controversia no tiene por objeto un problema empírico o fáctico —es decir, relativo a hechos (aunque sean aquellos «hechos» de una naturaleza tan especial como son las normas)— sino, por el contrario, un problema conceptual relativo al significado de las palabras (en este caso de la palabra «derecho»). Mientras que los problemas empíricos no pueden ser resueltos si no es mediante la observación de la realidad, los problemas conceptuales dependen de los diferentes usos de las palabras, es decir, de los conceptos empleados (y/o tácitamente presupuestos) por quien habla.

²⁰ Si decidimos adscribir las normas internacionales a la clase de las normas jurídicas, entonces hablaremos del ordenamiento internacional en los libros de derecho público; si decidimos adscribirlo a la clase de las normas morales, entonces hablaremos de aquel en los libros de ética (pública) normativa. Pero, en ambos casos, el contenido normativo del ordenamiento internacional no cambia: se trata siempre de las mismas normas identificadas con base en su contenido, independientemente de la cuestión de si tienen o no naturaleza jurídica o moral. Cosa distinta sería preguntarse, por ejemplo, si el ordenamiento internacional permite o prohíbe la guerra, cuestión que, efectivamente, es un problema —no filosófico-jurídico sino— jurisprudencial acerca de la identificación del contenido de las normas internacionales.

²¹ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, 2.ª ed., Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 2011.

ción de las fuentes del derecho vigente (la constitución, las leyes, etc.) también hay que incluir o no las mencionadas sentencias del juez constitucional. No obstante, los efectos de dichas sentencias no son puestas en cuestión: todos concuerdan sobre tales efectos. Lo que se discute no es el régimen jurídico de las sentencias constitucionales sino (solo) sobre el concepto de «fuente del derecho».

PRIMERA PARTE
LENGUAJE, NORMAS, DERECHO

CAPÍTULO I

USOS DE LA PALABRA «DERECHO»

El vocablo «derecho» no tiene un único o unívoco significado. Aquel es comúnmente usado en al menos cuatro contextos diferentes, adoptando en cada uno de ellos un significado diverso¹.

1. DERECHO EN SENTIDO OBJETIVO

En expresiones como «El derecho italiano prohíbe el homicidio», «El derecho internacional prohíbe la guerra», etc., el vocablo «derecho» —en inglés se usaría «*law*»— se refiere a un conjunto de reglas o normas de un cierto tipo dirigidas a la conducta de los hombres².

Grosso modo: se suele llamar «derecho» a aquel particular conjunto de reglas o normas que disciplinan: «*a*) la represión de los comportamientos considerados socialmente peligrosos [...]; *b*) la distribución de bienes y servicios a individuos y colectivos, y *c*) la institución y asignación de los poderes públicos»³.

Para evitar la ambigüedad, para referirse al derecho entendido como un conjunto de reglas o normas, se suelen usar expresiones como «derecho objetivo»

¹ Retomo aquí, con algunas modificaciones y no pocas simplificaciones, el análisis de G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, pp. 143 y ss. (trad. esp. *Cultura jurídica y política del derecho*, Granada, Comares, 2003).

² Más en concreto, una expresión como «El derecho italiano prohíbe el homicidio» significa que el conjunto de normas que llamamos «derecho italiano» incluye una norma que prohíbe el homicidio.

³ G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, *op. cit.*, p. 151 (trad. esp. *Cultura jurídica y política del derecho*, *op. cit.*).