

Revista Oficial del Poder Judicial

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 9, n.º 11, enero-junio, 2019, 179-217

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: 10.35292/revista_oficial_poder_judicial.v9i11.8

Lo que los juristas no dicen. Normas no expresadas y despositivización¹

What jurist don't say.

Unexpressed and de-positivating norms



MAURO BARBERIS

Universidad de Trieste

(Trieste, Italia)

Contacto: barberis@units.it

<https://orcid.org/0000-0002-1913-0863>

RESUMEN

Uno de los problemas más intrigantes de la reciente teoría del derecho está representado por las reglas implícitas y/o no expresadas. Sin embargo, el tema, propuesto por Riccardo Guastini en los años

1 Informe que fuera discutido en el Instituto Tarello, en Génova, el 6 de junio de 2018. Agradezco a todos los que participaron en el debate, así como a todos los que han leído y comentado la primera versión de la obra. En particular, agradezco a Riccardo Guastini, como de costumbre el más generoso en sugerencias y objeciones, las que he tenido en cuenta, como siempre.

noventa del siglo pasado, incomoda a otros juristas y teóricos: de hecho, lo discuten casi solo los genoveses y sus amigos, como veremos. El artículo reconstruye la tematización del problema, estrechamente relacionado con otros típicos temas «genoveses», como son la distinción interpretación/construcción y el mismo concepto de marco de Kelsen. Aquí se distinguen, especialmente, las normas implícitas de las normas (totalmente) no expresadas, volviendo a definir las primeras como una variable dependiente de su aplicación judicial, y considerando las segundas como un elemento del proceso que llamo despositivización del derecho.

Palabras clave: normas implícitas, normas no expresadas, interpretación, construcción, despositivización.

ABSTRACT

One of the most intriguing issues treated by recent legal theory are implicit and/or unexpressed norms. However, this topic, proposed by Riccardo Guastini in the last century's Nineties, evidently embarrasses other lawyers and law theorists; in fact, it is discussed almost by Genoese and their friends alone, as we shall see. The paper reconstructs the thematization of this problem, deeply connected with other typical «Genoese» topics such as interpretation/construction distinction and the very concept of Kelsenian *Rahmen*. Finally, a distinction of implicit and (totally) unexpressed norms is proposed, by redefining implicit ones as a dependent variable of judicial application and dealing with unexpressed norms as an element of a process I call law's de-positivization.

Key words: implicit norms, unexpressed norms, interpretation, construction, de-positivization.

Recibido: 07/06/2018 Aceptado: 30/10/2018

*Hay más cosas en la tierra
y en el cielo, Horacio,
de las que han sido soñadas
en tu filosofía.*
W. SHAKESPEARE

1. PREMISA

Uno de los problemas más intrigantes de la teoría del derecho actual son las normas implícitas o no expresadas. Sin embargo, este tema, propuesto por Riccardo Guastini en los años noventa, todavía parece incomodar a los juristas y teóricos del derecho; de hecho, parece ser que es discutido casi solo por los teóricos genoveses, como veremos². Aquí reconstruyo la tematización del problema y distingo las normas implícitas y (absolutamente) no expresadas. En particular, redefino las primeras como una variable dependiente de su aplicación judicial, y considero las últimas como un síntoma del proceso que llamo despositivización de la ley.

2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

El problema, viéndolo en retrospectiva, surge en el estado legislativo, pero es ignorado por la teoría del derecho que prevalece en ese momento: el positivismo jurídico³. De hecho, esta teoría tiende

2 Hablo de la teoría analítica «latina» e incluso angloamericana, en la que otros argumentos de Riccardo han sido ampliamente discutidos. No me refiero, en cambio, a obras de constitucionalistas estadounidenses como la de A. Amar: *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles we Live By* (2012), en las que se argumenta, de manera similar, que los principios como la separación de poderes y *rule of law* (gobierno del derecho) están totalmente sin expresar en la constitución federal de los Estados Unidos.

3 Hablo de «estados» jurisdiccionales, legislativo y constitucional respectivamente, en el sentido puntualizado en mi libro *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale* (2017), pero común en literatura, excepto por un aspecto: «estado», con minúscula, indica una condición o época de la evolución del derecho, y no el Estado, con mayúscula, moderno.

a asimilar el derecho a la legislación y las normas jurídicas a sus formulaciones legislativas: una asimilación que promueve el mismo objetivo directo de los códigos y la legislación, y el mismo objetivo indirecto del positivismo jurídico, es decir, la seguridad de las leyes. Una formulación típica del estado legislativo es el artículo 12.º del Título Preliminar al actual Código Civil italiano (1942), artículo que rige la interpretación y la integración de la ley.

El primer inciso trata sobre la interpretación y establece que si el caso se rige por una disposición específica —una norma explícita aplicable al caso— entonces esta debe interpretarse literalmente y de acuerdo con la intención del legislador. El segundo inciso, en cambio, trata sobre la integración; cuando no hay una disposición específica que se pueda aplicar al caso, el juez está autorizado a obtenerla de una norma que regule casos similares (analogía *legis*) o, en el caso de que esta tampoco exista, de los principios generales del orden jurídico del Estado (analogía *iuris*).

Ahora, las normas individuales obtenidas por analogía, tanto *legis* como *iuris*, y los mismos principios generales, según la definición que nos brinda Guastini, son normas meramente implícitas, inferidas por reglas explícitas. Sin embargo, ningún teórico juspositivista las ha calificado de esta manera. Los mismos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin —la mayor fuente de inspiración de Riccardo después de Hans Kelsen— admiten las normas implícitas solo en el sentido de reglas deducidas lógicamente de las normas explícitas, y no de reglas meramente inferidas por los intérpretes⁴.

4 Ver, entre los numerosos ejemplos, R. Guastini (2011a: 428-429) y n.º 2, donde se menciona explícitamente *Normative Systems* (1971). Ver también uno de los mejores trabajos sobre el tema, G. B. Ratti, «An Analysis of Some Juristic Techniques for Handling Systematic Defects of the Law» (2015: 151-177), especialmente 157-159, donde, por lo demás, se afirma que la insuficiencia de la deducción para la reconstrucción de los contenidos de un sistema legal sería «a widespread opinion among jurists» (una opinión generalizada entre los juristas).

Esta auténtica pérdida del problema (*Problemverlust, loss of problems*) se encuentra paradigmáticamente ejemplificada por la tipología de las normas de Georg-Henrik von Wright: filósofo más juspositivista de muchos juristas. Bien, Von Wright considera como normas jurídicas por excelencia las prescripciones, es decir, las leyes, no solo formuladas por definición, sino cuya formulación se considera un elemento constitutivo, una *conditio sine qua non*, de su existencia⁵. Y esto aunque otros ya habían distinguido normas con formulación proclamativa (leyes) y normas con formulación meramente declarativa (costumbres, precedentes)⁶.

¿Por qué, entonces, esta pérdida del problema? Hasta ahora solo hemos hablado de teóricos del derecho, cuyo silencio sobre este punto ya es bastante significativo. Sin embargo, es probable que, respecto a ello, la teoría del derecho juspositivista comparta una actitud típica de los juristas positivos. Como los jueces prefieren decir que aplican la ley vigente, y no que la integran de conformidad con el artículo 12.º, inciso 2, *Preleggi*, del mismo modo el jurista tiene buen cuidado de admitir que produce derecho. Pero, atención, no por su fidelidad al positivismo jurídico, sino más bien para no exponerse a la sospecha de estar reemplazando al legislador (ver en este mismo artículo, § 5 *in fine*).

En cambio, intentemos imaginar la razón de esta solitaria tematización de normas implícitas o no expresadas por parte de Guastini. De los dos eventos que han marcado la teoría

5 Ver Th. Geiger: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (1947), traducido en italiano *Studi preliminari di sociologia del diritto* (2018: 140).

6 Así G. H. von Wright, *Norm and Action* (1963), traducido en italiano, Bolonia, Il Mulino, 1989, 44 y especialmente 142: «En el caso que la norma sea una prescripción, la promulgación de la regla [...] constituye [...] un término de enlace esencial [...] del proceso a través del cual se origina esta norma»; y un poco más adelante: «se puede decir que las prescripciones *dependen del lenguaje*». En la página 46, por otra parte, el autor habla de las costumbres (*customs*) como «prescripciones implícitas».

de las normas en el último medio siglo, no se trata ni del «descubrimiento» de las reglas constitutivas por John Rawls y John Searle, ni del redescubrimiento de los principios por Ronald Dworkin. Pensemos solo en el ejemplo favorito de este último, el principio de que «nadie puede beneficiarse de su maldad»: donde la *ratio decidendi* (la razón para decidir) está implícita en una serie de precedentes de *common law*.

En lugar de eso, la tematización de las normas implícitas o no expresadas parece estar sugerida por otras tres razones: dos teóricas generales, la otra doctrinal. La primera razón teórico-general caracteriza al realismo jurídico genovés ya desde Giovanni Tarello, que se diferencia de los demás precisamente porque persigue explicitar la producción legislativa no solo por parte de los jueces, sino también por la doctrina. Hablar de normas implícitas o no expresadas, producidas por la jurisprudencia y la doctrina, hace explícita esta producción, rompiendo el silencio de los juristas positivos sobre este.

La segunda razón, también teórico-general, es el desarrollo de los estudios sobre la argumentación jurídica: cuyo texto fundamental, *The Foundation of Legal Reasoning* (1981), de Aulis Aarnio, Robert Alexy y Aleksander Peczenik, ha sido precisamente traducido por Guastini⁷. Este motivo parece ya evidente leyendo un ensayo de Riccardo de aquellos años, que aún pertenece a la prehistoria del concepto de normas implícitas: *Producción de normas por medio de normas* (1986)⁸. Podemos hacer un análisis del razonamiento jurídico sin postular reglas implícitas.

7 Ver A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik (1987: 121-187).

8 R. Guastini: «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico» (1986: 173-201). La obra pertenece a la prehistoria de la tematización por tres razones: insiste en que «una norma [...] solo puede ser expresada» (180); luego, usa «normas implícitas» en Alchourrón y Bulygin, refiriéndose a normas meramente deducidas de otras normas (190); finalmente, menciona

La tercera razón, doctrinal, es que, durante una década, a partir de mediados de la década de 1980, Guastini enseñó Derecho Constitucional, aunque su manera de tratar este tema nunca se confundió con otros constitucionalistas. Es decir, Riccardo nunca interpretó la Constitución italiana en primera persona, sino que solo proporcionó la interpretación cognitiva y *wertfrei* sugerida por Kelsen, y ya aplicada por Tarello. En otras palabras, Guastini nunca produjo normas constitucionales implícitas: se ha limitado a señalar su producción por parte de otros constitucionalistas.

En cambio, ¿qué hacen los otros constitucionalistas? Tres cosas, designadas ya sea conjuntamente, ya sea por separado por la expresión «interpretación constitucional»⁹. Mientras tanto, interpretan en sentido estricto: atribuyen significado al texto constitucional y obtienen reglas explícitas. Luego, complementan la Constitución, infiriendo de las normas constitucionales explícitas normas implícitas e incluso totalmente no expresadas. Finalmente, argumentan: es decir —como veremos al retomar el tema en la sección final—, utilizan las mismas normas implícitas o no expresadas como argumentos para interpretar e integrar todas las demás.

3. TEMATIZACIÓN DEL CONCEPTO

La tematización del concepto de normas implícitas o no expresadas, como se ha dicho, tiene lugar en los años noventa. En el volumen *Dalle fonti alle norme* (1990, de ahora en adelante FN), donde desarrolla ideas presentes en el ensayo «Produzione di norme a mezzo di norme», retoma la correspondencia no biunívoca entre enunciados y significados, en los términos de Alf Ross y Tarello,

principios como la división de poderes y la llamada regla general exclusiva (197) sin utilizar expresiones como «normas (totalmente) no expresadas».

9 Una expresión a la que inexplicablemente Riccardo le ha querido siempre atribuir solo el sentido estricto de la interpretación. Ver, más recientemente, R. Guastini: *Discutendo* (2017: 299-304).

así como entre disposiciones y normas, en los términos de Vezio Crisafulli, y de ello obtiene la siguiente consecuencia: puede haber normas sin disposiciones¹⁰.

Aquí podemos recordar de paso la entificación de las normas producidas por todos estos enfoques: el término «norma», en realidad, no designa objetos, ni de pensamiento, ni lingüísticos¹¹, sino relaciones entre hechos, en particular calificaciones de la conducta como obligatoria, prohibida o permitida. Como vemos en las siguientes tres subsecciones, Guastini primero discute el fenómeno de las normas implícitas o no expresadas, luego formula el problema de su dependencia del lenguaje, y finalmente diferencia las normas explícitas o expresadas, producto de la interpretación de las disposiciones, de las normas implícitas o no expresadas, producto de la integración.

3.1. Veamos primero cómo Guastini conceptualiza (define) el fenómeno de las normas implícitas/no expresadas.

Según una opinión —discutible, pero absolutamente obvia entre los juristas—, el sistema legal no está constituido solo por normas que puedan obtenerse mediante la interpretación de las disposiciones contenidas en las fuentes: este sistema está lleno de normas sin disposiciones [...]. Una norma está desprovista de disposiciones cuando no puede estar relacionada con un enunciado preciso de las fuentes como su significado. En símbolos, podríamos escribir: ? => N. Por lo demás, se puede hablar de normas sin disposición de dos maneras bastante diferentes: a) En un sentido débil, una norma está desprovista de disposición cuando se deriva no de una disposición única, sino de una pluralidad de disposiciones

10 Ver R. Guastini, *Dalle fonti alle norme* (1990). Una traducción española de algunos textos básicos para tales distinciones —que sin embargo ignora a Ross y a Von Wright— se encuentra en Pozzolo y Escudero (2011). El texto clásico de Crisafulli sobre el tema es la voz «Disposizione (e norma)» (1964: 195-209).

11 Una crítica wittgensteiniana de la entificación de normas producida por estas distinciones se encuentra en M. Narváz Mora (2015: 43-69).

combinadas [...]; b) En un sentido determinante, una norma no tiene disposición cuando es una norma implícita o no expresada: es decir, una norma que no puede derivarse por interpretación de ninguna disposición específica o de una combinación de interpretaciones encontradas en las fuentes. Generalmente, una norma no expresada se deriva de otra norma expresada (por ejemplo, por analogía) o del sistema legal en su conjunto, o de algún subconjunto de normas consideradas en su totalidad (el sistema de derecho civil, el sistema de derecho administrativo, etc.)¹².

Aquí podrían ser útiles una observación y una propuesta terminológica. La observación es que desde el primer texto en el que se discuten estos conceptos, Guastini considera oposiciones como normas implícitas/explicitas e interpretación/integración no solo como dicotomías —diferencias entre clases mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas—, sino también como oposiciones básicamente coextensivas entre ellas. Dicho de otra manera, las normas explícitas-expresadas son producidas por la interpretación de disposiciones, mientras que las normas implícitas-no expresadas son producidas por su integración.

En cambio, la propuesta terminológica es la siguiente: Riccardo siempre ha utilizado los términos «normas implícitas» y «normas no expresadas» como sinónimos; sin embargo, con respecto al ejemplo paradigmático del concepto, siempre ha diferenciado principios implícitos, es decir, obtenidos de una disposición (como la razonabilidad) o de más de una (como la buena fe), y principios totalmente no expresados (como la división de poderes). Por lo tanto, ahora propongo denominar *implícitas* a las normas o principios derivados de una o más disposiciones, (*totalmente*) *no expresadas* a las normas o principios no formulados.

12 FN, 30-31. Aquí Guastini no se refiere a las *Lezioni di diritto costituzionale*, de Crisafulli, como lo hará más adelante, sino a N. Bobbio: *Sul ragionamento dei giuristi* (1955), en Comanducci y Guastini (1989: 171-189).

3.2. Guastini no oculta que la distinción plantea el problema de la dependencia del lenguaje de las normas. Si adoptamos la definición jusepositivista de norma como producto de un acto de lenguaje —de acuerdo con la tradición voluntarista e imperativista, desde Bulygin, expresamente mencionado en la nota, al último Kelsen y a Von Wright, hasta John Austin y Thomas Hobbes— «el término “norma no expresada” es una especie de oxímoron. Estrictamente hablando, no existe algo como normas no expresadas, ya que una norma o está expresada por una disposición o no es» (FN, 33).

En el siguiente punto vemos cómo Guastini sale del dilema —pero no de la entificación que eso produce— al referirse a las actividades de interpretación e integración. Aquí no puedo dejar de recordar que el suscrito había propuesto una manera muy simple de salir del dilema. No todas las normas jurídicas son prescripciones, por definición *language-dependent* (dependientes del lenguaje): también existen normas jurídicas que no son prescripciones, por lo tanto no formuladas sino solo formulables. En otras palabras, se puede abandonar la dependencia directa del lenguaje y adoptar una indirecta, como mera formulabilidad¹³.

3.3. «Es muy claro —concluye Guastini en la sección de FN dedicada a las normas sin disposiciones— que las normas no expresadas no son en absoluto el resultado de la interpretación, por cuanto se elaboran en ausencia de disposiciones que las expresan. Son el resultado de la producción (o integración) de la ley». El término «producción», que ya se había utilizado en «Produzione di norme a mezzo di norme», se refiere a otra fuente de la diferencia de Guastini: la distinción, efectuada pero también criticada unos años antes por Tarello, entre argumentos interpretativos y productivos. Pero no está tan clara, según Tarello, como la está de acuerdo con Guastini.

13 Barberis (1990: 9-28), donde «formulabilidad» se refiere al principio de expresibilidad de John Searle.

De hecho, en *L'interpretazione della legge* (1980), al examinar las clasificaciones de los argumentos interpretativos, Tarello critica la diferencia, en su opinión tradicional, «entre los llamados argumentos “productivos” o “de la producción legal”, y los argumentos (meramente) interpretativos». «Los productivos serían sobre todo (y en ciertos sistemas y culturas efectivamente aparecen como tales) argumentos que concluyen por la existencia o la inexistencia de normas, mientras que los otros concluyen por la atribución de uno u otro significado a las formulaciones normativas» (1980: 392).

Sin embargo, Tarello se liberaba de la diferencia de este modo: «por un lado, [también] la actividad interpretativa, al atribuir significados a los enunciados [...] *produce* las normas expresadas por los enunciados; por otro lado, la producción de normas de acuerdo con los argumentos [productivos] depende de una actividad interpretativa previa» (1980: 393-394)¹⁴. En resumen, Tarello atribuye la diferencia solo a los juristas de la precodificación, cuando en cambio esta captura precisamente el modo de razonar del codificador italiano de 1942, que dedica el primer inciso del artículo 12.º del Título Preliminar a los argumentos interpretativos, y el segundo a los argumentos integrativos o productivos.

4. EL EJEMPLO DE LOS PRINCIPIOS

Al proceder en FN, Guastini aduce, e ilustra ampliamente, un ejemplo paradigmático del concepto de normas implícitas o no expresadas: los principios. Se trata del tema quizá más debatido de la teoría de la norma de la segunda mitad del siglo XX. Aquí me limito a reportar un ejemplo. Riccardo escribe: «Quizás se puede decir que un principio no está expresado cuando se está de acuerdo

14 Serían productivos los argumentos también llamados «lógicos», a saber: los de integridad, de coherencia, a *fortiori*, a *simili*, a *contrario*.

(los operadores jurídicos están de acuerdo) en que no existe, en el lenguaje legislativo [*rectius*, de las fuentes]¹⁵, una disposición que constituya una formulación adecuada y exhaustiva del mismo principio» (FN, 122).

Por operadores jurídicos Guastini se refiere aquí —principal e indistintamente— a doctrina y jurisprudencia: aunque exista una diferencia importante entre una y otra, como veremos. De cualquier modo, Riccardo repite, con respecto a los principios, la diferencia entre normas que he sugerido llamar implícitas y no expresadas respectivamente: «Existen principios que, aunque no están expresados, pueden considerarse implícitos en el discurso legislativo [de las fuentes]. Mientras que los otros principios aparecen, por así decirlo, totalmente inexpresados, esto es, ni formulados ni implícitos en ningún segmento del discurso [de las fuentes]» (FN, 124).

Riccardo se cuida de especificar, siguiendo a Crisafulli (1984: 35, vol II), que diferentes principios pueden estar implícitos incluso en la misma disposición: por ejemplo, de la prohibición de discriminaciones, regla explícita derivada del artículo 3, inciso 1, de la Constitución italiana, el Tribunal Constitucional ha derivado el principio de igualdad, y de este el principio de razonabilidad (FN, 125). En cambio, son denominados totalmente no expresados principios como la división de poderes, el Estado de derecho, los llamados principios supremos de la constitución material, el mismo principio de igualdad, la preservación de los documentos legislativos, la llamada norma general exclusiva (FN, 126).

Otra advertencia formulada por Guastini es que «de hecho, puede ser muy difícil o incluso imposible decidir si una disposición constituye la interpretación de una cierta disposición (y por lo

15 De ahora en adelante reemplazaré en el texto de Guastini «legislativo» con «de las fuentes»: aunque el adjetivo refleja la asimilación del autor —que ya era de Tarello en expresiones como «interpretación de la ley»— entre el discurso legislativo y el discurso del derecho en general.

tanto que sea una norma expresada) o si en cambio constituye una norma implícita adicional» (FN, 125). Más aún, se diría que si se adopta el escepticismo interpretativo, comprendido por Riccardo e incluso por mí como la teoría de la interpretación según la cual toda disposición siempre puede expresar varias normas, ¿cuáles de estas pueden considerarse explícitas, cuáles implícitas y, sobre todo, qué diferencia hay?¹⁶.

En aquella época, surgió una controversia sobre la interpretación constitucional, que considero necesario recordar brevemente. Algunos de los principales constitucionalistas italianos, a principios del nuevo milenio, se dividieron como partidarios de dos métodos interpretativos del texto constitucional: el llamado método juspositivista moderado, defendido por Alessandro Pace, y el llamado método «por valores», apoyado por Franco Modugno y Antonio Baldassarre¹⁷. Controversia en la actualidad superada con la amplia victoria de estos últimos¹⁸, pero confusa precisamente porque ignora de modo sistemático los principios implícitos.

16 Como Riccardo ha reconocido recientemente, probablemente aludiendo al inferencialismo de Robert Brandom: «El punto es que no existe una distinción clara entre lo que significa un texto y lo que su significado implica. No en vano, según algunos, el significado de un enunciado no es más que el conjunto de sus implicaciones, el conjunto de las inferencias que este permite» (Guastini 2017: 251).

17 Los textos de Pace y Modugno, ambos titulados editorialmente «Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori», publicados por *Quaderni costituzionali* en el año 2001 y luego repetidos en un debate en la Universidad Sapienza en el 2005, se encuentran disponibles en línea, en <http://www.costituzionalismo.it/>. El texto de Baldassarre y su respuesta a Guastini, por otro lado, se pueden encontrar en <http://archivio.rivistaaic.it/>. Los tres textos de Riccardo, de críticas contra los constitucionalistas, actualmente se pueden encontrar en R. Guastini, *Discutendo* (2017: 315-347).

18 Mientras tanto, me parece que, efectivamente hoy los constitucionalistas están incluso más dispuestos a la interpretación «por principios», si no en realidad «por valores»; y que el mismo Guastini, sin quererlo, y tal vez queriendo exactamente lo contrario, ha contribuido a esta evolución.

Pace, en efecto, se limita a abogar por una mayor adhesión al texto constitucional, que debe interpretarse principalmente como una formulación de reglas. Cuando el artículo 13.º, inciso I de la Constitución, declara la libertad personal inviolable, por ejemplo, expresaría sí un principio, pero simplemente «recapitulativo» de las reglas expresadas en los incisos siguientes. Modugno y Baldassarre, por otro lado, propugnan una menor adhesión al texto, que debe interpretarse ante todo como la formulación de principios: siendo así, el principio del artículo 13.º, inciso I, se prestaría, junto con otros, para formular reglas y otros principios aún, como el derecho a la vida.

Ahora bien, los contendientes —que incluso mencionan a Tarello a favor de la aplicación del artículo 12.º del Título Preliminar al texto constitucional¹⁹— tienen mucho cuidado de no usar expresiones como «principios implícitos» o «no expresados». Pero no porque ignoren la diferencia de Guastini, sino más bien porque en su calidad de constitucionalistas, les parece obvio que todas las normas constitucionales —reglas o principios, explícitos o implícitos— solo pueden ser expresados. En efecto, describirlos como no expresados los expondría a la objeción de que un constitucionalista no tiene el poder de integrar el texto constitucional²⁰.

Y esto confirma, *a fortiori*, el motivo por el cual la noción de normas implícitas permanece sin ser tematizada por los juristas positivos, sino solo por un teórico del derecho como Guastini. En efecto, una de las condiciones pragmáticas ineludibles del discurso judicial y doctrinal es que cualquier norma jurídica solo puede estar expresada por una disposición, especialmente si es una

19 Favor que le parecerá extraño solo a quienes aún asocian el escepticismo interpretativo con el favor para la producción judicial de la ley: cuando en el caso de los escepticos genoveses se trata, al contrario, no de una constatación avalorativa, como ellos afirman, sino de una especie de denuncia.

20 Que el juez se mostraba reacio a asumir la responsabilidad de integrar el derecho vigente, ya lo había observado H. Kelsen: *Reine Rechtslehre* (1960), traducido al italiano (1966: 279-ss.).

norma constitucional. En efecto, ¿con qué autoridad podría un juez constitucional o un constitucionalista agregar una norma al sagrado texto constitucional? Calificar dicha actividad como integración, y tales normas como implícitas o no expresadas, solo puede ser obra de la teoría del derecho, y en particular de una teoría iusrealista.

5. LA TEORÍA DEL MARCO

Ya desde los años noventa²¹, Guastini precisa el escepticismo interpretativo heredado de Tarello al incorporar la teoría del marco de Kelsen y criticar la teoría mixta de Hart. Respecto a esta teoría mixta, me limitaré a repetir, como siempre, que se trata de una teoría (en mi opinión, casi incuestionable) de la *aplicación* de reglas abstractas en casos concretos: precisamente la teoría según la cual estos pueden ser fáciles o difíciles. El escepticismo «genovés», por otro lado, es una teoría (en mi opinión, igualmente incontrovertible) de la *interpretación*, según la cual cada disposición puede expresar varias normas. Centrándose en diferentes objetos, aplicación e interpretación, siempre en mi opinión las dos teorías son perfectamente compatibles²².

En cuanto a la teoría kelseniana del marco²³, al adoptarla, Guastini corrige sustancialmente el escepticismo «genovés», pero convierte en problemáticas algunas distinciones hasta entonces bastante

21 La adopción de la teoría del marco, en la forma que le da H. Kelsen (1966: 386-388), creo que se presenta por primera vez en Guastini (1996: 70).

22 De hecho, ahora Guastini admite que puede haber casos fáciles de aplicación. Ver en este mismo escrito § 7. Sin embargo, incluso Hart, si alguna vez distinguió disposiciones y normas, debería admitir que la disposición «Prohibido el ingreso de vehículos al parque» podría expresar varias normas.

23 Hay que tener en cuenta que «marco» (primera traducción del original alemán *Rahme*) no aparece en las traducciones italianas de las dos *Dottrine pure*, de Renato Treves y Mario G. Losano, que lo traducen como «esquema». El término tampoco se encuentra en la traducción de la *General Theory*, de Sergio Cotta y Giuseppino Treves, en la que, además, ni siquiera hay un capítulo sobre la interpretación, lo que nos dice mucho sobre el interés de Kelsen en la teoría de la interpretación.

claras. La corrección sustancial —de hecho, el único contenido efectivo de la teoría del marco, por lo demás una idea-límite que señala un problema sin resolverlo— se refiere a la circunstancia de que incluso solo para hablar de interpretación, no se le puede atribuir a un texto cualquier significado. La interpretación, por definición, tiene sus límites, pero ¿dónde están estos límites? La teoría del marco no lo dice²⁴.

Sin embargo, con esta aclaración o corrección, el escepticismo genovés se convierte en «moderado»: una forma de realismo interpretativo, teniendo en cuenta que el «escepticismo» era el nombre adoptado por Hart solo para desacreditarlo. El escepticismo moderado, aparte del oxímoron, no solo se vuelve más tranquilizador para los juristas positivos, sino también para aquellos que creen, todavía, que la interpretación puede atentar contra la democracia. La teoría de la interpretación termina por admitir lo que ya reconocía la escuela posrealista del Legal Process: el legislador y el juez cooperan en la producción legislativa²⁵.

Empero, el precio que ha pagado Guastini por esta operación es poner en tela de juicio las distinciones que hasta ahora eran claras. Ya hemos mencionado el hecho de que la diferencia entre normas explícitas e implícitas se superponía a aquella entre interpretación e integración: son explícitas las normas producidas por la interpretación, e implícitas las resultantes de la integración. Ahora la distinción se extiende a la producción de normas dentro o fuera

24 La noción de marco juega un papel opuesto en la teoría pura y el escepticismo genovés. En la teoría pura, introduce la idea de la ambigüedad de la norma, tanto involuntaria como intencional; en el escepticismo genovés, en cambio, introduce un límite a la indeterminación, que Tarello da por sentado. Además, este límite no está especificado ni siquiera en los análisis más minuciosos de la noción de marco: ver para todos P. Chiassoni (2015: 352-354).

25 El problema para esta admisión salomónica es que, como Guastini siempre ha pensado, y como lo explicó B. Celano, el juego de la interpretación no es cooperativo sino conflictivo.

del marco: se dice que son explícitas las normas producidas por la interpretación dentro del marco, e implícitas aquellas producidas por la integración fuera del marco.

Esta triple diferencia debería reforzar cada una de las distinciones que abarca, pero en realidad las debilita, haciendo que todas dependan de una noción indeterminada como la de marco. De hecho, veremos que todos los intentos de precisar la noción de marco —en términos del texto de la disposición, de cánones argumentativos y/o de tesis doctrinales— la han expuesto a críticas y propuestas para abandonarla (ver § 7). Mientras tanto, por otro lado, ha tenido lugar una evolución adicional en la teoría de Guastini: la introducción de la noción de construcción jurídica.

6. INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN

En la década del 2000, Guastini reemplaza el término «integración», hasta entonces usado en oposición al de «interpretación» como en los dos incisos del artículo 12.º del Título Preliminar, por el término «construcción». Este también había aparecido ocasionalmente con anterioridad: por ejemplo, en la traducción de Guastini de un conocido pasaje de Peczenik²⁶. Ahora, en cambio, se refiere a las técnicas interpretativas típicas de la doctrina, como en Giorgio Lazzaro (1965)²⁷, y termina extendiéndose a todas las actividades más allá de la mera atribución de un significado a un texto (la interpretación propiamente dicha)²⁸.

26 Ver FN, 127, n.º 40, que traduce de este modo un pasaje de A. Peczenik: *Non-Equivalent Transformation and the Law* (1979): «Pero ¿de dónde viene esta norma? No proviene de ninguna fuente escrita. En realidad ha sido *construida*. Las fuentes del derecho no son nada más que argumentos utilizados en el proceso de construcción de esta norma» (cursiva en el texto).

27 Quien a su vez piensa en los usos del alemán «Konstruktion», de Rudolf von Ihering.

28 A mi entender, la primera aparición del término «construcción jurídica», entre comillas, se encuentra en R. Guastini (2004: 106). Con respecto a una partición

Sin seguir la evolución de la noción de una obra a otra, tomemos su versión más completa, disponible en *Interpretare e argomentare* (2011b). El término «construcción» incluye una lista larga e incompleta de actividades, ulteriores a la interpretación propiamente dicha, típicas de la doctrina, más que de la jurisprudencia. En efecto, recordemos que otro aspecto original del iusrealismo «genovés», no solo de Guastini, es precisamente la insistencia en las funciones nomopoiéticas de la doctrina²⁹.

Riccardo enumera de este modo las actividades de construcción:

a) la creación de vacíos axiológicos; b) la elaboración de normas no expresadas o «latentes» («reglas» y «principios», según los casos, que se afirma son implícitos); b1) a fin de llenar estos vacíos, o b2) para concretar principios; c) la creación de jerarquías axiológicas entre normas; d) el equilibrio entre principios en conflicto; e) la solución de (ciertas antinomias) [...]. Entre estas numerosas operaciones, la elaboración de normas no expresadas juega un papel especial (Guastini 2011b: 32-33)³⁰.

Así, «construcción» indica lo que previamente fue llamado integración o interpretación creativa.

múltiple de normas implícitas, aquí se lee: «las normas del tercer tipo (las obtenidas de tesis dogmáticas) son el producto de una obra de “construcción jurídica”: en resumen, nacen de una combinación de interpretación y dogmática».

29 Por otra parte, todos los demás iusrealismos insisten en las funciones nomopoiéticas de la jurisprudencia, especialmente en el derecho común, para el cual el tema de la cientificidad de la doctrina es extraño. Por lo tanto, otra característica distintiva del realismo legal de Guastini es el normativismo, en el sentido de la producción de normas implícitas o no expresadas, como también en la interpretación, los hechos, los casos concretos, no parecen desempeñar ningún papel.

30 La expresión «latentes» también se deriva de Lazzaro. Hay que tener en cuenta que las «normas implícitas», que compartían la misma extensión de «integración», ya no lo son de «construcción», lo que también indica actividades adicionales a la producción de reglas implícitas; todas las normas no expresadas son el resultado de la construcción, pero no todas las construcciones producen normas no expresadas.

Retomando las ideas de Kelsen, Guastini denomina *cognitiva* a la interpretación «científica», que enumera las normas contenidas en el marco; *decisoria* a la interpretación «auténtica», eligiendo una dentro del marco; *creativa* a aquella que la «construye» fuera del marco. Y concluye: «La única diferencia entre interpretación decisoria e interpretación creativa radica [...] en lo siguiente: que el significado asignado al texto en un caso (interpretación estándar de la toma de decisiones) está comprendido entre aquellos identificados o identificables a través de la interpretación cognitiva, en el otro caso (interpretación creativa), no» (Guastini 2011b: 33)³¹.

Antes de examinar las objeciones, consideremos la aparición contemporánea de una diferencia similar en la literatura de los Estados Unidos sobre interpretación constitucional. En inglés, «interpretation» (interpretación) y «construction» (construcción) son casi sinónimos, incluso a veces son utilizados en conjunción, como una endíadis. En la interpretación constitucional estadounidense, y precisamente en su versión más «formalista», el originalismo, pero para hacerla competitiva con las posiciones no originalistas³², el significado de los dos términos se diferencia, redefiniéndose.

Al final del milenio, la terminología aún oscila en los textos de lo que se llamará «nuevo» originalismo (*new originalism*) o neo-originalismo (*neo-originalism*), cuyo rasgo distintivo, comparado con el originalismo anterior o sin calificaciones, es precisamente el siguiente³³. Los originalistas, en respuesta a la jurisprudencia de los tribunales de Warren y Burger, habían desarrollado una teoría de la *adjudication* constitucional cuyo elemento principal, si no el

31 Riccardo me señala que en otras partes diferencia entre interpretación creativa y construcción, pero afirma que la primera tiende a resolverse en la segunda, produciendo a veces normas totalmente no expresadas.

32 Respecto a todos estos eventos, ver por último A. Sardo (2018).

33 Esta construcción se basa principalmente en Berman y Toh (2013: 545-576). Ver también Cisneros (2010: 71-93); y Kay (2017: 1-25).

único, era la *interpretation*: la atribución al texto constitucional del significado original (*original*), identificado de diversas maneras.

En cambio, los neo-originalistas (Kart Whittington, Randy Barnett, Larry Solum) añaden a la *interpretation*, concebida como el conocimiento del significado lingüístico del texto constitucional mediante la eliminación de sus posibles ambigüedades, la *construction*, la elaboración del significado legal. La *construction* consiste no solo en identificar la regla aplicable al caso, reduciendo la ambigüedad del significado lingüístico (lo que nosotros llamamos aplicación), sino también en su justificación mediante una *doctrine* judicial específica. Con estas adiciones, el neo-originalismo pretende evitar las objeciones antioriginalistas³⁴.

Como se puede ver, la diferencia neo-originalista entre *interpretation* y *construction* no corresponde en absoluto con la de Riccardo bajo al menos tres perfiles. Primero, es diferente la noción de interpretación (decisoria): en originalistas y neo-originalistas, se trata de una mera *aclaración* del significado lingüístico, mientras que en Guastini se trata de la *adscripción* del significado tanto lingüístico como jurídico. Segundo, la noción de construcción es diferente: en Riccardo tiene connotaciones sobre todo *doctrinales*, mientras que en los (neo) originalistas es exclusivamente *judicial*.

Tercero, y sobre todo, los (neo) originalistas, como todos los constitucionalistas incluso italianos, *prescriben* los significados que deberían adscribirse a las disposiciones constitucionales, mientras que Riccardo *describe* la adscripción constitucional llevada a cabo por jueces constitucionales o constitucionalistas. Sin embargo,

34 Esto es especialmente cierto para autores como Solum (2010: 95-118), los que conciben la *construcción* como un paso a una *interpretación* posterior, pero necesaria: a la interpretación lingüística siempre le debe seguir una construcción jurídica, si quiere tener efectos.

la distinción estadounidense puede traducirse en términos de Guastini: la *interpretation* remedia la ambigüedad de la disposición, la *construction* la vaguedad de la norma. Pero, sobre todo, la distinción estadounidense confirma que los constitucionalistas, y los juristas positivos, en general, rechazan la tematización de las normas implícitas o no expresadas.

De hecho, ni siquiera los neo-originalistas, empeñados en «liberalizar» el originalismo para hacerlo competitivo con los enfoques antioriginalistas, sueñan con hablar de normas constitucionales implícitas o no expresadas. Sospecho que tampoco lo hacen sus adversarios históricos, los partidarios de una *living constitution*. Todos respetan la condición pragmática de la interpretación doctrinal y judicial: «normae non sunt multiplicanda praeter legislationem», las únicas normas de las que se puede hablar siempre deben poderse atribuir al legislador o, *a fortiori*, al constituyente.

7. LAS CRÍTICAS DE DICIOTTI Y PINO

En el año 2013, en la *Rivista di filosofia del diritto*, se llevó a cabo un debate sobre *Interpretare e argomentare* con el arbitraje de Vito Velluzzi; en particular, Giorgio Pino presentó objeciones a toda la teoría de la interpretación de Guastini, mientras que Enrico Diciotti criticó específicamente la teoría de las normas implícitas o no expresadas³⁵. Ambas críticas y la réplica de Guastini están llenas de ideas que nos llevarían muy lejos. A continuación, me concentraré principalmente en la conceptualización de las normas implícitas o no expresadas: salvo una excepción preliminar.

La excepción consiste en el comentario, compartido por Pino y Diciotti, de que Guastini habría terminado por aproximarse a la

35 Pino (2013: 77-101); Diciotti (2013: 103-124). R. Guastini (2013a: 125-136); mientras tanto se ha vuelto a escribir y puede leerse en Guastini (2017: 241-252).

teoría interpretativa mixta: observación que deriva, según creo, del malentendido sobre el objeto de las teorías mixta y escéptica, que ya he señalado (§5)³⁶. La teoría de Guastini, repito entonces, es una teoría (escéptica) de la *interpretación*: cada disposición puede formular varias normas. La teoría de Hart, en cambio, es una teoría (mixta) de la *aplicación*: hay casos fáciles y casos difíciles. Que en la actualidad Guastini admita los casos fáciles (2011b: 277)³⁷, en sí, no significa un acercamiento a Hart, que no se ocupa de la interpretación en sentido estricto sino de la aplicación.

Pino critica directamente la dicotomía interpretación/construcción, y solo de manera indirecta la dicotomía entre normas explícitas/implícitas: dicotomías no coincidentes, hago notar, porque no toda construcción produce normas implícitas. Para él, «en la mayor parte de los casos existen razones justificadas y plausibles para calificar la misma actividad como interpretación y como construcción»³⁸. En efecto, si el marco es más amplio, entonces más normas resultarán explícitas, producto de la interpretación, y menos implícitas, producto de la construcción; la misma norma se vuelve explícita o implícita dependiendo de la extensión del marco³⁹.

Guastini, como lo hace notar siempre Pino, tiende a definir la noción de marco en términos del conjunto de las normas producidas, en forma independiente, sobre la base de reglas de

36 Equivocación de la que comparto la responsabilidad: ver Barberis (2000: 2-36).

37 Dada una norma cualquiera, existen casos en los que ciertamente se puede aplicar, casos en los cuales dicha norma no puede ser aplicada y finalmente hay casos «dudosos» o «difíciles» (Pino 2013: 78, n.º 4).

38 De este modo G. Pino (2013: 88), que usa indistintamente, como todos, los opuestos, normas implícitas/explicitas y normas expresas/no expresas.

39 Sobre esta observación de Pino se inserta un trabajo reciente de Giorgio Maniaci: *Interpretazione cognitiva, decisoria e creativa. La teoria delle due cornici*, aún inédito, que propone definir en forma distinta el marco dependiendo de si la interpretación es extensiva o restrictiva.

la lengua, cánones interpretativos y tesis dogmáticas⁴⁰. En la aplicación separada de los tres criterios, como se puede observar, surgen sin embargo dos problemas. Mientras tanto, las normas explícitas adoptadas solo en función de tesis dogmáticas son denominadas por Riccardo no implícitas, sino totalmente no expresadas. Luego, y sobre todo, el marco cambia en el tiempo: las normas implícitas se suman a las explícitas, incorporándose al marco y convirtiéndose también en explícitas⁴¹.

La noción de marco, como he dicho antes, indica un problema, pero no lo resuelve, siendo irreductiblemente vaga. Reconociendo dicha falta de determinación, por lo demás admitida siempre por Guastini, Pino considera que habría solo dos posibilidades: limitar los criterios que determinan el marco solo a las reglas de la lengua, como ocurre en muchas teorías originalistas de la *interpretación*, o abandonar del todo la noción de marco, aparentemente inservible; lo cual, por otra parte, anularía también las diferencias entre interpretación/construcción y normas implícitas/explicitas (Guastini 2011b: 99).

Del mismo modo, Diciotti critica la diferencia que existe entre normas explícitas/implícitas porque a veces los mismos argumentos

40 Ver R. Guastini (2011b: 29), donde estrictamente hablando no se mencionan las reglas de la lengua, sino solo el texto más «ambos métodos interpretativos», así como «ambas tesis dogmáticas». Riccardo no se pregunta si los tres criterios funcionan conjunta o separadamente. Entonces se puede notar que si fueran explícitas solo las normas elaboradas conjuntamente, sobre la base de reglas de la lengua y cánones interpretativos y tesis dogmáticas, entonces las normas explícitas serían raras, y las normas implícitas comunes. Si, en cambio, fueran explícitas, por separado, todas las normas elaboradas en función de reglas de la lengua o cánones interpretativos o tesis dogmáticas, entonces las normas explícitas serían comunes y las normas implícitas raras. Guastini, en la misma obra, parece elegir la segunda posibilidad: «La interpretación creativa, como se ha definido, es un fenómeno bastante raro» (2011b: 31).

41 En el mismo libro: «Una eventual interpretación creativa [...] tiene el efecto de ampliar, para el futuro, la lista de significados que se pueden identificar en la interpretación cognitiva» (2011b: 36).

se usan para justificar tanto la interpretación como la integración, que sigue siendo el caso paradigmático de la construcción. La solución que propone Diciotti corresponde a la primera alternativa de Pino: trazar el marco solo en función «de los significados que los textos tengan de por sí, en base a las reglas sintácticas y semánticas de la lengua». Aunque el argumento literal —el principal, pero no el único entre los que se utilizan para obtener normas expresas— sea hoy blanco de críticas devastadoras⁴².

Como ya se mencionó, en *Interpretare e argomentare* Guastini, en su respuesta, admite que las diferencias entre interpretación/construcción y normas explícitas/implícitas están lejos de ser claras, y que en muchos casos se pone en duda de que se trate de una o de otra cosa. En la versión original de su respuesta, Riccardo aceptaba con renuencia la propuesta de Pino y Diciotti de denominar interpretación solo a la asignación del significado literal (2013a: 135)⁴³. En cambio, ahora la rechaza, y por una buena razón: que, al aceptarla, todas las normas no producidas a través de la interpretación literal —es decir, la mayoría— se convertirían en implícitas⁴⁴.

Las dudas de Guastini se remontan a Tarello. Como se ha visto, este menciona la diferencia entre argumentos interpretativos y

42 E. Diciotti: «Norme espresse e norme inespresso» (2013: 105 y 108); que el argumento literal sea solo uno entre los argumentos usados para recabar normas expresas se precisa en «Equivocità dei testi normativi, norme espresse e norme inespresso» (Diciotti 2015: 57-70). Para una crítica de las tesis de Diciotti, ver P. Chiassoni: «Frames of interpretation and the Container-Retrieval view» cit.; sobre el significado literal, ver por lo menos F. Poggi (2013: 313-335).

43 Sin embargo, ver el ya mencionado: *Interpretare e argomentare* (2011b: 418).

44 «Me temo que aceptando la tesis *en discusión*, se tendría un resultado bastante paradójico al considerar como normas no expresadas casi la totalidad de las normas que llenan el sistema» (Guastini 2017: 251). Lo que —y lo incluyo yo— haría definitivamente imposible la teoría de las normas implícitas para los juristas positivos.

productivos solo para criticarla, aunque esté incorporada en el artículo 12.º, Título Preliminar, que a él le gustaría incluso aplicar a la interpretación constitucional. Para incrementar aún más la confusión, Tarello no consideraba ni siquiera el argumento literal entre los muchos argumentos interpretativos enumerados en *L'interpretazione della legge* (1980). Finalmente, si Guastini tiene razón —no se puede usar el argumento literal para hacer menos indeterminado el marco—, ¿esto no conducirá al abandono de la noción misma de marco, precisamente como le gustaría a Pino?

8. LA DEFENSA DE CANALE

En el mes de marzo de 2018, los temas de la discusión del 2013 fueron retomados por Damiano Canale, en presencia de Riccardo, en un informe discutido al Instituto Tarello de Génova, titulado de manera provisional «In difesa della distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica»⁴⁵. Canale adopta, desde hace años, el inferencialismo de Robert Brandom, quien concibe el significado de un enunciado como el conjunto de las inferencias que ese permite⁴⁶: un enfoque al mismo tiempo favorable y desfavorable para diferenciar interpretación y construcción y, por lo tanto, también normas explícitas e implícitas.

El inferencialismo parece idóneo para hacer explícita la dimensión tácita de prácticas como la interpretación y la construcción: especialmente, para volver explícitas las normas implícitas o no

45 Del que, mientras escribo, solo conozco el título y diapositivas, ambos provisionales, proporcionados gentilmente por Damiano.

46 Esta en realidad es la síntesis que hemos visto hacer a Riccardo en *Discussendo* (2017: 251); es arduo encontrar formulaciones así de claras en los libros de Brandom como *Articulating Reasons. An introduction to inferentialism* (2000), traducido al italiano (2002), que presentan el inferencialismo como una especie de superación de las teorías del significado del siglo XX. El mismo Canale habla del contenido conceptual de enunciados y no de significado (2017: 31-60).

expresadas elaboradas en las prácticas jurídicas⁴⁷. Por otro lado, el mismo enfoque no parece particularmente apropiado para ocuparse de prácticas no cognitivas sino más bien normativas, ni favorable para identificar normas, como las normas implícitas o no expresadas de Guastini, ni para marcar diferencias claras entre el significado del enunciado (interpretación) y las inferencias a partir de dicho significado (construcción).

Sin embargo, Canale realiza precisamente esta última operación: defiende la distinción interpretación/construcción, reformulándola en términos de dos tipos distintos de relaciones⁴⁸. La interpretación llega a ser una relación —inferencial solo en el sentido amplísimo de conclusión obtenida de premisas— *entre disposiciones y normas*. En cambio, la segunda es una relación —inferencial en el sentido estricto de producción argumentativa de conclusiones y normas— a partir de premisas que son otras normas: es decir, una relación entre *normas explícitas*, obtenidas con anterioridad de disposiciones, y normas *implícitas* adicionales a ellas.

De esta manera, la «inferencia» en el sentido más amplio, de disposiciones a normas, se diferencia claramente de la inferencia en sentido estricto, de normas explícitas a normas implícitas. Por otro lado, el mismo Canale menciona que eso no excluye metarrelaciones, relaciones entre las relaciones, que habrían sido percibidas solo de manera imperfecta por Pino y Diciotti. Mientras tanto, como ya había observado Tarello, la construcción presupone la interpretación; se trata precisamente de una relación entre normas

47 Desde el título del primer libro conocido de Brandom, *Making it Explicit* (1994); sobre el inferencialismo y sus posibles aplicaciones al derecho, ver al menos Canale y Tuzet (2009).

48 Canale caracteriza dichas relaciones en los términos de Russell (1919: 42-51); y MacBride (2016), como relaciones didácticas asimétricas. Entre relaciones en dos términos se dicen relaciones simétricas cuando «A y B están casados», relaciones no simétricas cuando «A ama a B», relaciones asimétricas cuando «A es más alto que B».

explícitas, producto de la interpretación y normas implícitas: aunque ya se puede observar que esto parece menos obvio para normas (totalmente) no expresadas.

Luego, los argumentos interpretativos y constructivos son diversos, justifican inferencias diferentes: un ejemplo obvio es la diferencia entre interpretación extensa, que recae desde el nombre entre los argumentos interpretativos, y argumento analógico, que recae claramente entre los argumentos constructivos. Por último, puede ocurrir que las normas explícitas y las normas implícitas tengan el mismo contenido: la producción de una misma norma incriminatoria penal, por ejemplo, puede justificarse por interpretación extensa o por analogía, y si se hace de la primera manera es más que nada para eludir la prohibición de la analogía en lo penal⁴⁹.

Basado en estas premisas, Canale critica de manera explícita las objeciones de Pino y Diciotti, y rechaza la solución propuesta por los primeros, que al final también es rechazada por Riccardo, es decir, denominar normas explícitas solo a las normas producidas por medio de la interpretación literal. Mientras tanto, Damiano contradice las objeciones diciendo que siempre se puede diferenciar, en principio —es decir, sobre la base de la redefinición propuesta por él— entre normas explícitas e implícitas, dependiendo de si han sido obtenidas por mera interpretación o por auténtica construcción, aunque de hecho, añadido, siempre puede haber duda en casos particulares.

49 En especial, Damiano sostiene que siempre es posible diferenciar analíticamente argumentos interpretativos y constructivos llamados con el mismo nombre por los intérpretes. Por ejemplo, a la pregunta de si la norma por la cual los derechos inviolables del hombre se excluyen de la revisión constitucional es explícita o implícita, siempre se puede responder en el primer sentido, si la norma se obtiene directamente de la disposición, en el segundo caso si se obtiene de manera indirecta de otra norma obtenida de la disposición.

A la solución propuesta por los críticos, pero finalmente rechazada por Guastini, Canale responde que el (pretendido) significado literal no puede ser constatado solo en función de las reglas semánticas y sintácticas de la lengua. Al contrario, bajo una teoría pragmática, es decir, contextualista del significado⁵⁰, dichas reglas solo subdeterminan los contenidos de los enunciados. No existe un significado literal independiente del contexto; interpretar, por el contrario, quiere decir precisamente asumir un contexto —un agente, un tiempo, un lugar, un mundo— en el cual la disposición adquiere precisamente ese significado.

El marco con respecto al cual se puede hablar de normas explícitas (producidas dentro del marco) o implícitas (producidas fuera del marco) puede por lo tanto definirse en términos sí lingüísticos, pero contextuales. Y no solo en términos de reglas de la lengua, sino también en términos de argumentos interpretativos —diferenciados en estrictamente interpretativos y puramente constructivos— y de tesis dogmáticas. Estos tres criterios serían, según afirma Canale, «necesarios y suficientes» para trazar el marco y diferenciar interpretación y construcción, así como normas implícitas y explícitas.

Unificando las posiciones de Riccardo, su reformulación por parte de Canale y la propuesta de integración en ambas, voy a proponer, como anuncié desde el comienzo, una distinción entre tres tipos de normas: normas *explícitas*, obtenidas de la disposición por interpretación, a través de argumentos puramente interpretativos; normas *implícitas*, inferidas de las normas explícitas, por construcción, a través de argumentos constructivos; finalmente, normas (totalmente) *no expresadas*, que no se han inferido ni de disposiciones, ni de normas, sino que se han solo «enganchado» a

50 Dicho de paso, sobre puntos como este una teoría general del significado es evidentemente necesaria, necesidad que Guastini siempre ha pretendido minimizar.

las primeras, a través de tesis dogmáticas. El caso más interesante, al que dedico la sección final, es, naturalmente, el tercero.

Empero, es necesario precisar desde ahora que, en realidad, los problemas están lejos de ser resueltos. Las diferencias entre interpretación/construcción y normas explícitas/implícitas permanecen basadas en la noción de marco, criterio difícil de manejar, como ya lo ha planteado Guastini admitiendo el cambio del marco en el tiempo, pero que llega a serlo aún más en la reformulación de Canale en términos contextuales. Y bien, la vaguedad de los criterios solo se puede reducir, nunca eliminar del todo. Pero, si doctrina y jurisprudencia ya *no* usaban estas distinciones, es improbable que comiencen a usarlas ahora.

Sin embargo, pienso que dichas distinciones son instrumentos conceptuales —no prácticos, como se ha visto— indispensables para conferir comprensibilidad a un análisis jusrealista de doctrina y jurisprudencia e incluso, en el límite, a la propia crítica de Damiano; pero precisamente en el límite, como vemos en la sección final. En efecto, justamente las normas en apariencia más criticables de todas, porque son totalmente no expresadas, de hecho son las menos criticadas. Por lo tanto, diferenciarlas de las implícitas sirve ante todo para mostrar los procesos de despositivización típicos del estado constitucional.

9. NORMAS NO EXPRESADAS Y FALTA DE POSITIVIZACIÓN

El caso más interesante entre los destacados por Guastini, porque vuelve a poner en discusión, de modo involuntario, algunos dogmas positivistas, está representado por las normas (totalmente) no expresadas. Riccardo distingue este caso desde el FN, y luego también cuando propone la noción de construcción jurídica. Son principios (totalmente) no expresados para él: la división de poderes, el Estado de derecho, los llamados principios supremos de la constitución material, el principio de igualdad, el principio de

conservación de los documentos legislativos y la llamada norma general exclusiva (FN, 126).

Esta primera lista ya muestra que entre los principios no expresados vuelven a incluirse principios de construcción doctrinal y jurisprudencial, y también teórica, como la norma general exclusiva, o incluso filosófica, y como la división de poderes. Lo que obliga a una *primera* aclaración, con la cual creo que Riccardo está de acuerdo: para admitir normas (totalmente) no expresadas, en una teoría juspositivista, no es suficiente que sean propuestas por juristas, teóricos o filósofos, sino que sean aceptadas por la jurisprudencia, incluso constitucional, y que lo sean *obviamente*, de manera no conflictiva.

En este sentido, creo que se pueden admitir ideas como la de Akhil Amar, de una *unwritten constitution* (constitución no escrita): para no hablar de la de Gustavo Zagrebelsky, y antes de Joseph de Maistre, que en las constituciones las cosas más importantes no se escriben, para no admitir que, así como se escriben, también se pueden borrar. Me parece que principios (totalmente) no expresados pueden ser admitidos por una teoría positivista e incluso realista, pero con esta condición: no solo deben ser aceptados por los jueces constitucionales, sino también deben serlo *obviamente*, de manera indiscutible⁵¹.

Sin embargo, no se puede ocultar que esta admisión pone en duda dogmas, o más bien, suposiciones tácitas del positivismo jurídico,

51 Conclusión a la cual ya se podría llegar, en el caso de Kelsen, a propósito de las normas individuales elaboradas por los jueces ordinarios. Sin embargo, estamos hablando de otro fenómeno típico del estado constitucional y no solo del legislativo. En la división del trabajo jurídico típica del estado constitucional, a los jueces constitucionales e internacionales les corresponde dar una opinión autorizada sobre los principios máximos: aunque luego, hablando estrictamente, para que se diga pacífica, esa opinión no debe ser objetada por los órganos supremos constitucionales e internacionales.

como las que se refieren a la positividad y a la positivización del derecho: dogmas o suposiciones tácitas respecto a las cuales la teoría positivista siempre ha sido bastante evasiva para requerir una *segunda* aclaración. Se puede decir que el positivismo siempre ha estado contento con negar la tesis iusnaturalista de que se dan normas incorporadas en la naturaleza y/o en la razón humana. Según los positivistas, todas las normas son positivas, producidas por los hombres. Pero ¿producidas cómo?

Aquí es necesario diferenciar al menos tres sentidos de «positividad»: tres especificaciones del sentido genérico de «positivo» como producido por hombres. En el *primer* sentido, fuerte, solo las normas expresas o explícitas son positivas, es decir, solo las prescripciones legislativas: normas generalmente elaboradas con intención de producirlas. Pero es claro que este sentido es demasiado estricto, y que ya el caso de las normas implícitas muestra que hay un *segundo* sentido, débil, de «positividad». En este segundo sentido, también hay normas positivas de origen doctrinal y judicial, por lo general elaboradas sin la intención de producirlas, sino con el objetivo principal de estudiar o aplicar el derecho⁵².

Asimismo, la existencia —por definición obvia, aceptada por todos y especialmente por los órganos judiciales supremos, ya en el estado legislativo— de normas (totalmente) no expresadas, como el principio de la división de poderes, induce a preguntarse si no

52 De aquí deriva mi polémica con el *creazionismo* (*creacionismo*), especialmente genovés, a la cual no tengo por qué volver: para mí es obvio que se dan también normas producidas como efecto no intencional de otras actividades intencionales, como estudiar o aplicar el derecho. Los juristas siempre han elaborado normas de este tipo, precisamente como el *bourgeois gentilhomme* de Molière que siempre ha hablado en prosa: y, siempre como Monsieur Jourdain, continúan haciéndolo incluso después de que los teóricos se lo han mostrado. Como me confesó una vez Giulio Itzcovich, la idea de efectos no intencionales de la acción humana es tan banal, que para tenerla no es necesario haber leído a Adam Smith, Carl Menger o Friedrich Hayek: Molière basta y sobra.

debe presumirse un *tercer* sentido de «positividad», debilísimo. Entonces, en este tercer sentido, llegan a ser positivas, como lo admite el mismo Ross, incluso las normas inferidas de las tesis dogmáticas de Guastini, establecidas ni formalmente (primer sentido de «positividad»), ni informalmente (segundo sentido), sino solo «libremente», en el sentido de que son comúnmente aceptadas por la comunidad de los intérpretes⁵³.

Una teoría positivista o realista, con mayor motivo si es «liberalizada», para sobrevivir en el ambiente del estado constitucional debe tematizar un proceso de despositivización del derecho que invierte el proceso de positivización. La despositivización parte del ápice de la positivización: que no es la codificación, como se podría pensar, sino la decodificación, es decir, la sustitución progresiva de los códigos con leyes especiales. Desde este momento, e incluso en el estado constitucional, el derecho tiende, por un lado, a resolverse en la legislación; y, por otro lado, a encontrar el límite de los principios⁵⁴.

Sin embargo, el ejemplo más característico de dicho proceso —tan estridente como para ser susceptible de lecturas iusnaturalistas

53 Ver Ross (1958: 76-78), donde se distinguen fuentes objetivadas (legislación), parcialmente objetivadas (costumbres y precedentes) y no objetivadas (razón), y se afirma (100-101) que el realismo jurídico se distingue del positivismo porque admite fuentes «not formally established» (no formalmente establecidas). Ver también mi «Pragmatics of Adjudication» (2017), especialmente 334-337, y Ratti (2015: 161), en términos de «*adding “non positive” premises*» (añadir premisas no positivas) (cursivas en el texto).

54 He esbozado tentativamente este proceso y su complemento, el proceso de positivización, en *Il diritto futuro e la sua de-positivizzazione*, en proceso de impresión por «Derecho y persona», 2019. Asumo, asimismo, que el elemento distintivo de la positividad sea la (doble) *contingencia* del derecho: su no necesidad, por un lado, y la apertura a la posibilidad, por el otro. El tema de la (doble) contingencia del derecho —planteado por Niklas Luhmann: *Soziale Systeme* (1984), traducido al italiano *Sistemi Sociali* (2001)— pone un problema: cuánta contingencia puede admitir el derecho para que se pueda decir que regula la conducta.

o (neo)constitucionalistas— no es la división de poderes y tampoco la familia de ideales a la que pertenecen *rule of law* (gobierno del derecho), Estado de derecho y similares. Quizá el ejemplo más significativo es la producción, a partir de las disposiciones del artículo 3.º, inciso 1, de la Constitución, de normas antes explícitas, después implícitas, y luego cada vez más claramente no expresadas, que terminan por acercarse a la asíntota de la justicia⁵⁵.

Esta evolución jurisprudencial podría trazarse, como hago rápidamente en la conclusión, incluso solo para ilustrar su alcance, pero también para resaltar los problemas de mi tripartición entre normas explícitas, implícitas y (totalmente) no expresadas. El primer paso consiste en la producción, a partir de las disposiciones del artículo 3.º, inciso 1, de la Constitución, de una norma indiscutiblemente explícita, aunque ambigua: *la prohibición de la discriminación* por sexo, raza, religión y otras razones explícitamente mencionadas, ambigua porque no especifica si el listado es obligatorio o ilustrativo.

El segundo paso consiste en la producción, a partir de esta norma explícita, de una norma implícita, que FN consideraba incluso (totalmente) no expresada, y que ahora es casi explícita, porque llega a ser una de las interpretaciones indiscutibles del artículo 3.º, inciso 1: el *principio de igualdad*, es decir, tratar casos similares de modo semejante, y casos diversos de manera diferente. En función del criterio analítico propuesto por Canale, se trata evidentemente de una norma implícita, construida a partir de aquella norma explícita que es la prohibición de la discriminación; sin embargo, eso plantea al menos una duda.

Uno se puede preguntar si no sería más informativo adoptar otro criterio, más empírico: la aplicación constante por parte del

55 La mejor y también más sintética reconstrucción de dicho proceso se encuentra en Sorrentino (2018: 27-61). Sin embargo, ver también R. Guastini (2013b: 255-266).

Tribunal. Y hablo de aplicación porque la interpretación, de por sí, no cambia el derecho positivo, en el sentido débil de «positividad», hasta cuando no es aplicada por la jurisprudencia. El criterio es más empírico, respecto al casi solo analítico propuesto por Canale, no solo porque la misma distinción empírico/analítico es vaga, sino porque depende tanto de la experiencia como de una definición del significado como uso.

Efectivamente, antes de mostrar los desarrollos sucesivos de la jurisprudencia constitucional italiana, se debe considerar que el principio de igualdad no es una norma positiva como las otras. De hecho, incluso si fuera formulado por la Constitución como un principio explícito, seguiría correspondiendo a lo que la teoría estándar de la justicia (distributiva) considera el núcleo —el concepto— común a todas las concepciones de la justicia⁵⁶. Pongámoslo de este modo: la cultura jurídica italiana ha utilizado una disposición como la del artículo 3.º, inciso 1 de la Constitución, para «colgar» a esa un principio de justicia.

Pero la tendencia no se detuvo aquí. A partir del principio de igualdad —norma que ya puede considerarse explícita, implícita o incluso no expresada, dependiendo de que se adopte un criterio más analítico o más empírico— se ha inferido otra norma: el principio de la razonabilidad (la prohibición de las diferencias irrazonables que en cambio podrían admitirse sobre la base del principio de igualdad). Y aquí reaparece la duda ya planteada frente al principio de la igualdad: entre todas las normas producidas a partir del artículo 3.º, inciso 1 de la Constitución, ¿dónde pasa la línea divisoria entre normas explícitas, implícitas o no expresadas?

Si nos basamos en el criterio más analítico del tipo de inferencia, el principio de razonabilidad es una norma implícita inferida por

56 Esta es la idea expresada, en términos diferentes, por autores tan diversos como Chaim Perelman, Alf Ross, Herbert Hart, John Rawls.

otra norma; en cambio, si es adoptado el criterio empírico de la jurisprudencia constante, se trata de una norma casi explícita, obviamente atribuida a la disposición y, al mismo tiempo, de una norma (totalmente) no expresada, «colgada» a la disposición que más se prestaba para sostenerla. Quizá el próximo paso sea la adopción del principio de *proporcionalidad*: son razonables las diferencias de disciplina que sean adecuadas, necesarias y proporcionadas para conseguir un fin constitucional.

Si la teoría del derecho también debe tener la función crítica que le atribuye Canale, entonces distinguir entre normas explícitas, implícitas y (totalmente) no expresadas debería servir para duplicar los controles democráticos sobre el pase de unas a otras. Pero ¿quién podría cuestionar, aquí y ahora, los principios de igualdad y de razonabilidad, aunque confieran una gran discrecionalidad al Tribunal Constitucional? ¿Y con qué criterio se podría hacerlo: más analítico, más empírico, y en el segundo caso, definido solo cuantitativamente o también cualitativamente⁵⁷?

Aquí, evidentemente, hay aún mucho por hacer. Yo me he limitado a señalar la originalidad de la tematización de Guastini, indispensable para el análisis de la doctrina y de la jurisprudencia, pero también su carácter idiosincrático, respecto a doctrina, jurisprudencia y teoría del derecho, no solo mayoritarias, sino dominantes. ¿Por qué? Lo he dicho muchas veces en este ensayo, pero puedo decirlo de una manera más simple. Las normas implícitas y no expresadas forman parte de lo que los juristas no dicen, y que no pueden decir, si quieren continuar haciendo lo que siempre han hecho: producir derecho⁵⁸.

57 A saber: ¿teniendo en cuenta solo la cantidad de las decisiones o incluso su calidad, es decir, el hecho de que sean adoptadas por jueces ordinarios o por jueces especialmente calificados? En el segundo sentido, ver Canale y Tuzet (2009: cit. 88, n. 31).

58 A diferencia del caso del caballero burgués de Molière (nota 52 de este artículo), es decir, admitir que él siempre había hablado en prosa, a saber, que siempre había

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis, ALEXU, Robert y PECZENIK, Aleksander (1987). «I fondamenti del ragionamento giuridico». En COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.). *L'analisi del ragionamento giuridico*. Turín: Giappichelli, 121-187.
- AMAR, Akhil Reed (2012). *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles we Live By*. Nueva York: Basic Books.
- BARBERIS, Mauro (1990). «Regole e linguaggio. Primi elementi per la critica del prescrittivismismo». En COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto*. Turín: Giappichelli, 9-28.
- ____ (2000). «Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la gènoise». En COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto*. Turín: Giappichelli.
- ____ (2017a). *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*. Turín: Giappichelli.
- ____ (2017b). «Pragmatics of Adjudication». En CAPONE, Alessandro y POGGI, Francesca (eds.). *Pragmatics and Law. Practical and Theoretical Perspectives*. Dordrecht: Springer, 333-348.
- BERMAN, Mitchell N. y TOH, Kevin (2013). «On What Distinguishes New Originalism from Old: a Jurisprudential Take». *Fordham Law Review*, 82, 545-576.
- BOBBIO, Norberto (1989). «Sul ragionamento dei giuristi» (1965). En COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.). *L'analisi del ragionamento giuridico: Vol. II*. Turín: Giappichelli, 171-189.
- BRANDOM, Robert (2002). *Articolare le Ragioni: Un'introduzione all'inferenzialismo*. Milán: Il Saggiatore.

producido derecho, no carecería de consecuencias sobre el poder social de los juristas, que es tanto más efectivo como tácito.

- CANALE, Damiano (2017). «L'indeterminatezza interpretativa delle norme: un approccio inferenzialista». *Analisi e Diritto*, 31-60.
- CANALE, Damiano y TUZET, Giovanni (eds.) (2009). *The Rules of Inference. Inferentialism in Law and Philosophy*. Milán: Egea.
- CELANO, Bruno (2017). *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*. Módena: Mucchi.
- CHIASSONI, Pierluigi (2015). «Dei difetti dell'evoluzionismo giuridico». *Revista de Filosofía del Derecho*, 4/2, 352-354.
- CISNEROS, Laura A. (2010). «The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: a Useful Fiction». *Constitutional Commentary*, 27, 71-93.
- COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto*. Turín: Giappichelli.
- CRISAFULLI, Vezio (1964). *Enciclopedia del diritto*. Vol. XIII. Milán: Giuffrè.
- _____ (1984). *Lezioni di diritto costituzionale*. Vol. II. «L'ordinamento costituzionale italiano: le fonti normative. La Corte costituzionale». Padua: Cedam.
- DICIOTTI, Enrico (2013). «Norme espresse e norme inesprese». *Teoría de la interpretación de Riccardo Guastini*. *Revista de Filosofía del Derecho*, 2/1, 103-124.
- _____ (2015). «Equivocità dei testi normativi, norme espresse e norme inesprese». *Analisi e Diritto*, 57-70.
- GEIGER, Theodor (2018). *Studi preliminari di sociologia del diritto*. Milán, Udine: Mimesis.
- GUASTINI, Riccardo (1986). «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico». En GIANFORMAGGIO, Letizia y LECALDANO, Eugenio (eds.). *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*. Bari: Laterza, 173-201.

- ____ (1990). *Dalle fonti alle norme*. Turín: Giappichelli.
- ____ (1996). *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Turín: Giappichelli.
- ____ (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milán: Giuffrè.
- ____ (2011a). *La sintassi del diritto*. Turín: Giappichelli.
- ____ (2011b). *Interpretare e argomentare*. Milán: Giuffrè.
- ____ (2013a). «Replica». *Revista de Filosofía del Derecho*, 2/1, 125-136.
- ____ (2013b). *Distinguendo ancora*. Madrid: Marcial Pons.
- ____ (2017). *Discutendo*. Madrid: Marcial Pons.
- KAY, Richard S. (2017). «Construction, Original Interpretation and the Complete Constitution». *Journal of the Constitutional Law*, 19, 1-25.
- KELSEN, Hans (1966). *Dottrina pura del diritto*. Turín: Einaudi.
- LAZZARO, Giorgio (1965). *Storia e teoría della costruzione giuridica*. Turín: Giappichelli.
- LUHMANN, Niklas (2001). *Sistemi Sociali*. Bologna: Il Mulino.
- MACBRIDE, Fraser (2016). «Relations». En SALTA, Edward N. (ed.). *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <http://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/relations/>
- NARVÁEZ MORA, Maribel (2015). «Expressing Norms. On Norm-formulations and Other Entities in Legal Theory». *Revus*, 25, 43-69.
- PINO, Giorgio (2013). «Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa». *Rivista di filosofia del diritto*, 2/1, 77-101.
- POGGI, Francesca (2013). «The Myth of Literal Meaning in Legal Interpretation». *Analisi e Diritto*, 313-335.

- POZZOLO, Sussana y ESCUDERO, Rafael (eds.) (2011). *Disposición vs. norma*. Lima: Palestra.
- RATTI, Giovanni Battista (2015). «An Analysis of Some Juristic Techniques for Handling Systematic Defects of the Law». En BUSTAMANTE, Thomas y DAHLMAN, Christian (eds.). *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*. Dordrecht: Springer, 151-177.
- ROSS, Alf (1958). *On Law and Justice*. Londres: Stevens.
- RUSSELL, Bertrand (1919). *Introduction to Mathematical Philosophy*. Londres: Allan & Unwin.
- SARDO, Alessio (2018). *L'originalismo e la sfida del bilanciamento*. Madrid: Marcial Pons.
- SOLUM, Lawrence (2010). «The Interpretation-Construction Distinction». *Constitutional Commentary*, 27, 95-118.
- SORRENTINO, F. (2018). «Le dimensioni dell'uguaglianza nella Costituzione e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana». En MASTROMARTINO, Fabrizio (ed.). *Teoria e pratica dell'eguaglianza. Percorsi di analisi critica*. Roma: L'Asino d'Oro, 27-61.
- TARELLO, Giovanni (1980). *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1989). *Norma e azione* (1963). Trad. it. Bolonia: Il Mulino.