

Elementos de una tabla periódica. La reconstrucción racional de derechos a partir de *Teoría analítica del derecho*

Miguel Fernández Núñez*

Vincere la materia è comprenderla, e comprendere la materia è necessario per comprendere l'universo e noi stessi: [...] quindi il Sistema Periodico di Mendeleev, che proprio in quelle settimane imparavamo laboriosamente a dipanare, era una poesia, più alta e più solenne di tutte le poesie digerite in liceo: a pensarci bene, aveva perfino le rime!

Primo Levi, *Il sistema periodico*

Resumen

La principal preocupación de este ensayo es metateórica, y puede ser enunciada del siguiente modo: las reconstrucciones racionales de conceptos jurídicos fundamentales responden a ciertas exigencias (teóricas y prácticas). En función de cuáles sean tales exigencias, el teórico prestará atención o desatenderá (o bien, si no es plenamente consciente de ello, deberá prestar atención o desatender) las potenciales virtudes que su reconstrucción racional podría reunir. En concreto, en este ensayo expongo y analizo críticamente las teorías de los derechos de Hohfeld y Kelsen, para establecer cuáles son las principales configuraciones de los derechos que establecen y cuáles son las que soslayan o precluyen. El propósito mediato de mi análisis es determinar, dentro de la concisa teoría de los derechos de J. L. Rodríguez, cuáles son los aportes mayoritarios y qué tensiones muestra. El propósito último consiste en la identificación de algunas decisiones que el teórico de los derechos puede y debe tomar en virtud del tipo de teoría que pretenda construir.

Palabras clave: Metateoría. Teorías de los derechos. Reconstrucción racional. Derechos.

* Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Ciudad Universitaria de Cantoblanco, 28049, Madrid, miguel.fernandez@inv.uam.es.

Este trabajo ha sido realizado en el marco de un contrato postdoctoral REQ2021-Margarita Salas, financiado por el Ministerio de Universidades (Next Generation EU), y en el seno del Proyecto I+D+i “Los errores en la producción y en la aplicación del derecho” (PID 2020-114765GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, de la Universidad de Girona. La ponencia en que se basa este artículo se ha visto sumamente beneficiada de los comentarios de María Beatriz Arriagada, a quien va mi agradecimiento.

Abstract

The main concern of this essay is metaphilosophical and can be stated as follows: rational reconstructions of fundamental legal concepts respond to certain (theoretical and practical) requirements. Depending on what these requirements are, the theorist will pay attention or neglect (or, if she is not fully aware of it, she must pay attention or neglect) the potential virtues that her rational reconstruction might fulfill. Specifically, in this essay I critically expose and analyse Hohfeld's and Kelsen's theories of rights, in order to establish which main configurations of rights they establish and which ones they overlook or preclude. The mediate purpose of my analysis is to determine, within J.L. Rodríguez's concise theory of rights, what are the major contributions and what tensions it displays. The ultimate purpose is to identify some decisions that the rights theorist can and should make in virtue of the kind of theory she aims to formulate.

Keywords: Metaphilosophy. Theories of Rights. Rational Reconstruction. Rights.

0. Introducción

En este artículo examino algunos elementos relevantes del capítulo III de *Teoría analítica del derecho* (*TAD*). Dicho capítulo está integrado por dos conjuntos de cuestiones: por una parte, la teoría de conceptos jurídicos fundamentales, y por otra, la cuestión de la demarcación del derecho respecto de otros dominios normativos, y, más concretamente, la cuestión de los criterios reduccionistas de identificación de normas jurídicas. La delimitación del derecho frente a otros campos normativos es una cuestión muy relevante para *TAD*, aunque es ampliamente tratada a lo largo del libro, y, especialmente, es problematizada en el segundo capítulo. Dada su relativa autonomía, dejaré de lado el segundo conjunto de cuestiones para centrarme en la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales.

El estudio de Rodríguez consta de un examen metateórico de las teorías de conceptos jurídicos fundamentales en la tradición continental (fundamentalmente, Kelsen) y en la tradición anglosajona (los angloamericanos Bentham, Austin y Hohfeld, aportes profundizados posteriormente por los nórdicos Ross, Kanger y Lindahl) – una reconstrucción que no por ser panorámica es menos minuciosa e incisiva –, una crítica de algunos elementos de las teorías examinadas, y, en continuidad con lo anterior y como conclusión del capítulo, la propuesta de una reconstrucción alternativa profundamente tributaria de las aportaciones de Hohfeld y Kelsen. Integra tales aportaciones tras la enmienda de algunos errores y limitaciones de aquellas, perfeccionada con algunos rudimentos de lógica deóntica, y atenta a

algunas propiedades nomodinámicas de los sistemas jurídicos constitucionales. Se trata, a mi entender, de una reconstrucción elegante y muy sólida.

De modo que Rodríguez recoge y hace propias las teorías de los derechos de Hohfeld y Kelsen, las que son vistas generalmente como las reconstrucciones racionales clásicas más articuladas de los derechos y las más influyentes tradicionalmente en la iusfilosofía y la cultura jurídica anglosajona y continental, respectivamente. Aunque en su integración, Rodríguez evidencie concordancias y propicie las convergencias entre tales aportes, examinados de cerca, estos presentan importantes discordancias y rehúyen, en buena medida, la complementariedad. En este artículo me propongo identificar algunas tensiones, caracterizar y demarcar los modelos conceptuales y explicitar sus presupuestos (las exigencias teóricas y prácticas) de las principales teorías clásicas de los derechos, como casos paradigmáticos de modelos conceptuales de conceptos jurídicos fundamentales. Examinó las principales virtudes predicables del explicatum en reconstrucciones racionales (la semejanza con el explicandum, la fecundidad y la sencillez), para concluir la mayor semejanza con el explicandum del modelo kelseniano, la mayor fecundidad y sencillez del modelo hohfeldiano. Entretanto, evaluó en detalle los modelos conceptuales, caracterizando la visión de los derechos que arrojan: un modelo más reformador en el caso de Hohfeld, más continuista en el caso de Kelsen; un modelo de posiciones atómicas en el caso de Hohfeld, (algunas atómicas y) moleculares en el caso de Kelsen; un modelo de posiciones normativas, más abstractas y genéricas, el hohfeldiano, y un modelo de posiciones jurídicas, más concretas y específicas, el kelseniano; un modelo sintáctico, el hohfeldiano, un modelo sintáctico y semántico, el kelseniano. Aunque el propósito de este trabajo es eminentemente metateórico, puntualmente se señalan algunas ventajas teóricas de un modelo respecto de otro.

Conviene señalar como un dato elocuente acerca de la gestión de las mencionadas tensiones que, si bien el proyecto de elaboración de conceptos jurídicos a la luz de las proposiciones jurídicas de Rodríguez presenta múltiples puntos de encuentro con el programa kelseniano y con la teoría kelseniana de los derechos, la tabla sinóptica que presenta al final del capítulo¹ – el núcleo de la *pars construens* de su teoría de los derechos – recoge fundamentalmente acepciones hohfeldianas de “derecho subjetivo”, con la integración puntual de contadas nociones conexas fundamentales de matriz kelseniana (capacidad, acto ilícito, sanción).

¹ Rodríguez 2021: 298.

1. Los presupuestos teóricos y metodológicos

1.1. Caracterización de algunos objetivos generales y del método de TAD: la reconstrucción racional de conceptos jurídicos fundamentales

El capítulo tercero de *TAD* refleja de manera ejemplar algunas de las pretensiones centrales de la obra y de la comprensión que Rodríguez propugna de la labor del teórico del derecho². Expresado con pocas palabras, que serán desarrolladas seguidamente, el capítulo tercero plasma el papel y el instrumental del (ideal) teórico del derecho: este debe brindar al jurista dogmático herramientas conceptuales precisas, en aras de poner orden en la realidad lingüística, a veces errática y confusa, de la dogmática.

En lo relativo al papel de la filosofía del derecho, su justificación en cuanto disciplina radicaría en su rol ancilar, pero autónomo, respecto de la práctica jurídica: la filosofía del derecho está justificada en la medida en que, en última instancia, presta un servicio al dogmático³. El filósofo del derecho hace, en último término, la vida más fácil al operador jurídico; si bien, a veces, lograr esa vida más fácil discurre por caminos complejos, y aun tortuosos.

En lo que se refiere al objeto y al instrumental, la teoría del derecho versa sobre el lenguaje, pues el fenómeno jurídico es visto, básicamente, como una práctica lingüística⁴. Es esta una de las convicciones básicas de *TAD*⁵. En concreto, en la comprensión de Rodríguez, la teoría general del derecho se ubica en el tercer nivel del lenguaje (un metametalinguaje) y versa sobre la dogmática jurídica, que constituye el segundo nivel del lenguaje, y que es, a su vez, un metalinguaje, que versa sobre las normas jurídicas, el primer nivel y lenguaje objeto⁶. La práctica lingüística de la dogmática se dedica, entre otras cosas, a la creación de conceptos, y para hacerlo se apoya en estipulaciones lingüísticas asentadas, en nuevas estipulaciones y en redefiniciones⁷. Con todo, semejantes labores se ven constantemente amenazadas por

² O del filósofo del derecho; en este trabajo no trazo una distinción léxica entre uno y otro.

³ Bulygin 1991: 380: «La tarea de la filosofía jurídica ya no consiste en develar la oculta esencia del fenómeno jurídico, sino en esclarecer el aparato conceptual y los métodos de la ciencia del derecho».

⁴ Las tesis que acabo de exponer han sido sometidas a críticas. La elevada atención que la filosofía analítica del derecho ha prestado tradicionalmente al lenguaje y la consiguiente incorporación del aparato conceptual de la filosofía lingüística (véase, por ejemplo, Barberis 1997) pueden y, según algunos, deben ser redimensionadas. Por ejemplo, Brigaglia identifica «el focus racionador y lingüístico, con la intrínseca obsesión por la interpretación y la argumentación» como característico de la «teoría del derecho *mainstream*» (Brigaglia 2019: 324), para propiciar un alejamiento de semejante focus y un acercamiento al focus cognitivo. En este trabajo asumo la validez de un enfoque eminentemente lingüístico, sin explorar la compatibilidad o incompatibilidad de este con una aproximación cognitiva.

⁵ Rodríguez 2021: 17.

⁶ Rodríguez 2021: 221-222.

⁷ De hecho, estipulaciones y redefiniciones son entendidas, generalmente, como los instrumentos con los que modelar los conceptos (véase Guastini 2017: 9).

el caos lingüístico y la proliferación de pseudodisputas. La vía para salir de esta situación es, atendiendo a Rodríguez, más estipulaciones –y, con cierta frecuencia, redefiniciones–, que se configuran como herramientas lingüística y conceptualmente claras, aunque dotadas, en muchos casos, de un marcado carácter técnico, y de un alto grado de abstracción.

Dentro del campo del segundo nivel del lenguaje, esto es, el lenguaje Técnico-jurídico, un componente crucial lo conforman los conceptos jurídicos, términos con los que aislar las múltiples y complejas situaciones derivadas de la existencia de un orden jurídico. Son denominados “conceptos jurídicos” cada uno de los «elementos del conjunto de expresiones que los juristas emplean para hacer referencia a [las] situaciones específicas que regula el derecho, y que son tomadas como base por las disciplinas dogmáticas que estudian las distintas ramas del derecho»⁸.

Así las cosas, ¿cómo ofrecer al dogmático un repertorio de conceptos jurídicos fundamentales precisos, o, por lo menos, más precisos que aquel que ya posee? Un método privilegiado, cultivado por la filosofía del lenguaje, es el de la reconstrucción racional de conceptos. La “reconstrucción racional” de un concepto es un método que consiste en transformar un concepto inexacto, el explicandum, en un concepto más exacto que el primitivo, el explicatum⁹. Con este método se espera obtener un explicatum que cubra las mismas o, al menos, el máximo posible de situaciones de las cubiertas por el término a sustituir, sin entrañar los problemas semánticos que aquejaban al anterior. Son méritos que ha de reunir el nuevo concepto [1] la semejanza al término a sustituir (i.e., que pueda usarse en la mayor cantidad de situaciones en que se usaba el primero), [2] la fecundidad (i.e., que pueda ser formulada la mayor cantidad posible de enunciados universales), y [3] la sencillez¹⁰.

1.2. El problema: las exigencias de los modelos conceptuales

Aquí, justamente, surgen los problemas, puesto que los méritos que deberían poder predicarse del nuevo concepto no son siempre conciliables simultáneamente, en la misma medida. Como intentaré mostrar mediante el examen de las principales teorías clásicas de los derechos, para modelos conceptuales diferentes ciertos *desiderata* son importantes, otros no lo son, otros, finalmente, lo son apenas, comparativamente, y, en todo caso, algunos pugnan en direcciones opuestas. Cuál sea el mérito que debe privilegiarse y cuál aquel que debe ser aminorado o desatendido debe ser fruto (o bien es fruto, si el teórico es plenamente consciente de ello) de las necesidades teóricas y prácticas del modelo conceptual de que se trate¹¹. En las páginas que siguen, examino los posibles

⁸ Rodríguez 2021: 221.

⁹ Rodríguez 2021: 222.

¹⁰ Véase Alchourrón & Bulygin 2012: 12.

¹¹ Como he señalado, mis pretensiones son eminentemente metateóricas. Aspiro a evaluar la conformidad de ciertas decisiones a determinados requisitos de los modelos conceptuales, y no tanto a

méritos del explicatum – siguiendo aproximadamente el orden que acabo de trazar, relativo a la semejanza, la fecundidad y la sencillez del nuevo concepto – a la luz de las aspiraciones teóricas y prácticas primordiales de las principales teorías clásicas de los derechos, y examino sus recaídas en las configuraciones de los derechos.

2. Repertorio de virtudes de las reconstrucciones racionales y configuraciones de los derechos

2.1. La semejanza. Dimensión continuista y dimensión reformadora de los modelos conceptuales

Los modelos conceptuales – cuando menos, los examinados aquí– tienen una dimensión continuista y una dimensión reformadora. Ello es así porque con las reconstrucciones racionales en que descansan tales modelos aspiran, por una parte, a plasmar unos usos y, por otra, a corregirlos. Y ni siquiera, según parece, la plasmación y la corrección son tareas perfectamente demarcadas e independientes, en la medida en que se trataría de plasmar unos usos *correctos* y corregir unos usos *vigentes*¹².

Asimismo, expresado en términos lingüísticos¹³, puede afirmarse que un modelo conceptual tiene, por una parte, una dirección de ajuste mente a mundo, tiene carácter descriptivo, y tiene, por otra parte, una dirección de ajuste mundo a mente, tiene carácter normativo.

Aunque los modelos conceptuales consten de esas dos dimensiones, lo que sí se puede hacer el teórico es atender o desatender el carácter descriptivo o el carácter normativo, potenciar o mitigar las aspiraciones continuistas o las aspiraciones reformadoras.

Puede sostenerse que privilegiará el carácter descriptivo (la dimensión continuista) el teórico que confiera especial importancia a la adecuación extensional de su modelo conceptual – u otro tipo de adecuación descriptiva –, quien atribuya especial importancia a la captación de usos lingüísticos y distinciones vigentes. Puede sostenerse también que potenciará la dimensión continuista (el carácter descriptivo) el teórico que entienda que la labor de clarificación iusteórica debe permanecer relativamente

juzgar su sensatez u oportunidad, decantándome por ciertos modelos y desechando otros. Dicho esto, puntualmente señalo algunos inconvenientes o ventajas en la caracterización de los derechos.

¹² Creo que esta afirmación está en sintonía con la situación dilemática que von Wright detecta en la tarea del filósofo: el filósofo aspira a *reconstruir* el uso (ante todo, lingüístico) correcto, pero la corrección del uso la determinan las *reglas* mismas. Von Wright, por cierto, se desliza por los cuernos del dilema para sostener que el filósofo aspira a dar cuenta de ciertas intuiciones conceptuales que le parecen relevantes (véase Navarro & Redondo 2002: 26-27).

¹³ En concreto, empleando la noción de “dirección de ajuste” de Anscombe, con la que Rodríguez muy oportunamente abre su volumen (Rodríguez 2021: 39-40). No me adentro en el posible carácter de los enunciados conceptuales de *tertium genus*, ni descriptivo ni prescriptivo, como una herramienta para comprender lo que se sabía de modo tácito y confuso.

próxima a los usos de la dogmática, quien otorgue relevancia a la fidelidad al contexto de partida en que deben asentarse sus redefiniciones. En las próximas páginas veremos algunas razones para potenciar la dimensión reformadora, para privilegiar el carácter normativo.

Para contrastar las pujanzas continuista y reformadora, conviene examinar distintas operaciones conceptuales de Hohfeld y Kelsen, y los presupuestos sobre los que se asientan. Comencemos por las ambiciones y las estrategias lingüísticas de Hohfeld.

En primer lugar, en lo que se refiere a sus propósitos, Hohfeld pretende erigir su proyecto en una desambiguación teórica y práctica de la expresión “derecho subjetivo”, en un análisis lógico de las nociones que se han englobado tradicionalmente bajo semejante expresión y, lo que ahora es más significativo, en un intento de disciplinar el lenguaje de los estudiosos y técnicos del derecho. Como es sabido, Hohfeld constata que las expresiones “derecho” y “deber” son usadas por la jurisprudencia (y por los operadores jurídicos, en general) para referirse a varias posiciones normativas que pueden y deben distinguirse. Tras ello, Hohfeld restringe significativamente la connotación de los términos “derecho” y “deber”, que pasarían a denotar tan solo dos de las ocho posiciones normativas vislumbradas por el teórico¹⁴. No solo eso, sino que Hohfeld reorganiza ese amplio campo semántico, asignando nuevos rótulos a las diferencias conceptuales significativas. Esa reorganización léxica y conceptual deben hacerla propia los estudiosos y técnicos del derecho¹⁵. En suma, el proyecto hohfeldiano no es solo y no es tanto un intento de análisis de prácticas lingüísticas de los estudiosos y técnicos del derecho (un modelo eminentemente descriptivo) sino que es también y sobre todo un proyecto de regimentación de prácticas lingüísticas de los estudiosos y técnicos del derecho (un modelo eminentemente normativo).

En segundo lugar, no solo sus objetivos son rupturistas, sino que es sustancialmente reformista e innovador el modo de proceder de Hohfeld, al realizar un pormenorizado sondeo y someter a ajuste mutuo las palabras y los conceptos, en peculiares operaciones de “terapia lingüística”. Para simplificar el análisis, pueden distinguirse en las operaciones que Hohfeld acomete en su primer ensayo¹⁶, un acercamiento a las palabras y un acercamiento a los conceptos en la teoría del profesor de Yale, para examinar sucesivamente la interacción entre unas y otros.

¹⁴ Esas ocho posiciones normativas son las siguientes: derecho (o pretensión), privilegio (o libertad), potestad (o poder) e inmunidad, tradicional y genéricamente denominados “derechos”, deber, no-derecho, sujeción e incompetencia, tradicional y genéricamente denominadas “obligaciones” (para un examen perspicuo véase Rodríguez 2021: 271-273).

¹⁵ Es cierto que Hohfeld aspira a que su propuesta sea acogida primordialmente por los operadores jurídicos (especialmente, abogados y jueces), mientras que Kelsen concibe su propuesta para los “científicos del derecho”. Esta, bien mirada, no es una genuina diferencia entre las propuestas, puesto que es fácil equipararlas en este punto: concibiendo la propuesta kelseniana como la proposición de un molde lingüístico para juristas y extendiendo, como sugirió Ross (1958), la construcción hohfeldiana a la descripción de normas.

¹⁶ Hohfeld 2010.

[I] ¿De dónde obtiene Hohfeld las palabras (las denominaciones de los derechos)?

Hohfeld realiza una peculiar selección de las denominaciones, en función, en primer lugar, del contenido que tiende a adscribirse (correctamente) a ciertos usos lingüísticos de esas denominaciones y en función, en segundo lugar, del contenido que se les podría adscribir y que parece oportuno adscribirles, aunque puedan no haberse asignado todavía dichas denominaciones y dichos contenidos. Que una cierta denominación esté amplia y sólidamente difundida es un dato poco relevante para asumirla. En todo caso, las denominaciones –seleccionadas, conviene repetirlo, sin especial deferencia hacia su vigencia o popularidad– son relevantes cuando se ven contrastadas con los contenidos de las nociones que denominan. Seguidamente veremos más de cerca en qué sentido.

[II] ¿De dónde obtiene Hohfeld los conceptos (el contenido de las posiciones jurídicas tradicional e indistintamente denominadas “derechos”)?

[a] Una parte de ese material conceptual está presupuesta en y movilizada por los usos lingüísticos vigentes. Hohfeld es receptivo a las evidencias conceptuales de la cantera lingüística de partida, aunque sea evaluada con criterios y con instrumentos metalingüísticos de los que la comunidad examinada carece. [b] Otra parte surge de las denominaciones mismas y, con mayor precisión, de la peculiar interacción entre la denominación y el (potencial) contenido que pueden asumir las nociones. Tanto las denominaciones habituales como las inusuales “responden” de distintos modos a las operaciones conceptuales con las que son estimuladas. [c] Otra parte, en fin, surge de la propia red de conceptos que se va delineando (del espacio que el concepto en cuestión ocupa en dicha red).

Conviene detenerse en estas operaciones y en las interacciones entre los elementos.

Una parte notable del análisis conceptual hohfeldiano está dedicada a seleccionar cuidadosamente la terminología más adecuada para los conceptos estipulados, preservando las denominaciones “elocuentes”, que presentan matices importantes y evidencias acerca del (potencial) contenido de la noción¹⁷. La convicción básica de algunas de las operaciones terminológicas que Hohfeld lleva a cabo es que el rótulo, el *nomen iuris*, dice mucho acerca de la noción, y que la selección (la conservación de las denominaciones que ya atribuían los jueces, su reasignación o su creación) constriñe de forma decisiva los posibles contenidos semánticos de las nociones. La discriminación terminológica va de la mano de la precisión conceptual y busca establecer «*the limited and proper meaning*» de las nociones¹⁸. Hohfeld asume que

¹⁷ “Potencial” en la medida en que me refiero a un momento en que Hohfeld aún está inmerso en la operación de modelaje del contenido en cuestión.

¹⁸ Véase Hohfeld 2010: 38-39.

de la correcta elección terminológica depende, en gran medida, la construcción del campo semántico y, en última instancia, el contenido de la posición normativa, «su significado intrínseco y alcances»¹⁹. El ajuste mutuo entre el rótulo y el uso presupone que hay usos más correctos y rótulos más aptos, más idóneos para expresar los usos correctos.

La elección de un nombre no es una tarea orientada a sí misma ni tampoco los conceptos yacen ociosos, totalmente abstraídos de los usos lingüísticos²⁰. El hohfeldiano es un análisis clásico del lenguaje normativo, característico de la filosofía analítica del derecho, pero donde seguramente se anticipan algunas intuiciones típicas de la terapia lingüística de matriz wittgensteiniana²¹.

La modelación de contenidos y la selección de rótulos van de la mano, y la ambición de Hohfeld es la de construir una red conceptual –seguidamente caracterizaré dicha red conceptual– y, al mismo tiempo, una red léxica, que liste adecuados sinónimos y cuasisinónimos²². En resumidas cuentas, la reforma hohfeldiana consiste, en buena medida, en la estipulación de ocho nociones (se diría nuevas, estipulaciones, antes que fundamentalmente renovadas redefiniciones), y en una cuidadosa selección de la terminología más adecuada, tanto en virtud de argumentos que ofrece la propia jurisprudencia a los que Hohfeld reconoce solidez²³, como en función de aquellos argumentos que vislumbra el propio Hohfeld, y del mapa conceptual que va trazando²⁴. Hohfeld somete a esclarecimiento recíproco y a “recalibración” a la denominación, al concepto y a la red conceptual. Podemos encontrar un ejemplo claro de estas operaciones en la noción de no-derecho: esta noción consiste en la negación de la posición jurídica derecho (de la pretensión), lo que da cuenta de la red conceptual, y esta relación lógica es, precisamente, la que propicia su denominación

¹⁹ Hohfeld, 2010: 63; cfr. Hohfeld, 2010: 48-49, 51, 61.

²⁰ Es decir, no debe pensarse que las convicciones hohfeldianas son “ingenuas” con respecto a las funciones lingüísticas autoevidentes de los nombres, en la creencia mágica según la cual nombrar una cosa muestra alguna conexión con la esencia de dicha cosa, ni con respecto a un conceptualismo liberado a sí mismo.

²¹ En la “terapia” hohfeldiana, se ven privilegiadas las definiciones ostensivas y contextuales, mediante reiteradas definiciones por ejemplificación. De este modo, no es cierto, como afirma Hohfeld, que él no ofrezca una definición de tales nociones; lo que ocurre es que por “definición” entiende Hohfeld una definición clásica de tipo lexicográfico. Por supuesto, en el trasfondo de este planteamiento se encuentra el escepticismo propio de la filosofía analítica del derecho –que proviene, por lo menos, de la peculiar teoría ontológico-lingüística de Bentham– ante la posibilidad de explicar los derechos mediante el sistema aristotélico de definición por género y diferencia (cfr. Hart 1983: 26-32).

²² Cfr. Hohfeld 2010: 47, 59.

²³ Con cierta frecuencia, en efecto, Hohfeld recoge definiciones (netamente) informativas de construcciones elaboradas por la jurisprudencia.

²⁴ La conformación de las nociones a la luz de las demás que conforman la red conceptual, así como otros puntos nodales de la metodología lingüística de la construcción de Hohfeld han sido enfatizados por algunos críticos, que han considerado la “semiótica” hohfeldiana próxima a la saussuriana (cfr. Balkin 1990: 1121).

como “no-derecho”, nada habitual e incluso chocante con las prácticas lingüísticas técnicas y ordinarias.

Más allá de este análisis, resulta difícil fijar con precisión qué deuda ha contraído Hohfeld con la cantera lingüística de que se sirve y la medida de originalidad y rupturismo de su aportación²⁵. Con todo, en un diagnóstico tentativo, podría afirmarse que la vinculación con el entorno lingüístico de partida parece sumamente restringida, dado que las operaciones conceptuales de extracción de significado (de significados latentes y de significados potenciales) y los resultados de tales operaciones no guardan una estrecha semejanza con distinciones jurisprudenciales sentadas. De hecho, Hohfeld no teme apartarse de tales distinciones cuando el propio modelo que está elaborando parece requerirlo. Esto tiene que ver, en buena medida, con el carácter abstracto de las nociones que Hohfeld elabora, con unas preocupaciones distintas de aquellas que acucian a la jurisprudencia. Sobre ese carácter abstracto me detendré luego. Pero tiene también que ver con la facilidad de Hohfeld para apartarse de ciertas intuiciones conceptuales refrendadas por la tradición jurisprudencial y de ciertas denominaciones vigentes. Quizás la muestra más notoria de ello sea, una vez más, que Hohfeld introduce una denominación inédita e inusitada cuando se le presenta un “concepto sin nombre”, el de no-derecho²⁶. Más que una reforma parcial del léxico de los operadores jurídicos, el proyecto de Hohfeld ofrece, en sus propósitos, en sus procedimientos y en sus resultados, una tabula rasa y una refundación del análisis del lenguaje técnico-jurídico.

Conviene ahora detenerse en la labor de Kelsen.

Por supuesto, el modelo de Kelsen comparte con el de Hohfeld presentarse como un modelo que no pretende únicamente la captación de prácticas lingüísticas (y la forma gramatical de dichas prácticas) sino también y sobre todo su modificación, pues Kelsen pretende señalar al científico del derecho, y, por extensión, al jurista, las distinciones que debe realizar y las que no debe realizar (la forma lógica) en su labor, puramente cognoscitiva y axiológicamente neutral, de descripción del derecho. Sin embargo, la atención por el material lingüístico de partida y una deliberada cercanía a ciertas construcciones y distinciones sistematizadoras de la dogmática llevan a que las aspiraciones continuistas sean más marcadas en el modelo kelseniano que en el

²⁵ De pasada, como cualificación de la originalidad de Hohfeld, hay que señalar la deuda, seguramente profunda, con John Salmond (por ejemplo, cfr. Frydrych 2021: 7). Tal vez esta consideración complejice la situación y suponga el reconocimiento de nuevas exigencias teóricas en la confección de los modelos: las percibidas por Salmond y suscritas por Hohfeld, y las inéditamente percibidas por Hohfeld. No me detengo en esta posibilidad.

²⁶ Se trata de una categoría muy disputada. Ya Pound lo identificó, junto con las inmunidades, sujeciones e incapacidades, como un caso en que Hohfeld estaba atribuyendo nombres de posiciones jurídicas a situaciones donde no existe situación jurídica alguna (Pound 1937: 574). En concreto, el argumento funcionaría del siguiente modo: si un sujeto no tiene un derecho, entonces tiene un no-derecho. Que esta interpretación es errónea, y que, por tanto, la categoría de no-derecho es pertinente y ocupa un espacio estructural y funcional lo ha mostrado con claridad Kramer 2019.

hohfeldiano. En todo caso, la semejanza (como capacidad denotativa) es distinta del continuismo, que solo es relevante a igualdad de capacidad explicativa.

Antes de examinar esas evidencias, hay que recordar que Kelsen distingue bajo el lema “derecho subjetivo” seis acepciones. “Derecho subjetivo” puede ser entendido como: [a] permisión negativa²⁷; [b] autorización expresa²⁸; [c] reflejo de una obligación²⁹; [d] acción procesal (o derecho en sentido técnico)³⁰; [e] derecho político³¹; [f] libertad fundamental³².

En primer lugar, conviene tomar en cuenta la cercanía de la taxonomía kelseniana con las construcciones de la dogmática y la teoría general del derecho de su época. La distinción kelseniana de derecho como reflejo de una obligación y derecho en sentido técnico, un binomio especialmente importante dentro de la teoría kelseniana de los derechos –de hecho, la *pars destruens* y la *pars construens* de dicha teoría³³, se corresponde de forma manifiesta con la dicotomía clásica de la teoría general del derecho alemana de “Recht” (el elemento “sustantivo” del derecho) y “Klage” (el elemento “adjetivo”, la acción procesal)³⁴.

Aquí conviene plantear unas pocas consideraciones incidentales. Aunque la distinción kelseniana presente una patente continuidad con el binomio tradicional, su distinción responde en parte, en Kelsen, a razones diferentes de algunas de las tradicionales; a saber, el énfasis kelseniano en el elemento de la protección frente a lecturas sustantivas³⁵. Pero precisamente, el esclarecimiento kelseniano de estas dos nociones, que contiene algunos elementos valiosos y válidos, presenta una singular desventaja respecto del tratamiento tradicional: Kelsen estima que la distinción entre derecho sustantivo y elemento adjetivo del derecho (privilegiando el elemento sustantivo frente al adjetivo) responde tan solo a razones sustanciales, ideológicas. Puede que ello fuera parcialmente cierto en la comprensión tradicional³⁶, pero, en todo caso, la distinción responde también a una diferencia estructural notable: el derecho en sentido técnico o derecho como acción procesal es, en todo caso, un “metaderecho”, referido a la protección de otro derecho o a la reacción frente a la falta

²⁷ Kelsen 1966: 194.

²⁸ Kelsen 1966: 160-161.

²⁹ Kelsen 1966: 150.153.

³⁰ Kelsen 1966: 158-159.

³¹ Kelsen 1966: 161-163.

³² Kelsen 1966: 163-168. Rodríguez analiza estas nociones con minuciosidad en Rodríguez 2021: 231-236.

³³ Así las define Celano 1999: 222-231.

³⁴ Una dicotomía que consagra Windscheid 1857.

³⁵ Como las auspiciadas por la teoría del interés, centrada en la tutela de los intereses, o la teoría de la voluntad, que se fija en la salvaguarda del control de la voluntad.

³⁶ Pues los defensores de las mencionadas teorías pretendían hacer de una tesis ético-política una diferencia de carácter estructural.

de satisfacción o incumplimiento de otra posición jurídica³⁷. Ello también ilustra un inconveniente del análisis kelseniano, sobre el que después me detendré: Desconoce algunas de las relaciones conceptuales más relevantes entre acepciones de “derechos”.

En segundo lugar, la taxonomía kelseniana también parece especialmente conforme a ciertas distinciones sistematizadoras propias de la dogmática jurídica. De hecho, al margen de los poderes y las libertades (como permisión negativa y como autorización expresa), los restantes conceptos identificados por Kelsen correspondientes a la locución “derecho subjetivo” suponen la traducción en categorías de derechos de la delimitación de ramas del ordenamiento (sector público, privado, constitucional). Es decir, deliberadamente, Kelsen consagra y plasma en categorías de derechos distinciones contingentes propias de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Así, el reparto en función de ramas del ordenamiento es claro: El derecho subjetivo como acción procesal se corresponde con derechos del sector privado, consistentes en la potestad (se trataría, acaso, entre otras cosas, pero no exclusivamente, como veremos, de un tipo peculiar de poderes) de accionar la tutela jurisdiccional, de participación en la producción de normas jurídicas individuales³⁸. El derecho subjetivo como derecho político se corresponde con derechos políticos de participación en la producción de normas jurídicas generales³⁹. El derecho subjetivo como libertad fundamental, correspondiente a lo que suelen denominarse “derechos o libertades fundamentales”, propios del derecho constitucional, corresponde a unas garantías dirigidas a determinar de forma negativa el contenido de las leyes⁴⁰. Los derechos mencionados en último lugar (los derechos políticos y las libertades fundamentales) están conformados por poderes (en la medida en que a ellos va anudada la posibilidad de un cambio normativo) pero también, probablemente, estarían conformados por libertades (en la medida en que para realizar tales cambios hace falta también, de forma instrumental, al menos, realizar acciones no normativas). No se trata solo de que la acción normativa esté permitida (en el sentido de estar definida por alguna clase de normas de competencia), sino que para realizar tal acción normativa es también necesario realizar otras acciones en general, permitidas (por normas de conducta), que conformarían precisamente el contenido de libertades⁴¹. Efectivamente, no parece lo mismo que una norma de competencia confiera a un sujeto el poder

³⁷ Se refiere a “derechos de segundo grado” o “metaderechos” Guastini 2017: 82.

³⁸ Cfr. Rodríguez 2021: 234.

³⁹ Cfr. Rodríguez 2021: 235.

⁴⁰ Cfr. Rodríguez 2021: 235-236.

⁴¹ Suscribo aquí la distinción de Rodríguez que discierne tipos de normas atributivas de pretensiones y libertades (normas de conducta) y atributivas de poderes e inmunidades (normas de competencia). Sin perjuicio de que, en última instancia, pueda afirmarse que una clase de normas es reducible a la otra, considero esta distinción útil para la reconstrucción metateórica y para el análisis y crítica de distintos argumentos. Asimismo, la comprensión de que las pretensiones y libertades se refieren a acciones en general, mientras que los poderes e inmunidades se refieren a acciones normativas (Rodríguez 2021: 273) resulta una distinción iluminante.

para dictar un acto normativo a que una norma de conducta confiera a dicho sujeto la permisión para dictarlo (podría decirse, la permisión expresa para ejercer semejante poder) o no le imponga el deber de no dictarlo (podría decirse, la permisión tácita para ejercer semejante poder)⁴². Si esta lectura es plausible, estaríamos ante agregados de derechos. En cualquier caso, parece que nos encontramos con la situación, algo curiosa, de que Kelsen estipule tres especies de “potestades”, en función del contenido específico de la acción normativa de que se trate⁴³.

2.2. Una profundización y un interludio. La fecundidad: la especificidad de los modelos de posiciones jurídicas y normativas.

El hecho de que Kelsen distinga seis acepciones de “derecho subjetivo” y, en concreto, tres de ellas correspondientes a lo que Hohfeld denomina “poder” llama la atención acerca de la especificidad del modelo kelseniano. Tal vez semejante grado de especificidad sea necesario para captar clases de situaciones normativas habituales, trazar distinciones doctrinales relevantes en el plano del contenido de los derechos⁴⁴. Además, esas distinciones, mediante las cuales la ciencia del derecho sistematizaría el saber jurídico, se corresponden bastante claramente con una de las distinciones fundamentales de la dogmática: la separación de ramas del derecho positivo (derecho civil, procesal, constitucional). Con todo, puede afirmarse con bastante seguridad que, en último término, las distinciones kelsenianas no responden ni única ni especialmente a la atención hacia las prácticas de los operadores y las distinciones de la dogmática, sino sobre todo a la preocupación por describir con el debido grado de detalle las normas y sus efectos, a caracterizar apropiadamente las atribuciones normativas a ciertos sujetos que satisfacen ciertas condiciones. Tal vez la labor de desplegar las consecuencias normativas de un sistema para los distintos casos genéricos por parte del jurista requiera descripciones con cierto grado de especificidad⁴⁵. Kelsen delimita y categoriza las clases de acciones generales o normativas que puede llevar a cabo el titular de ciertos derechos, y el papel que de-

⁴² Para este argumento, no es necesario que uno distinga normas de conducta y normas de competencia –o normas prescriptivas y determinativas, en la comprensión de Rodríguez–, sino que basta con distinguir funcionalmente libertades y poderes.

⁴³ Ello aunque una de esas acepciones, las libertades fundamentales, sea un macroderecho conformado también por libertades, en la medida en que el poder resulta un componente notorio de tales macroderechos. Entiendo por microderecho o posición normativa atómica una posición fundamental, primitiva, y por macroderecho o posición normativa molecular un agregado de microderechos.

⁴⁴ Más bien del contenido que de su estructura pues, conviene repetirlo, se trata de diferentes tipos de libertades y de diferentes tipos de poderes; diferentes, en suma, no por la estructura, sino por el contenido. Más adelante, caracterizo el kelseniano como un modelo parcialmente semántico.

⁴⁵ La determinación del grado de especificidad requerido es una cuestión en la que no puedo detenerme aquí.

sempeña el titular de distintos derechos en el proceso de producción del derecho⁴⁶. En cambio, la contribución de Hohfeld es mucho más restringida en este sentido: distingue entre acciones generales y normativas y entre llevarlas a cabo o recibirlas. La taxonomía hohfeldiana consiente explicar que únicamente quien sea titular de poderes puede participar de forma directa en el proceso de producción del derecho, pero solo la taxonomía kelseniana cualifica el tipo de participación y el tipo de norma concernida: normas generales y abstractas, en el caso de la legislación (cubierta por el derecho subjetivo como derecho político), y leyes particulares y concretas (en el caso de la aplicación judicial del derecho, en el derecho en sentido técnico, y en los actos de autonomía privada, ejecutados por medio de poderes).

El problema que las caracterizaciones que acabo de señalar plantean es si una teoría de conceptos jurídicos fundamentales demanda semejante precisión, y sacrificar algo de la amplitud en la denotación en aras de una connotación suficientemente caracterizada. Con ello, además, se preserva el valor de la semejanza del explicatum con el explicandum, pero seguramente a expensas de la fecundidad: Cuanto más específica es la caracterización de la acción general (o de la acción normativa) en el contenido del derecho, tanto más restringido será el conjunto de enunciados universales que puedan ser formulados.

Asimismo, a razón de semejante especificidad, las distinciones kelsenianas – mejor dicho, la mayoría de distinciones kelsenianas– tendrían el mérito de caracterizar de forma especialmente detallada y acaso idónea los derechos en cuanto posiciones jurídicas⁴⁷, y tendrían el inconveniente de no reflejar cabalmente posiciones normativas no jurídicas. Por una parte, los poderes jurídicos parecen la pieza más destacable de la nomodinámica jurídica, mientras que otros sistemas normativos, como el moral, estarían fundamentalmente integrados, siguiendo la propia lección kelseniana, por la nomoestática. La caracterización detallada del contenido de los poderes no haría sino acentuar esta distinción. Por otra parte, la distinción entre permisiones expresas y permisiones tácitas (entre autorizaciones expresas y permisiones negativas, en el léxico kelseniano), parece relevante exclusivamente para los sistemas jurídicos, en la medida en que parece presuponer autoridades normativas positivas, capaces de dictar permisiones expresas, susceptibles de ser conocidas, y es relevante fundamentalmente para hablar de la clausura del ordenamiento jurídico. En cambio, la taxonomía hohfeldiana no presenta esas distinciones, sino que expresa, más genéricamente, el sujeto que realiza o recibe la acción (una posición activa o pasiva) y el tipo de acción (acción en general o acción normativa), y es susceptible

⁴⁶ Que los derechos en sentido técnico y los derechos políticos cumplen la misma función y, por ende, podrían englobarse en un mismo concepto fue percibido por Kelsen (véase Kelsen 1966: 162, véase Rodríguez 2021: 235).

⁴⁷ Lo cual podría considerarse conforme a una aspiración general de Rodríguez, plasmada, concretamente, en el capítulo tercero: la demarcación del derecho respecto de otros dominios normativos.

de ser aplicado a otros sistemas normativos⁴⁸.

Suele predicarse la fecundidad de una definición «si podemos probar cosas con ella que no habríamos podido probar sin ella»⁴⁹. De las dos taxonomías, es más fecundo el modelo hohfeldiano, pues permite dar cuenta de muchas más situaciones normativas de las que abarca el modelo kelseniano.

Ahora me interesa destacar que las variables examinadas en estos párrafos, la semejanza respecto de los usos vigentes y el grado de especificidad pueden ir acompañados de una distinción en el plano estructural: una tendencia hacia la construcción de elementos atómicos y conceptos irreducibles (no reducibles en términos de otros conceptos), en el caso de Hohfeld, posiciones individuales propias de todo orden normativo, y una tendencia hacia la construcción de elementos moleculares (agregados de nociones atómicas) y conceptos reducibles, en el caso de Kelsen, posiciones jurídicas, características de los órdenes jurídicos contemporáneos. Conviene ahondar en este punto.

2.3. La sencillez: atonicidad e interdefinibilidad de los conceptos jurídicos fundamentales. Una comparativa de Hohfeld con Kelsen

Si he examinado previamente varias claves de la metodología hohfeldiana, en concreto, el peculiar procedimiento de selección léxica y conceptual, ahora conviene analizar el resultado de dicho procedimiento, la “tabla” hohfeldiana en sí misma, evaluando dos dimensiones en las que la aportación hohfeldiana parece superior a la kelseniana⁵⁰. Se trata de la atonicidad o fundamentalidad de los conceptos básicos y de su interdefinibilidad.

Empecemos por lo que Hohfeld denomina carácter “fundamental” de los conceptos básicos. Por carácter fundamental se entiende que los conceptos estipulados por Hohfeld tienen carácter irreductible o indivisible: no hay conceptos “más básicos” en los que estos deban ser explicados. Dicho de forma alternativa, en palabras de Duarte, la fundamentalidad o “atonicidad” de las nociones hohfeldianas significa que estas son “unidades indivisibles”, cada posición jurídica puede ser predicada como atómica⁵¹. La atonicidad es una herramienta muy valiosa, pues provee del medio para entender posiciones jurídicas complejas, los componentes de los que están

⁴⁸ Soy consciente, sin embargo, de que la última tesis es discutida por distintos autores, para quienes la taxonomía hohfeldiana solo logra captar los derechos jurídicos (para una reconstrucción cfr. Azzoni 1994: 450-453).

⁴⁹ Horty 2007: 41, retomando a Benacerraf.

⁵⁰ Me refiero con cierta insistencia a “tabla” hohfeldiana, por cuanto las ocho nociones hohfeldianas parecen conformar un cuadro autónomo basado en las relaciones entre ellas. Para un uso semejante, que se refiere a la “Hohfeldian platform”, véase Schlag 2022: 442.

⁵¹ Duarte 2021: 2. La explicación de unidades fundamentales constituye algo así como unas “reglas de formación”. Para la base de este analogon cfr. Carnap 1986: 308-309. Seguidamente, caracterizaré la comprensión hohfeldiana como sintáctica, lo que permitiría avalar este símil.

conformadas y la conexión entre una posición normativa irreducible y la modalidad (deóntica o anankástica) que sirve como su base⁵². Asimismo, la atomicidad supone la base para explicar la diversidad morfológica de una posición jurídica molecular⁵³.

Dicho esto, la tabla hohfeldiana no es “inerte”, como he indicado anteriormente, no está conformada por elementos irrelatos: precisamente, un modo de adscribir significado a las posiciones normativas, de entender qué significa cada instancia de la locución “derecho subjetivo” es determinar con qué otra noción de la tabla guarda relación y qué clase de relación guarda con ella. Las relaciones lógicas estipuladas por Hohfeld son la correlación y la oposición. Conceptos correlativos son nociones equivalentes, en palabras de Rodríguez⁵⁴, a una noción corresponde biunívocamente otra; afirmar que concurre una cierta noción significa que, por definición, concurre también su correlativa. Conceptos opuestos son nociones contradictorias, en palabras de Rodríguez, una noción es la negación de otra, afirmar que concurre una cierta noción significa que, por definición, no concurre su contradictoria. No desgranaré la tabla hohfeldiana, ampliamente conocida y cuyos componentes ya he mencionado; simplemente recordaré, siguiendo en el detalle a Rodríguez, que está compuesta por ocho nociones, cuatro de las cuales tienen por contenido acciones en general y son conferidas por normas prescriptivas (según ciertas reconstrucciones, expresan modalidades deónticas), y cuatro de las cuales tienen por contenido acciones normativas y son conferidas por reglas de competencia (según Rodríguez, determinativas; según ciertas reconstrucciones expresan modalidades anankásticas, y, según otras, aléticas). Las relaciones de correlación y contradictoriedad se producen dentro de cada uno de los dos conjuntos, lo que hace a las nociones dentro de ellos interdefinibles. Es relevante notar, sin embargo, que a estas relaciones Rodríguez añade otra, aunque, eso sí, no es de carácter analítico-conceptual como las señaladas por Hohfeld, sino que es formulada en términos de implicación material. Tal relación vincula los dos conjuntos de posiciones normativas: consiste en afirmar que «el ejercicio válido de una potestad jurídica produce una modificación en las soluciones normativas derivables del sistema»⁵⁵.

En primer lugar, la interdefinibilidad de las nociones es relevante en lo referente a la determinación del significado de las posiciones normativas. El carácter interdefinible, o “conectivo” de las nociones, quiere decir que la comprensión apropiada de cada concepto se obtiene captando sus relaciones con los demás conceptos del mismo sistema⁵⁶. Para entender una noción no basta con examinarla de forma aislada (reflexionar acerca del “nomen iuris” y del contenido que determinados opera-

⁵² Duarte 2021: 2.

⁵³ Duarte 2021: 2.

⁵⁴ Rodríguez 2021: 271.

⁵⁵ Rodríguez 2021: 299. Esta constituye una manera de detallar el sentido en que los poderes son metaderechos, como afirmaba inicialmente, al examinar la taxonomía kelseniana.

⁵⁶ Arriagada 2016: 155.

dores tienden a adscribirle) sino que hay que examinar qué lugar ocupa, qué papel desempeña en una red relativamente compleja de conceptos⁵⁷.

En segundo lugar, la interdefinibilidad de las nociones es relevante también por lo que hace a la identificación de instancias de posiciones normativas, en cuanto base deductiva. Saber qué noción es correlativa o contradictoria de qué otra noción permite derivar lógicamente la noción implicada a partir de aquella que sabemos que concurre. En este sentido, las relaciones de correlatividad y contradictoriedad constituyen una suerte de “reglas de transformación” y permiten determinar la (in) corrección de ciertas inferencias⁵⁸.

En lo que atañe a la taxonomía kelseniana, apenas pueden predicarse la unicidad ni la interdefinibilidad. Por una parte, dicha taxonomía no está conformada exclusivamente por elementos fundamentales o irreducibles. Como he indicado brevemente, no parecen elementos irreducibles ni el derecho subjetivo como acción procesal (una combinación de un poder y una pretensión), ni el derecho subjetivo como derecho político (un poder y una libertad), ni el derecho subjetivo como libertad fundamental (un poder y una libertad). Por otra, estudia, es cierto, las relaciones de los derechos con los deberes (en el caso de los derechos reflejos), y con las nociones de capacidad, acto ilícito y sanción, pero no estudia las relaciones de correlatividad y contradictoriedad.

2.3.1. *Contrapunto. Algunas cualificaciones a la interdefinibilidad: hacia la prioridad (explicativa) de los deberes respecto de los derechos*

Decir que ciertas nociones son interdefinibles supone, en cierta medida y tomada la afirmación tal cual, adscribir algún tipo de simetría definicional a las nociones en cuestión. Hay, sin embargo, algunos elementos que trastocan la simetría de la tabla hohfeldiana y de la taxonomía kelseniana⁵⁹. Me refiero especialmente a la propensión hohfeldiana y kelseniana de referirse a las pretensiones como “derecho en sentido estricto”.

Efectivamente, en un punto de su proyecto desambiguador, Hohfeld hizo más que elaborar y listar acepciones y estimó que, de las cuatro posiciones normativas que había identificado como denotación del término “derecho” había que seleccionar como “derecho en sentido estricto” aquella acepción que denominó “preten-

⁵⁷ Conviene señalar que se trata de una comprensión sofisticada de lo que es un “concepto” y de los medios para conocerlo.

⁵⁸ Para la base del símil cfr. Carnap 1986: 308-309.

⁵⁹ La asimetría parece predicable, básicamente, de la tabla hohfeldiana, puesto que la taxonomía kelseniana no está exclusivamente integrada por elementos fundamentales y sus elementos no son interdefinibles. En todo caso, los argumentos que puedan proporcionarse a favor de la prioridad de una posición normativa frente a otras(s) son estrictamente externos a la tabla hohfeldiana, que se basa en el axioma de la correlatividad entre posiciones normativas generalmente consideradas ventajosas y desventajosas y que parece, por lo demás, situar las ocho nociones en pie de igualdad.

sión”. La única afirmación que ofrece el profesor de Yale para avalar semejante estipulación lingüística es el hecho de que cuando los hablantes piensan en “derecho subjetivo” suelen asociar con esta noción la de “deber” y es justamente la noción de “pretensión” la única que tiene por concepto correlativo al “deber”⁶⁰. Creo que hay distintas maneras de entender esta afirmación, que no deja de tener algo de sorprendente. Una vendría a decir algo así como que “deber” tiene mayor relevancia o prioridad sobre las demás “posiciones de desventaja”, pero ¿en qué propiedad se basaría semejante relevancia o prioridad? Esto es, resulta que la explícita prominencia de las pretensiones –que avala la estipulación lingüística hohfeldiana– se podría deber a una prominencia no explicitada de los deberes. En todo caso, no deja de ser llamativa la afirmación de una y otra prominencia si tenemos en cuenta que la tabla hohfeldiana supone un “sistema conectivo”, una tabla de dos conjuntos de nociones interdefinibles, en (aparente) condición de igualdad. Otra lectura posible de la afirmación hohfeldiana no consiste tanto en afirmar –no directamente, al menos– que hay nociones más prominentes que otras, sino en afirmar que lo significativo es la correlación misma, la implicación biunívoca de la pretensión con el deber, que surgiría con frecuencia cuando el hablante (de un idiolecto ordinario o técnico) se expresa en términos de “derechos”. En todo caso, también bajo esta segunda lectura habría que buscar una suerte de propiedad relevante en la correlación misma de conceptos, con respecto a las otras tres correlaciones postuladas por Hohfeld (y, además, frente a cualquier relación de oposición).

Si esto es así, las razones para la doble prominencia (de deberes ante pretensiones y de esa pareja ante cualquier otra pareja de correlativos) o para la relevante correlación habría que buscarlas fuera de esta tabla, pero ¿dónde? ¿En que la pretensión es una posición pasiva, una posición que se define por referencia a una acción u omisión del titular de la posición correlativa, mientras que el deber es una posición activa, una posición que se define por referencia a una acción u omisión de su titular? Ello debiera dar preminencia a todas las posiciones activas de la tabla hohfeldiana (deberes, libertades, poderes e incompetencias) frente a las pasivas (pretensiones, no-derechos, sujeciones e inmunidades)⁶¹. Aunque Hohfeld defina los conceptos pasivos en términos de sus correlativos activos o en analogía con los conceptos activos⁶², no parece que haya querido dar una prominencia a una categoría respecto de la correlativa, como sí hace con pretensiones y deberes. ¿En que la noción de pretensión no presenta una noción de pretensión más básica no relacional mientras que el deber sí? Hay algunas sugerencias de Rodríguez en este

⁶⁰ Véase Hohfeld 2010: 38.

⁶¹ Recientemente, Arriagada ha cifrado el carácter primitivo en el carácter activo de las nociones (véase Arriagada 2018: 23-24).

⁶² Véase Hohfeld 2010: 60.

sentido⁶³. Se trata de un clásico diagnóstico⁶⁴: Hay deberes sin derechos, mientras que lo opuesto no es cierto. ¿En el hecho de que el “deber” identificado por Hohfeld constituye la posición más genuinamente reconducible a lo que tradicionalmente se han denominado “obligaciones”, una situación normativa en que una persona *está constreñida* a hacer algo u omitir algo?⁶⁵ Esta sería una posición interesante para quien se preguntara genuinamente acerca de los patrones de las prácticas lingüísticas. ¿En que la pretensión no expresa una modalidad deóntica independiente, mientras que el deber expresa la, muy relevante en el discurso normativo, de “obligación”? Esta parece la respuesta más acorde al proyecto de Rodríguez de fundar una lógica de proposiciones normativas, que tomaría como noción primitiva la de “deber” por expresar una modalidad deóntica⁶⁶. En todos estos casos de (potenciales) asimetrías surgen otros misterios, concretamente, otras asimetrías: por ejemplo, si bien Hohfeld recela de la denominación “derecho subjetivo” –hasta el punto, como he dicho, de que su proyecto aboga por la sistemática sustitución de esta denominación, por otras cuatro–, resulta que en lo que se refiere a las posiciones de desventaja, Hohfeld no emplea rótulo alguno (ni de “obligaciones” ni de ninguna otra clase).

Las afirmaciones de Kelsen son todavía más tajantes –es frecuente la alusión al “derecho como reflejo de una obligación”– y presentan el derecho subjetivo como un epifenómeno de la obligación. La prioridad explicativa (aunque tal vez también ontológica) del deber respecto del derecho vendría dada por el carácter primitivo de la noción de “sanción” –Kelsen abogarí por una dúplice reducción de conceptos jurídicos básicos, de derechos a deberes, de deberes a sanciones⁶⁷– y por el énfasis en la dimensión de protección normativa de los deberes frente a otros elementos. El rechazo de Rodríguez de los argumentos que hacen más básica la noción de “sanción” respecto de la de “deber”, junto con otros argumentos dirigidos a evidenciar la limitación del concepto de “sanción”, llevan a que sean rechazables los argumentos en que descansa la prioridad explicativa kelseniana de los deberes.

Sin embargo, puede que haya otras razones que lleven al propio Rodríguez a expresarse en términos de “derechos en sentido estricto” y “derechos correlativos a obligaciones”⁶⁸, pero tales razones no están, me parece, suficientemente explicitadas.

⁶³ Véase Rodríguez 2021: 292.

⁶⁴ Proveniente de Bentham, quien identifica las obligaciones frente a uno mismo y las obligaciones que no benefician a nadie como los únicos casos de obligaciones desprovistas de derechos correlativos (cfr. Bentham 1982: 206, cfr. Hart 1982: 168).

⁶⁵ Esto es, la definición que acabo de brindar sería privativa de los deberes; ni los no-derechos, ni las sujeciones ni las incapacidades son susceptibles de ser definidas de este modo.

⁶⁶ Cfr. Rodríguez 2021: 281-287. Además, la solución de priorizar posiciones normativas que expresan modalidades deónticas o anankásticas parece convergente respecto de la de priorizar posiciones activas.

⁶⁷ En virtud de la necesidad, experimentada por Kelsen, de reducir toda norma jurídica a normas que imponen sanciones.

⁶⁸ Rodríguez 2021: 294.

2.4. A modo de conclusión: sintaxis y semántica de los derechos

Hemos comprobado que la taxonomía hohfeldiana es relativamente genérica, abstracta, está caracterizada por la unicidad e interdefinibilidad de sus componentes y es susceptible de captar posiciones normativas de órdenes distintos del jurídico. En lo que se refiere a la taxonomía kelseniana, esta es relativamente específica, más concreta, contiene algunos macroderechos y sus componentes no son definibles entre sí del modo en que lo son los de la tabla hohfeldiana. Para concluir, es oportuno trazar una última distinción, que abarca algunas de las anteriores.

De forma algo aproximada, puede definirse la sintaxis como las reglas para componer (construir o transformar) los símbolos de un lenguaje, pudiendo hacerse abstracción de los significados de tales símbolos –competencia, en cambio, de la semántica–. La sintaxis contiene las reglas de composición y de transformación de expresiones bien formadas, estudia la estructura y cómo se combinan los constituyentes en esa estructura. La semántica, en cambio, estudia el contenido, consiste en la asignación de un significado a los mencionados símbolos⁶⁹.

Permaneciendo, acaso, dentro del lenguaje figurado, la caracterización de la explicación hohfeldiana de los derechos en términos “sintácticos”, y en términos estrictamente sintácticos, resulta bastante sólida⁷⁰. Como señala Schlag, la estrategia general de Hohfeld es la de describir las posiciones jurídicas fundamentales como “relaciones jurídicas de forma”, desprovistas, por tanto, en todo lo posible, de contenido⁷¹. En este sentido, la taxonomía hohfeldiana se asemeja a la tabla periódica de elementos, y su combinatoria a los procesos de ajuste de reacciones químicas⁷².

Muchos problemas relativos a los derechos son perfectamente explicables únicamente en términos de la taxonomía y de la base deductiva hohfeldiana, sin que sea necesaria una explicación del contenido de tales componentes, ni mucho menos una explicación de su razón de ser o de su función. Piénsese, por ejemplo, en las falacias de equívocidad, que Hohfeld pretendía conjurar. Como afirma Schlag, la tabla hohfeldiana consiente, mejora el análisis jurídico y la detección de errores comunes de razonamiento, pero Hohfeld no ofrece nada para la aplicación del derecho y la resolución de casos jurídicos⁷³. Eso sí, contribuye a la identificación de normas

⁶⁹ Véase Carnap 1986: 307-311, véase Recanati 2008: 10-11.

⁷⁰ De hecho, ha sido sugerida ya por Biasetti 2015: 51 (quien, de forma indistinta, lo caracteriza como un aporte formal, estructural, sintáctico) y por Schlag, quien de hecho imputa una tendencial resistencia judicial a la “traducción” en términos hohfeldianos, y al compromiso con la probidad analítica que este propugna, que estaría reñida con la “semántica y la gramática del discurso judicial” (Schlag 2017: 5). Es notable que el examen de Schlag está formulado en términos del choque entre distintas funciones del discurso judicial y la función del análisis jurídico hohfeldiano (véase Schlag 2022: 444-447).

⁷¹ Schlag 2022: 444-447.

⁷² Asimila la labor hohfeldiana a la del químico Simmonds 2001: IX.

⁷³ Schlag 2022: 444-447. Puede encontrarse un examen pormenorizado de errores cuya detección sería facilitada por la tabla hohfeldiana en Schlag 2015: 192-200.

atributivas de derechos (correlativos y opuestos), y, con ello, a la identificación del derecho. El austero minimalismo formal es la mayor virtud y la principal limitación de la tabla hohfeldiana⁷⁴. Si es posible, y en muchos casos, oportuno, distinguir el plano analítico-conceptual del valorativo-justificativo, Hohfeld supone una notable aportación del primero⁷⁵.

Por su parte, la teoría kelseniana concita elementos sintácticos y semánticos, pues no solo presta atención a la estructura y la combinatoria de las posiciones jurídicas, sino que caracteriza su contenido de forma detallada. Esto puede darnos una medida de los modelos y su posible integración: la taxonomía hohfeldiana es más “pura”, en la medida en que se pretende asépticamente sintáctica; la taxonomía kelseniana, por su parte, presenta elementos formales y materiales, ofreciendo un resultado algo heterogéneo. Si esto es legítimo, lo que esto nos revela es, según parece, la importancia de prestar atención a la sintaxis y a la semántica de los derechos. Una pregunta que queda abierta es la de si la propuesta de Kelsen abarca toda la semántica de los derechos y, de no ser así, ha de considerarse una teoría de los derechos parcial.

En cualquier caso, una respuesta a esa pregunta precisaría de un examen más pormenorizado del que aquí se ha hecho de las exigencias del modelo kelseniano y la delimitación de los distintos escenarios y planos que debería cubrir una teoría de los derechos completa. Para el examen de los conceptos jurídicos fundamentales, como para tantos otros problemas teóricos, el lector de TAD cuenta con una valiosa guía y una discursión de argumentos de profundo calado y extraordinario rigor.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C., Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos*, Buenos Aires, Astrea.
- Arriagada, M.B. (2016). *Conceptos jurídicos de Derecho subjetivo*, «Eunomía: revista en cultura de la legalidad», 11, 152-162.
- Arriagada, M.B. (2018). *Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad: Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión*, «Revus», 35, 1-37.
- Azzoni, G. (1994). *Interpretazioni di Hohfeld*, «Materiali per Una Storia Della Cultura Giuridica», 24, 443-487.

⁷⁴ Schlag 2022: 444-447; cfr. Schlag 2015: 189. Esta interpretación austera de Hohfeld es insatisfactoria a ojos de ciertos autores, que han planteado lecturas de Hohfeld en claves no formales; entre otras, en clave argumentativa: por ejemplo, cfr. Lozada 2016: 14-16.

⁷⁵ Aunque esta cuestión es relevante, no puedo demostrar aquí la afirmación de la necesidad de discriminar, en aras de la precisión conceptual, unas y otras cuestiones. Distintos trabajos de Kramer (2000, 2019, por ejemplo) pueden ser vistos como una prueba de esa afirmación.

- Balkin, J.M. (1990). *The Hohfeldian approach to Law and Semiotics*, «University of Miami Law Review» 44, 5, 1119-1142.
- Barberis, M. (1997). *Vincoli e strumenti: sulla filosofia analitica del diritto*, in C. Penco, G. Sarbia (eds.), *Alle radici della filosofia analitica*, Genova, Erga, 11-34.
- Biasetti, P. (2015). *Diritti e teorie morali: la prospettiva dei moral rights*, Napoli-Salerno, Orthotes.
- Brigaglia, M. (2019). *Potere: una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Bulygin, E. (1991). *Kant y la filosofía del derecho contemporánea*, en C. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEPC.
- Carnap, R. (1986). *Filosofía y sintaxis lógica*, en J. Muguerza (ed.), *La concepción analítica de la filosofía*, Madrid, Alianza, 294-337.
- Celano, B. (1999). *Kelsen: una introduzione critica*, Bologna, il Mulino.
- Duarte, D. (2021). *Rights as formal combinations of normative variables* (ponencia inédita; se cita desde el borrador circulado para la ponencia).
- Frydrych, D. (2021). *The architecture of rights: models and theories*, London, Palgrave Macmillan.
- Guastini, R. (2017). *Filosofía del derecho positivo*, Torino, Giappichelli.
- Hart, H.L.A. (1982). *Essays on Bentham*, Oxford, OUP.
- Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.
- Hohfeld, Wesley Newcomb (2010). *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Clark, New Jersey, Lawbook Exchange.
- Horty, J. (2007). *Definitions on Frege*, Oxford, OUP.
- Kelsen, H. (1966). *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi.
- Kramer, M.H. (2000). *Rights without trimmings*, in M.H. Kramer, N.E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries*, Oxford, OUP.
- Kramer, M.H. (2019). *On no-rights and no rights*, «American Journal of Jurisprudence», 64, 2, 213-223.
- Lozada, A. (2016). *Hohfeld en la teoría de Alexy y más allá*, «Revista Iberoamericana de Argumentación», 13, 1-17.
- Navarro, P., Redondo, M.C. (2002). *Problemas contemporáneos de filosofía del derecho*, en Id. (eds.), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa.
- Pound, R. (1937). *Fifty Years of Jurisprudence*, «Harvard Law Review», 50, 4, 557-582.
- Recanati, F. (2008). *Philosophie du langage (et de l'esprit)*, Paris, Gallimard.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons.

- Ross, A. (1958). *On Law and Justice*, London, Steven & Sons.
- Schlag, P. (2015). *How To Do Things with Hohfeld*, «Law and Contemporary Problems», 78, 185-234.
- Schlag, P. (2022). *Hohfeldian Analysis, Liberalism and Adjudication (some tensions)*, en S. Balganesch, T. Sichelman, H. Smith (eds.), *Wesley Hohfeld A Century Later*, Cambridge, Cambridge University Press, 441-466.
- Simmonds, N. E. (2001). *Introduction*, en Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, D. Campbell, P. Thomas (eds.), Aldershot, Ashgate-Dartmouth, ix-xxix.
- Windscheid, B. (1857). *Die Actio: Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*, Düsseldorf, Julius Buddeus.

