

Analisi e diritto

2/2024

riviste.edizioniets.com/aed

Direzione esecutiva

Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Maria Cristina Redondo

Redazione

Giovanni Battista Ratti (*redattore capo*), Jorge Baquerizo, Anna De Giuli, Diego Dei Vecchi, Alejo Giles, Andrej Kristan, Ludovica Lagalla, Luca Malagoli, Julietta Rabanos, Lorena Ramírez, Paolo Sandro, Natalia Scavuzzo, Daniela Simone, Adriano Zambon.

Comitato scientifico

Claudio Agüero, Sebastián Agüero, Robert Alexy, Federico Arena, María Beatriz Arriagada, Manuel Atienza, Humberto Ávila, Mauro Barberis, Juan Carlos Bayón, Hernán Bouvier, Michelangelo Bovero, Pierre Brunet, Eugenio Bulygin †, Luka Burazin, Alejandro Calzetta, Damiano Canale, Ricardo Caracciolo, Flavia Carbonell, Bruno Celano †, Jorge Cerdio, Véronique Champeil-Desplats, Rodrigo Coloma, Giovanni Damele, David Duarte, Enrico Diciotti, Andrea Dolcetti, Timothy Endicott, Rafael Escudero, Luigi Ferrajoli, Jordi Ferrer, Paula Gaido, Marina Gascón, Gianmarco Gometz, Daniel González Lagier, Andrea Greppi, Giulio Itzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter, Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí, Tecla Mazzaresse, Daniel Mendonca, Eric Millard, Diego Moreno, José Juan Moreso, Nicola Muffato, Pablo Navarro, Álvaro Núñez, Claudina Orunesu, Diego Papayannis, Stanley Paulson, Valentina Pazé, Giorgio Pino, Anna Pintore, Francesca Poggi, Susanna Pozzolo, Luis Prieto, Alberto Puppo, Ángeles Ródenas, Jorge Rodríguez, Michel Rosenfeld, Corrado Roversi, Juan Ruiz Manero, Alfonso Ruiz Miguel, Alessio Sardo, José María Sauca, Frederick Schauer, Aldo Schiavello, Adrian Sgarbi, Germán Sucar, Michel Troper, Giovanni Tuzet, Rodolfo Vázquez, Vito Velluzzi, José María Vilajosana, Vittorio Villa.

Contatti

analysidiritto@istitutotarello.org

Realizzazione editoriale

Edizioni ETS - Pisa

www.edizioniets.com

Analisi e diritto

2/2024



Edizioni ETS

Registrazione presso il Tribunale di Pisa n. 5/2019

Direttore responsabile

Riccardo Guastini

Periodico semestrale. I contributi pubblicati sono sottoposti, in forma anonima, alla revisione di almeno due lettori anonimi.

Six-monthly journal. Published articles undergo double-blind peer-review.

Analisi e diritto è pubblicata con il contributo dei fondi per la ricerca delle seguenti istituzioni:

Università degli Studi di Genova

Càtedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona

Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano

Centre de Théorie et Analyse du Droit

(UMR 7074, Université Paris Nanterre, École Normale Supérieure, CNRS)

Abbonamenti, comprese spese di spedizione / *Subscription (incl. shipping charges)*

print, individual: Italy € 60,00 / EU € 70,00 / World € 80,00

print, institutional: Italy € 80,00 / EU € 90,00 / World € 100,00

PDF:* individual € 50,00 / institutional € 60,00

* Sconti / *Discounts*: Latin America -35%; Africa -50%.

© Copyright 2024

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messagerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884677148-3

ISSN 1126-5779

Indice

Saggi

G.B. Ratti <i>Cinque ricordi di Fred Schauer</i> (Five memories of Fred Schauer)	9
R. Guastini <i>Mapping the Legal Writings of Norberto Bobbio</i>	15
L. Malagoli <i>Merely Words. Apuntes para una defensa del escepticismo extremo</i> (<i>Merely Words</i> . Notes for a Defense of Radical Skepticism)	21
R. Guastini <i>Costituzione di carta vs. costituzione vivente</i> (Paper Constitution vs. Living Constitution)	55

Interpretación jurídica y teoría analítica del derecho (Legal Interpretation and Analytical Theory of Law)

P. Chiassoni <i>Cuestiones de “corrección”</i> (Questions of “Correction”)	73
J.L. Rodríguez <i>Precisiones en torno a la noción de corrección interpretativa</i> (Clarifications Around the Notion of Interpretive Correction)	99

The Long Arc of Legality. A Debate

L. Malagoli <i>Foreword</i>	123
L. Malagoli A Tale of Two Hobbes: <i>Brief Remarks (through Turinese eyes) on the Second Chapter of David Dyzenhaus' The Long Arc of Legality</i>	125
B.H. Bix <i>Legality as Such: Further Thoughts on David Dyzenhaus, The Long Arc of Legality</i>	139
G.B. Ratti <i>Three Puzzles on the Foundations of Law</i>	149
A. Calzetta Once More unto the Breach, Dear Friends, Once More. <i>The Puzzle of Unjust Law between Theoretical and Practical Realities: A Brief Comment on The Long Arc of Legality</i>	163
D. Dyzenhaus <i>A Response to Four Critics of The Long Arc of Legality</i>	177

SAGGI
(ESSAYS)

Cinque ricordi di Fred Schauer

Giovanni Battista Ratti*

Sommario

In questo breve scritto, ricordo alcuni aspetti notevoli di Fred Schauer (1946-2024), sia dal punto di vista umano che dal punto di vista scientifico.

Parole chiave: Fred Schauer. Virginia Law School. *Thinking like a Lawyer*.

Abstract

In this short note, I recall some remarkable aspects of Fred Schauer (1946-2024), both from a human and a scientific point of view.

Keywords: Fred Schauer. Virginia Law School. *Thinking like a Lawyer*.

1. Gigante accademico

Fred Schauer è un autore arcinoto, che non ha bisogno di molte presentazioni. Formatosi ad Harvard a cavallo tra gli anni sessanta e settanta, fu dapprima avvocato e poi professore di diritto costituzionale, diritto probatorio e teoria del diritto inizialmente all'Università della West Virginia e alla Law School del College of William & Mary (in Virginia), poi a Michigan e ad Harvard, dove fu anche preside della prestigiosa *JFK School of Government*, mentre dal 2008 ha insegnato alla Facoltà di legge della Università della Virginia in qualità di David and Mary Harrison Distinguished Professor of Law. Proprio negli anni trascorsi presso quest'ultima istituzione, dove ha potuto avere – ironico a dirsi, per la prima volta nella sua carriera – un insegnamento esclusivamente dedicato alla teoria del diritto,

* Istituto Tarelli per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, gbratti@unige.it.

ha mostrato una prolificità notevolissima pubblicando tre libri fondamentali: *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (2009), *The Force of Law* (2015) e, da ultimo, *The Proof: Uses of Evidence in Law, Politics and Everything Else* (2022). Oltre a essi, tra le sue pubblicazioni più importanti, bisogna quantomeno ricordare: *The Law of Obscenity* (1976), *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982) e, soprattutto, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (1991), che lo impose all'attenzione internazionale come uno dei più importanti giusfilosofi di lingua inglese dai tempi di Hart e Dworkin. Personalmente, sono molto legato a *Thinking like a Lawyer* che Fred presentò in occasione di un seminario a Girona che contribuì a organizzare, che ho avuto la fortuna di tradurre in italiano e che discutemmo, insieme ad alcuni amici, a Imperia nel 2017¹.

2. Uomo dal multiforme ingegno

Fred Schauer era un uomo straordinario, di un'intelligenza e con delle capacità fuori dal comune. Come Ulisse, aveva costruito con le proprie mani il suo letto: era infatti un eccellente falegname e creava da solo molti mobili su misura con cui arredava la sua splendida casa, nella campagna di Charlottesville. Era anche un provetto ciclista e aveva attraversato le strade d'America in lungo e in largo, arrivando a percorrere addirittura il TransAmerica Trail. Mi piace pensarlo mentre scala qualche passo nella Shenandoah Valley ragionando sulla sovrainclusività e la sottoinclusività dei segnali stradali (un esempio ricorrente nei suoi libri). Cosa più sorprendente per l'immagine stereotipata che siamo soliti avere degli statunitensi, era un cuoco soprafino: mia moglie e io ricordiamo ancora con gratitudine la magnifica cena che, nel Ferragosto del 2015, Fred e sua moglie Barbara ci offrono a casa loro. Ma Fred era soprattutto uno straordinario osservatore e conoscitore delle pratiche sociali. Viaggiava molto e, ovunque viaggiasse, prendeva nota mentalmente delle pratiche locali. Nella sua prima visita a Genova, chiese a me e Andrea Dolcetti di portarlo, per cena, in un locale che servisse del cibo tipicamente ligure. Andammo a un ristorante di Avegno, sulle alture di Recco, da dove si domina l'intero Golfo Paradiso e dove si servono prelibatezze della Riviera ligure di levante. In un tavolo vicino al nostro, a un certo punto scoppiò un fragoroso applauso per un certo Carlo. Andrea e io formulammo alcune ipotesi sulla causa che aveva potuto generare una tale esplosione di giubilo. Fred non ne fu convinto, scosse la testa e ci disse: "No, what happened is that Carlo hunted the prey that they are now eating". Ci sembrava un'ipotesi peculiare. Chiedemmo al cameriere, che invece ci confermò che Fred

¹ Gli atti sono raccolti in *Thinking like a Lawyer. A Symposium*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1/2017.

aveva ragione. Faccio notare che i commensali del tavolo vicino al nostro parlavano tra loro in genovese!

3. Studioso generoso

Il primo contatto che ebbi con Fred fu per e-mail nel 2007. In quell'epoca, mi trovavo come postdoc a Girona, dove Jordi Ferrer e io stavamo cercando di fare di Girona un centro della teoria del diritto riconoscibile a livello internazionale. Anche grazie agli ingenti finanziamenti che in quel tempo il governo spagnolo elargiva ai gruppi emergenti, riuscimmo, assai rapidamente, a invitare a Girona il gotha della teoria del diritto, sia europeo sia sud e nordamericano. Unitamente alla richiesta di venire a Girona, formulammo a Fred un invito a partecipare a un progetto che stava muovendo allora i suoi primi passi: un libro sulla defettibilità giuridica che raccogliesse i contributi di coloro che, nelle culture giuridiche di *civil law* e di *common law*, avevano lavorato più in profondità sul tema. Con nostra grande sorpresa, Fred ci rispose in pochi minuti, accettando entrambi gli inviti, e proponendoci una lista di nomi di autori di lingua inglese da invitare al progetto. Nello scambio di e-mail che ne seguì, aggiunse che, l'anno seguente, sarebbe stato ad Oxford in qualità di Eastman Visiting Professor e che gli avrebbe fatto piacere organizzare un workshop sul tema insieme a Richard Tur. Quel seminario ebbe luogo all'Oriel College di Oxford, nel marzo del 2008, e costituì il nucleo di quello che sarebbe poi diventato *The Logic of Legal Requirements* (2012), un libro che non sarebbe esistito senza il sostegno e la magnanimità di Fred. Potrei citare molti altri esempi del suo altruismo ma credo che lo slancio e la speditezza con cui si buttò in un progetto molto ambizioso, elaborato da quelli che allora erano due perfetti sconosciuti (quantomeno nel contesto della teoria del diritto anglofona), la dica lunga sulla sua straordinaria generosità intellettuale.

4. Viaggiatore vero

Fred viaggiava in continuazione. Era come una rockstar. Era capace di prendere un volo transoceanico per partecipare a un workshop di due giorni, viaggiando di notte e arrivando la mattina stessa dell'evento, e tornare in Virginia subito dopo. Era un viaggiatore infaticabile: in più di dieci anni di frequentazioni, non l'ho mai visto stanco né poco lucido a causa dei continui impegni. Era anche un viaggiatore scrupolosissimo, che preparava i suoi spostamenti con una precisione puntigliosa. La prima volta che venne a Girona, gli dicemmo – come d'altronde facevamo con tutti i nostri ospiti – che saremmo andati volentieri a prenderlo all'aeroporto del Prat, a Barcellona, per portarlo in albergo a Girona (che dista più di 100 km. da

quell'aeroporto). Ci rispose che non era necessario. Sarebbe stato sufficiente andare a prenderlo in stazione a Girona: sarebbe arrivato con il treno delle 10:30. Il giorno del seminario effettivamente arrivò a Girona all'ora stabilita. Da allora s'instaurò sia con Girona sia, soprattutto, con Genova, un rapporto di collaborazione che è continuato fino a quando la malattia non gli ha più permesso di viaggiare e anche un po' di più, visto che ha tenuto alcune lezioni nel nostro ateneo per via telematica fino all'anno scorso. Fin dalla prima edizione del Master "Global Rule of Law and Constitutional Democracy", Fred ha fatto parte del corpo docente del Master. Apprezzatissimo dagli studenti e dai colleghi, dava vita a lezioni tanto profonde quanto accurate, limando i concetti, analizzando casi giudiziali e coinvolgendo spesso i discenti nella discussione, dimostrando un dinamismo e un'energia non sempre presenti in chi insegna da moltissimi anni. Quando veniva a Genova o a Imperia, Fred mi chiedeva di portarlo a pranzo o a cena, o di vederci per un aperitivo, ma mai di portarlo in visita alla città. Preferiva farlo da solo. Conosceva certe zone di Genova molto meglio di me, tanto le aveva perlustrate. Ne conosceva la storia e ne apprezzava l'architettura: amava molto il Centro Storico, nella cui labirintica struttura non si è mai perso (cosa non comune fra i non genovesi), e la zona del Porto Antico. Negli anni, era diventato una sorta di genovese adottivo.

5. Mentore indimenticabile

Fred amava molto che i suoi libri venissero tradotti in altre lingue. Nel 2010, a Girona, a latere della grande conferenza organizzata da Jordi Ferrer su "Neutralità e teoria del diritto", mi disse che era da poco uscito un suo libro – *Thinking like a Lawyer* – e che gli sarebbe piaciuto che fossi io a tradurlo in italiano. Gli dissi che, in quel periodo, avevo troppi impegni e non vi sarei riuscito, ma che in futuro sarei stato molto felice di farlo. Quando ci rincontrammo a Imperia, in una delle sue molte visite, nel febbraio del 2015, tornò di nuovo sulla questione. Io gli dissi che ne sarei stato onorato ma che, visto il calendario accademico e i miei impegni sempre crescenti, vi avrei potuto lavorare solo d'estate. Aggiunsi che sarebbe stato utile fare degli incontri di persona, nel caso in cui fosse tornato in Europa in quel periodo, o delle videochiamate per discutere alcuni dettagli tecnici della traduzione e alcune scelte di resa in italiano che ineluttabilmente si sarebbero presentate. Mi rispose che aveva un programma migliore: sarei dovuto andare in Virginia, ospite della locale università, per lavorare a stretto contatto con lui nel corso di quella estate. Detto fatto. Organizzò in pochissimo tempo e con la consueta scrupolosità il mio viaggio e mi mise nelle condizioni ideali per effettuare una traduzione in poco più di due mesi. Mi assegnò un ampio e bellissimo ufficio che stava a 15 metri dal suo. Aria condizionata centralizzata a 18 gradi, mentre fuori ce n'erano quasi quaranta. Io a quarant'anni col golfino, lui a quasi 70 in polo a mezze maniche. Ogni

venerdì mattina una sessione di almeno due ore per discutere della traduzione che io preparavo nei giorni precedenti. Tenemmo la prima sessione il 10 luglio, l'ultima il 28 agosto, seguita da un pranzo di commiato da Moe's. Quel lavoro di traduzione, e gli incontri con Fred che l'hanno accompagnato (e i pranzi che talora seguivano tali incontri), sono stati un'esperienza fantastica, irripetibile. Avere la possibilità di discutere con lui non solo del libro che stavo traducendo, ma più in generale delle scelte metodologiche a esso sottese e delle ripercussioni culturali e tecniche delle sue tesi, è stato un privilegio che conserverò per sempre tra le memorie più care della mia esperienza nell'ambito della teoria del diritto.

Mapping the Legal Writings of Norberto Bobbio

Riccardo Guastini*

Abstract

The present paper identifies and analyses seven main lines of research in Bobbio's legal philosophical work: 1) studies on analogy; 2) theoretical and metatheoretical studies on legal science; 3) studies on natural law and legal positivism; 4) the foundation of deontic logic in Italy; 5) the general (or "formal", in Bobbio's terminology) theory of law; 6) Kelsenian studies; 7) studies on the history of legal thought.

Keywords: Norbert Bobbio. Legal Theory. Legal Positivism. Legal Reasoning. History of Legal Thought.

The extensive work of Norberto Bobbio has been compared to a labyrinth¹. Indeed, in his long-life Bobbio wrote (at least) on positive law, general jurisprudence, legal philosophy, political philosophy, political science, philosophy of history, and history of philosophy.

In 1999 (if I remember correctly), some scholars were asked to draw a map of Bobbio's works to serve as a guide for readers². This little map of Bobbio's legal writings was my contribution³.

My task, if I have understood correctly, is to draw a map of Bobbio's legal writings. This is indeed a difficult task. It is well known that Bobbio's bibliography is very extensive and, as the title of this conference suggests, labyrinthine. In the modest little part of my library dedicated to him, which is also incomplete, I count no less than twenty volumes (some unfortunately only in photocopy) belonging to the class of "legal" writings: Monographs, notes for students, collections of essays,

* Istituto Tarelli per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, guastini@unige.it.

¹ V. Pazé, ed., *L'opera di Norberto Bobbio. Itinerari di lettura*, Milano, Franco Angeli, 2005.

² 1999 was Bobbio's ninetieth birthday.

³ The Italian version of the present paper was published in Pazé ed. 2005: 30-35.

and even an introduction to the Constitution (a manual on civic education), which he co-authored with Franco Pierandrei.

The map is made more difficult by the fact that Bobbio's "legal" writings include studies on the theory and philosophy of law as well as writings on the history of legal thought. In Bobbio's case, there is no clear distinction between these two areas (one need only think of his first major book on legal theory, that on analogy from 1938, and the course on legal positivism from 1961).

But even if one leaves aside the historical works and limits oneself to the studies on legal theory and philosophy (a precise distinction between the two is not possible), Patrizia Borsellino, an expert on Bobbio's thought, already listed 185 works in 1983. Since then, Bobbio's "legal" bibliography has been expanded by at least six important volumes (one of them in French). Ok, almost all of them are collections of essays that have already been published, but that does not simplify the map, on the contrary, it makes it even more complicated.

The truth is that, for those who have studied the legal writings of Bobbio, the only satisfactory map would be the one devised by Borges, which corresponds in a one-to-one relationship with the territory represented and therefore coincides perfectly with its subject. I will therefore refrain from drawing a map and limit myself to pointing out a few paths in this vast territory: those that seem most promising to me.

1. First path: studies on analogy. It is not a very rugged path, it unfolds in a few stages. It is, however, a thirty-year path: it begins in 1938 and ends (if I am not mistaken) in 1968. The first stage is the book *L'analogia nella logica del diritto* (Analogy in the Logic of Law), published in 1938⁴. In the same year, an essay on analogy and criminal law (*L'analogia e il diritto penale*) was published in the journal "Rivista penale". The following stages are the entry *Analogia* (Analogy) in the *Novissimo digesto italiano* (from 1957) and two commentaries on court decisions published in "Giurisprudenza italiana" in 1950 and 1968 respectively. The 1938 book is a paradigmatic example of Bobbio's ability to combine historical investigation and theoretical research, and is of truly special significance.

At this time, legal philosophy in Italy was dominated by idealist philosophy: pompous and largely devoid of content, with the notable exception of Guido Calogero's 1937 book *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione* (The Logic of the Judge and its Control in Cassation). Not that there were no studies on legal theory: on the structure of the legal system, on interpretation, on legal gaps, etc. But they were studies carried out by "positive" jurists, as they say, within their respective academic disciplines: Donato Donati and Santi Romano (scholars of public law), Tomaso Perassi (scholar of international law), Giovanni Brunetti and Francesco Degni (scholars of private law). The "professional" legal philosophers devoted themselves to completely different topics.

⁴ New impression Giuffrè, Milano 2006, ed. by Paolo Di Lucia.

Bobbio's book is rather a study of the "logical structure" of a certain type of argumentation characteristic of legal reasoning. It is a completely isolated example for its time. Today, there is an abundance of works in the legal philosophy literature on the argumentation techniques of lawyers. Bobbio's book paved the way.

As for the other stages of this first path (the studies on analogy), they contain – as far as I can remember – two commentaries on court decisions. I would just want to point out that legal philosophers are not in the habit of frequenting this literary genre (with the only exceptions, as far as I know, of my teacher, Giovanni Tarello, and myself)⁵. They do not write commentaries on judicial decisions for the simple reason, I fear, that they are legal philosophers but do not read judicial decisions (and it is legitimate to ask what else they read). Bobbio did read judicial decisions and occasionally commented on them. Bobbio's interest in court decisions is also documented by a short essay from 1971 (which was never published in Italy), which, under the bizarre title "Le bon législateur", contains an analysis of certain argumentation procedures of the Italian Court of Cassation⁶.

2. Second path: theoretical and metatheoretical studies on legal science. It is a short and not very bumpy path. It begins with the essay *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (Science of law and analysis of language), published in 1950 in the journal "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", and with the course *Teoria della scienza giuridica* (Theory of Legal Science) from the same year. It continues with the 1954 essay *Il rigore nella scienza giuridica* (Rigour in Legal Science), and an essay from 1955 titled *Sul ragionamento dei giuristi* (On the Reasoning of Jurists).

One can stop, if only to save energy and devote it to other paths, at the 1967 essay *Essere e dover essere nella scienza giuridica* ("Sein" and "Sollen" in Legal Science), now in the volume *Studi per una teoria generale del diritto*, Studies for a general theory of law, published in 1970).

The first step on the journey is the essay "Science of law and analysis of language", which is of inestimable importance for the history of legal theory. It is in fact the founding act of analytical legal theory in Italy. "Analytical" in the sense of analysis of language. For the first time, Bobbio presents law as a language or, if you like, as a discourse: the prescriptive discourse of "the legislator". And consequently, he presents the study of law (be it a dogmatic or a general theoretical study) as a distinctly analytical-linguistic enterprise – a second order language bearing on the language of lawgivers.

⁵ Nowadays, this silly self-praise must be "updated", by mentioning several younger scholars who do study case-law jurisprudence. E.g., Damiano Canale, Giulio Itzcovich, Vito Velluzzi, Silvia Zorzetto, and, most of all, Pierluigi Chiassoni (see his book Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999).

⁶ In fact, the mentioned essay has been recently reprinted in *Lo Stato*, 11, 2018, 197-202, with a short presentation by R. Guastini.

This view is at the root of the entire Italian school of general legal theory: from Scarpelli to Tarello, from Gavazzi to Lazzaro, from Losano to Conte, from Pattaro to Guastini, not to mention the new generations.

3. Third path: studies on natural law and legal positivism. The fundamental stages are the 1961 course on legal positivism (*Il positivismo giuridico*, reprinted in 1979 and 1996) and the essays on natural law doctrine and legal positivism collected in the 1965 volume *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. These are highly innovative (and, incidentally, quite famous) studies from at least two points of view⁷.

The first is the thesis that, contrary to what is assumed, natural law is not a specific ethical-legal doctrine, but a “metaethics”, in a sense of this word: an empty (and also logically fallacious) way of justifying various and even competing normative ethics.

The second point is the anatomy of legal positivism. I speak of anatomy because, according to Bobbio’s analysis, legal positivism “comes out in pieces”. “Legal positivism” turns out to be the name not of one, but of three different and logically unrelated (albeit historically connected) doctrines: a doctrine of legal science (legal science as a value-neutral enterprise), a complex doctrine of law and legal interpretation (nineteenth century legal positivism, or legal positivism par excellence), and a moral doctrine about a obedience to the law (ethical legalism).

4. Fourth path: the foundation of deontic logic in Italy. It is a short path (too short and prematurely interrupted). In fact, it consists of only two stages: the 1954 essay *La logica giuridica di Eduardo García Máynez* (The Legal Logic of Eduardo García Máynez) and the essay *Diritto e logica* (Law and Logic) from 1962.

However, it is one of the most exciting paths in Bobbio’s work. It is no coincidence that I spoke of “foundation”. In Italy today, deontic logic is cultivated by important scholars and was born precisely with Bobbio’s 1954 essay. An essay in which Bobbio (anticipating Kelsen, Alchourrón, and von Wright) elaborates, among other things, the fundamental distinction between norms and propositions about norms and the consequent distinction between the logic “of law” and the logic of “legal science”.

5. Fifth path: the general (or “formal”, as Bobbio used to say) theory of law. Here we have a tortuous path. The beginning can be dated to 1942, with the small volume *La consuetudine come fatto normativo* (Custom as a Normative Fact)⁸. The path then unravels from the two courses *Teoria della norma giuridica* (Theory of the Legal Norm), published in 1958, and *Teoria dell’ordinamento giuridico* (Theory of

⁷ As to the natural law doctrine, some further studies by Bobbio were recently published with a preface by Tommaso Greco: see N. Bobbio, *Il giusnaturalismo moderno*, Torino, Giappichelli, 2009.

⁸ New impression Giappichelli, Torino, 2010, with a preface by Paolo Grossi.

the Legal Order), in 1960 (in 1993, both were collected in a volume entitled *Teoria generale del diritto*, General Theory of Law) to a countless series of essays and encyclopedia entries.

Almost all of these scattered works are now collected in one volume, or rather in several volumes: *Studi sulla teoria generale del diritto* (Studies on the General Theory of Law, 1955), *Studi per una Teoria generale del diritto* (Studies for a General Theory, 1970)⁹, the “new studies” collected in 1977 under the title *Dalla struttura alla funzione* (From Structure to Function), up to the most recent *Contributi ad un dizionario giuridico* (Contributions to a Legal Dictionary, 1994), which I proudly edited myself, overcoming Bobbio’s resistance with difficulty.

Bobbio’s contributions, although he never wanted to give them a systematic form, touch on all the problems of contemporary legal theory: the concept of law, of course, the concept of norm, the typology of norms, norms on legal production, sanctions, general principles, the notion of order, the notion of validity, gaps, antinomies, and so on. In his latest works, a completely new approach and a new topic for legal theory even emerges: the functional approach and the question of the functions of law.

The only thing that is almost completely left out of Bobbio’s theory of law is interpretation: Bobbio devoted historical works to it, but hardly any theoretical elaborations. It is a commonplace that Bobbio’s theory of law is largely tributary to that of Kelsen. But this commonplace is largely false.

6. Here I should give, for the connection, a sixth path: Kelsenian studies. Bobbio has dedicated no less than ten essays to Kelsen (so many are collected in the volume *Diritto e potere*, Law and Power, 1992¹⁰): the first dates from 1954, the last from 1986. But the dialogue with Kelsen runs like a red thread through his theoretical-legal work. But, as I said, it is wrong to say that Bobbio’s legal theory pays tribute to Kelsen’s theory. Anyone who thinks so has only looked at Bobbio’s works superficially.

Indeed, Bobbio’s approach, which is empiricist and analytical-linguistic, is very far removed from that of Kelsen. Two examples.

The theory of the norm. Where Kelsen feels the need to duplicate the world and distinguish between facts and norms (the realm of *Sein* and the realm of *Sollen*¹¹), Bobbio sees only one – semantic, not ontological – problem. For him, norms are nothing more than prescriptive sentences. And his problem is to establish the distinction between prescriptive discourse and cognitive discourse.

The question of gaps and antinomies. According to Kelsen, every legal order is necessarily complete (without gaps) and consistent (without antinomies): neces-

⁹ New impression Giappichelli, Torino, 2012, with a preface by R. Guastini.

¹⁰ New impression Giappichelli, Torino, 2014, with a preface by Agostino Carrino.

¹¹ The English version of this essay was published in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 56, n. 6 (1970), 7-29.

sarily, i.e. for logical reasons, so that the question can be resolved a priori without distinguishing between one legal order and another and, of course, without even knowing the normative content of the various legal orders. For Bobbio, on the contrary, there are complete and incomplete legal systems, consistent and inconsistent legal systems: it is not a question of logic, but of positive law. A legal system can only be judged as complete or incomplete, consistent or inconsistent in retrospect on the basis of its normative content.

7. Seventh path: Studies on the history of legal thought. I emphasize legal thought, and not (or not only) political thought. I like to remember: the 1957 course *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant* (Law and the state in the thought of Immanuel Kant, there is a second edition from 1969); the 1963 course *Locke e il diritto naturale* (Locke and Natural Law¹²); the 1965 collection of essays *Da Hobbes a Marx* (From Hobbes to Marx); the 1973 course by Bobbio and Bovero, *Società e Stato da Hobbes a Marx* (Society and State from Hobbes to Marx); the book, also by Bobbio and Bovero, *Società e Stato nella filosofia politica moderna* (Society and State in Modern Political Philosophy, 1979); the course *La teoria delle forme di governo* (The Theory of Forms of Government, 1976); the seven Hegelian Studies (*Studi hegeliani*), collected in one volume in 1981; and finally the Hobbesian studies, collected in 1989 under the title *Thomas Hobbes*.

But here, too, it is a tortuous path: There are pages on the history of legal thought in all of Bobbio's books: in the book on analogy (the entire first part is of a historical nature), in the course on legal positivism (here too, the theoretical part is preceded by a historical section), in the very well-known volume *L'età dei diritti* (The Age of Rights¹³), the first edition of which was published in 1990, and so on. In these works, a distinctive feature of his academic style is evident: the ability to happily combine the history of thought and the analysis of concepts or, if you like, to give theoretical analysis, as it were, "historical depth". For me, affected as I am by serious "logicism" and lacking in historiographical sensibility, this is a great cause for envy.

¹² New impression Giappichelli, Torino, 2017, with a preface by Gaetano Pecora.

¹³ The English e-book version was published by Polity Press, 1996.

Merely Words.

Apuntes para una defensa del escepticismo extremo

Luca Malagoli^{*}

“E tuttavia nessuna cosa è sacra in virtù di sé stessa,
ma invece perché io la *dichiaro sacra*,
cioè in virtù della mia sentenza, del mio giudizio, delle mie
genuflessioni, insomma della mia- coscienza”.
Max Stirner, *L'unico e la sua proprietà*, (1844),
trad.it. Adelphi, 1999, p. 80

“For, after all, rules are merely words and those words can
get into action only through decisions”.
Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*,
(1930), 2009, p. 135

Resumen

Este artículo pretende desarrollar, con base en algunas tesis recientemente formuladas por Pierluigi Chiassoni, una defensa del (así llamado) “escepticismo extremo”. En particular, mostraré como, reconstruidas por medio de las tesis de Chiassoni, las posturas de autores centrales de la tradición realista americana como Gray, Cohen, Llewellyn y Frank son capaces de refutar algunas de las críticas recurrentes al escepticismo interpretativo, como su (supuesta) incapacidad de dar cuenta de la existencia de interpretaciones estables y compartidas en la comunidad jurídica. En efecto, lejos de ser una postura caracterizada por una indefendible irracionalidad,

* Istituto Tarelo per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, luca.malagoli@unige.it. Quisiera agradecer a Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini y Giovanni Battista Ratti por haber leído un primer borrador de este trabajo y por sus muy valiosos comentarios. Quisiera además agradecer a Consuelo Reyes Crisóstomo, Natalia Scavuzzo y Julieta Rabanos por las atentas revisiones y las muy útiles sugerencias lingüísticas. Una primera versión de este trabajo ha sido presentada en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, en un seminario que tuvo lugar el día 8 de noviembre de 2024. Quisiera agradecer a José Juan Moreso por la amable invitación, y a quienes participaron en el seminario (especialmente, al propio Moreso, Diego Papayannis, Lorena Ramírez Ludeña, Alberto Carrió y a los doctorandos y doctorandas del grupo de investigación en Filosofía del Derecho) por la muy interesante y provechosa discusión.

el “escepticismo extremo” puede aportar contribuciones significativas a la literatura contemporánea sobre interpretación jurídica.

Palabras claves: Escepticismo interpretativo. Realismo jurídico americano. Teoría de la interpretación jurídica. Discrecionalidad judicial.

Abstract

This paper aims to develop, based on some theses recently formulated by Pierluigi Chiassoni, a defense of (so-called) “extreme skepticism”. In particular, I will highlight how, reconstructed through Chiassoni’s theses, the positions of central authors of the American realist tradition such as Gray, Cohen, Llewellyn and Frank are capable of refuting some of the recurring criticisms of interpretive skepticism, such as its (alleged) inability to account for the existence of stable and shared interpretations in the legal community. Indeed, far from being a position characterized by indefensible irrationality, “extreme skepticism” can make significant contributions to the contemporary literature on legal interpretation.

Keywords: Legal Skepticism. American Legal Realism. Theory of Legal Interpretation. Judicial Discretion.

Introducción

A partir por lo menos de su celebre asimilación a una desasosegante pesadilla¹, el escepticismo interpretativo sigue teniendo bastante mala prensa en varias corrientes de la literatura teórica sobre interpretación jurídica. No es infrecuente, de hecho, encontrar autorizadas reconstrucciones que describen la postura escéptica como plagada por un indefendible radicalismo, que se manifestaría, típicamente, en la flagrante incapacidad de dar cuenta de fenómenos manifiestos como la concordancia entre los intérpretes, llegando incluso hasta el resultado paradójico de negar la posibilidad de cualquier comunicación².

En otros casos, dicha postura es descartada- rápidamente y sin ceremonia- como «totalmente irrazonable»³. De hecho, incluso algunos de sus más destacados e influyentes defensores parecen conceder que, al menos en su forma “extrema”, la teoría

¹ Hart 1977: 972-978. En el trasfondo de esta celebre charla hartiana, por supuesto, la teoría de la interpretación esbozada en el capítulo séptimo del *Concepto de Derecho* (Hart 2012: 124-154).

² Jori, Pintore 1995: 207; Jori, Pintore 2014: 206.

³ Gianformaggio 1991: 170-171.

escéptica no puede ser sostenida, y que por tanto es menester que el más razonable “escepticismo moderado” separe su camino del radical y desviado escepticismo extremo⁴.

“Irrazonable”, “radical”, “extremo”: los adjetivos con los cuales el escepticismo, por lo menos el “no moderado”⁵, es usualmente representando por *friends and foes* parecen, a fin de cuentas, sugerirnos una inquietante analogía entre los partidarios de dicha postura teórica y predicadores barbudos, con ojos exaltados y un Kalashnikov al alcance de la mano.

No es frecuente encontrar, en cambio, en los debates teóricos sobre interpretación, consideraciones que se atreven a cuestionar dicha representación difundida, y a avanzar la sospecha de que una pintura tan en oscuro pueda revelarse, a la postre, nada más que un espantapájaros.

Afortunadamente, esta sospecha (tan infrecuente como saludable) ha sido formulada, en un reciente y muy relevante artículo⁶, por Pierluigi Chiassoni.

Más precisamente, Chiassoni reconstruye el núcleo del “escepticismo radical” en tres tesis, que ponen en tela de juicio algunos de los aspectos centrales del mencionado espantapájaros. Según la *communis opinio*, en efecto, unos de los rasgos más extremos del escepticismo extremo, sería su afirmación de que «no existe algún significado antes de la interpretación»⁷.

Al respecto, Chiassoni destaca que, en realidad, el escepticismo radical afirma que: (i) «las formulaciones normativas, en relación con todo proceso judicial en el cual cabe aplicarlas, *no tienen ningún significado jurídico vinculante para las partes* antes de la interpretación adoptada por el juez al dictar su sentencia; lo cual no implica que ellas no tengan ningún significado *en absoluto* antes de la interpretación [...]»⁸.

De allí se sigue que: (ii) la determinación del significado jurídico vinculante de un texto normativo operada por el juez es no ya una actividad de conocimiento, sino volitiva y discrecional⁹.

Al respecto, cabe destacar que, contrariamente a otro rasgo que se suele atribuir al espantapájaros antes mencionado, (iii), según el “escepticismo extremo” la discrecionalidad judicial no es absoluta, sino que se encuentra delimitada «por factores psicológicos, sociológicos, políticos y también jurídicos [...]» como, por ejemplo, «un aparato de conceptos y métodos de razonamiento compartidos al interior de la comunidad jurídica [...]»¹⁰.

⁴ Guastini 2011: 413-415; 424-427.

⁵ Cabe destacar, al respecto, que hay quien opina que el escepticismo moderado, lejos de ponerse a salvo, vendría de tal forma a colocarse en una postura inestable, siempre en riesgo de derribarse en el abismo del escepticismo extremo: véase Rodríguez 2023: 63.

⁶ Chiassoni 2023.

⁷ Rodríguez 2023: 57; Guastini 2011: 413-415.

⁸ Chiassoni 2023: 135. Véase también Guastini 2011: 414, n. 23.

⁹ Chiassoni 2023: 135.

¹⁰ Chiassoni 2023: 135.

Como puede verse, así reconstruido, el escepticismo “extremo” no parece tener nada de especialmente extremo: por el contrario, parece ser extremadamente plausible y tener mucho de interesante y útil que aportar para la comprensión de la interpretación jurídica.

Una vez que nos hemos deshecho de este espantapájaros, podemos ponernos a investigar dicha postura teórica con mirada (finalmente) libre de gafas distorsionadoras.

Lo que pretendo hacer, en este artículo, es precisamente dar comienzo a ese examen, reconstruyendo y analizando algunas tesis que han sido desarrolladas, en el marco del realismo estadounidense¹¹, por varios autores que, a pesar de sus diferencias y especificidades, compartían el núcleo teórico reconstruido por Chiassoni.

Me concentraré, en particular, en algunas tesis sobre interpretación jurídica (y, especialmente, judicial) formuladas por 2) John Chipman Gray¹², 3) Felix S. Cohen y Karl N. Llewellyn y 4) Jerome Frank (quien se suele usualmente considerar el auténtico “jeque del terror” del escepticismo radical)¹³.

Unos de los puntos que intentaré subrayar con mayor énfasis es que la postura escéptica, lejos de pasar por alto fenómenos como la concordancia interpretativa, es la que mejor da cuenta tanto de los acuerdos como de los desacuerdos entre los intérpretes, tanto de las persistencias como de los cambios en las interpretaciones.

Asimismo, quiero destacar que, a pesar de su estructura *prima facie* reconstrutiva, este trabajo pretende tener un enfoque más de teoría que de historia del pensamiento filosófico-jurídico¹⁴.

Por este motivo, más que analizar en detalle las obras de dichos autores, el contexto en el que se han desarrollado y las influencias que las han alimentadas, me concentraré en algunos elementos específicos de sus contribuciones teóricas y que, como intentaré mostrar, pueden realizar grandes aportes al (re)introducirse en el debate contemporáneo¹⁵.

Mi intento es el de utilizar estos elementos como componentes para (re)construir una teoría de la interpretación que preferiría calificar de “escéptica” a secas, sin adjetivos que pretendan graduar su intensidad¹⁶.

¹¹ Dejaré entonces a lado un destacado exponente contemporáneo del escepticismo radical como Michel Troper: véase, para una eficaz presentación de su postura, Troper 1999. En la (muy vasta) literatura sobre realismo jurídico americano, véase por lo menos Tarello 1962, Summers 1982, Twining 2012 (especialmente, a las pp. 3-83) y Leiter 2007.

¹² Un autor que, como oportunamente lo destaca Chiassoni, es usualmente considerado adoptar posturas de escepticismo radical: véase Chiassoni 2023: 135, n. 26. Véase también Guastini 2011: 302, n. 30.

¹³ Y cuya postura, como veremos, puede empero reconducirse en el marco identificado por las tres tesis mencionadas, aunque sí con notables especificidades que voy a precisar más adelante.

¹⁴ Desarrollando así algunas valiosas sugerencias formuladas por José Juan Moreso, que quisiera agradecer.

¹⁵ En este sentido, utilizaré algunas de las ideas elaboradas por los autores que examino para criticar tesis formuladas por destacados protagonistas del debate actual, como Jorge L. Rodríguez y Gerald J. Postema.

¹⁶ Una tarea, por supuesto, que no me ilusiono poder llevar a cabo en el breve espacio de este

Como bien decía un importante estudioso de la obra de Hume, Flavio Baroncelli, el escepticismo no es como una bebida a la cual se puede añadir más o menos azúcar; el escepticismo no puede moderarse: como mucho, del escepticismo uno solo puede consolarse¹⁷.

1. *Las palabras del obispo Hoadley. John Chipman Gray sobre la interpretación de los textos legislativos.*

En la literatura sobre el realismo jurídico americano, es usual ver incluido a John Chipman Gray entre los precursores de dicha corriente¹⁸. Sin embargo, no faltan trabajos relevantes que, por el contrario, enfatizan los aspectos de su pensamiento que más bien se enmarcarían en el así llamado *classical legal thought*¹⁹.

No me detendré, aquí, en analizar el problema (muy interesante y para nada sencillo) de como clasificar la obra de Gray. Me limitaré a decir que se trata de un autor bien peculiar, que podría legítimamente definirse, para utilizar un lenguaje decididamente acientífico, como “un bicho raro”: un Austiniano heterodoxo, en vilo entre clasicismo langdelliano y (proto)realismo holmesiano.

Sin embargo, no cabe duda de que muy a menudo los realistas americanos han hecho referencia a Gray como a uno de sus antecesores más destacados, haciendo hincapié en la teoría de la interpretación judicial formulada en *The Nature and Sources of the Law*²⁰ (1909, 1921).

Como su mismo título sugiere, la obra propone una distinción tajante entre “derecho” y “fuentes del derecho”. Entre estas últimas, Gray menciona textos legislativos (*statutes*), precedentes judiciales, opiniones doctrinales, costumbres, principios morales (inclusive principios de *public policy*)²¹.

artículo, que representa nada más que una primera y muy parcial aproximación a este (ambicioso) objetivo.

¹⁷ Quisiera agradecer a Paolo Comanducci por haber compartido conmigo un interesante intercambio de correos electrónicos (de los primeros años 2000) sobre escepticismo e interpretación entre él, Riccardo Guastini, Mauro Barberis y Flavio Baroncelli, en el que encontramos estas consideraciones formuladas por el propio Baroncelli: «Mi chiedo [...] come sia possibile “moderare” lo scetticismo. Lo scetticismo non è come mettere un po’ di zucchero o tanto zucchero. Dello scetticismo ci si consola, al massimo. Gli storici che hanno inventato lo scetticismo moderato di Hume volevano solo consolarsi. Tenderei a pensare che o uno è formalista [...] o è scettico. Poi, tra gli scettici, ci sono quelli che amano rammentare quanto spesso ci sia quel concordare che soddisfa l’anima e dà perfino un senso di verità, e quelli che invece, cattivi, dicono: sai cosa è successo? Semplicemente che tu sei d’accordo con l’interprete ufficiale, e allora dici che per natura l’interpretazione era quella. Sicché hai davvero in cuore un “doveva interpretare così” che è valutativo, anche se a te piacerebbe che fosse lì per descrivere una qualche necessità naturale».

¹⁸ Al respecto, véase Postema 2011: 84-88, así como las matizadas y cautelosas consideraciones de Twining 2014: 20-22.

¹⁹ Así opina Siegel 2001.

²⁰ Gray 2012.

²¹ Gray 2012: 66. Para un examen detallado de cada fuente, véase Gray 2012: 152-308.

En cuanto al derecho, este se define como *the rules laid down by the judges*²² al interpretar dichas fuentes para decidir los casos. A los fines de este trabajo, me limitaré a tomar en consideración solo la primera de las fuentes mencionadas, es decir los textos legislativos.

La justificación de esta elección, entre otras cosas, es que allí se encuentran algunas observaciones de Gray cuya formulación ha sido utilizada para construir el espantapájaros del “escepticismo extremo”.

De hecho, Gray afirma a menudo, que, al fin y al cabo, el legislador produce *only words*, o que el texto legislativo se compone de *dead words*. Pero, lejos de encontrar aquí la pistola humeante del “escepticismo extremo” irracional e insostenible que, como se ha visto, se pretendería detectar en estas líneas, una lectura atenta y sin prisa de estas páginas permite darse cuenta de que Gray no está diciendo que los textos legislativos serían meramente “entidades sintácticas”²³.

Por el contrario, Gray está formulando una observación más interesante: los textos legislativos (y las fuentes del derecho en general) no operan autónomamente, esto es, no se auto-interpretan y no se auto-atribuyen significado, sino que, «it is for the courts to say what those texts mean»²⁴, insuflando vida en las “muertas palabras” del texto²⁵.

Dejando de la lado las metáforas (Gray no le tiene mucha paciencia), «the shape in which a statute is imposed on the community as a guide for conduct is that statute as interpreted by the courts»²⁶.

Gray insiste sobre la falta de “auto-interpretatividad” de los textos legislativos en un pasaje mencionado también por Chiassoni²⁷ y que merece ser citado extensamente:

It may be urged that [...] statutes should be considered as being part of the Law itself, and not merely as being a source of the Law; that they are rules to be applied by the courts directly, and should not be regarded merely as fountains from which the courts derive their own rules. Such a view is very common in the books. And if statutes interpreted themselves, this would be true; but statutes do not interpret

²² Gray 2012: 61; Gray 2012: 45.

²³ Tal como, según Rodríguez, el escepticismo extremo sostendría.

²⁴ Gray 2012: 67.

²⁵ Para enfatizar esta consideración central de su análisis, Gray cita frecuentemente, a lo largo del texto, las palabras del obispo Hoadley: «[...] whoever hath an *absoulte authority* to *interpret* any written or spoken laws, it is he who truly is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them» (Gray 2012: 67). Es interesante destacar que, contrariamente a lo que opinan los críticos de la postura escéptica, el enfoque no es aquí sobre el *texto* y sus características, sino más bien sobre el *juez*, al que el sistema jurídico le asigna la autoridad de interpretarlo, es decir de determinar su significado. El escepticismo interpretativo, Gray parece sugerirnos, no es sino un comentario a este simple hecho.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Chiassoni 2023: 135, n. 26.

themselves; their meaning is declared by the courts, and *it is with the meaning declared by the courts, and no other meaning, that they are imposed upon the community as Law.* [...]»²⁸

En este sentido, Gray describe y analiza el hecho de que tribunales diferentes han atribuido, y atribuyen, significados muy diferentes (e incluso incompatibles) a los mismos textos legislativos²⁹.

Sin embargo, el punto más relevante, aquí, es que la determinación del significado por parte de los jueces no es un proceso mecánico, automático y puramente cognitivo, sino se trata más bien (y en cada paso) de un proceso discrecional, volitivo, en el que siempre están involucradas elecciones y decisiones (tanto metodológicas como ideológicas).

Al respecto, véase este pasaje bastante esclarecedor:

A statute is the expressed will of the legislative organ of a society; but until the dealers in psychic forces succeed in making of thought transference a working controllable force (and the psychic transference of the thought of an artificial body must stagger the most advanced of the ghost hunters), the will of the legislature has to be expressed [...] by causing black marks to be impressed on white paper. [...] A judge puts before himself the printed page of the statute book; it is mirrored on the retina of his eye and from this impression he has to reproduce the thought of the law-giving body. The process is far from being merely mechanical: it is obvious how the character of the judge and the cast of his mind must affect the operation [...]»³⁰.

Como fue mencionado antes, ninguna operación interpretativa que el juez lleve a cabo posee un carácter automático y mecánico. Ninguna: tanto la elección de que darse con la interpretación literal *prima facie* como la de proceder con una interpretación extensiva, tanto el optar por conformarse con una interpretación consolidada en la cultura jurídica de referencia como el adoptar un significado fuera del marco de las opciones aceptadas en dicha cultura jurídica.

Todas estas son, justamente, *elecciones y decisiones* realizadas por el intérprete con base en su ideología de referencia, su formación, su mayor o menor propensión a desafiar el consenso interpretativo, y, también, su psicología individual³¹.

²⁸ Gray 2012: 92.

²⁹ Gray 2012: 98-99.

³⁰ Gray 2012: 92-93. Obviamente, y como Gray no tarda en esclarecer, la “intención del legislador” que el intérprete pretende buscar es muy a menudo una manifiesta ficción. Para un análisis del argumento de la interpretación del legislador en el realismo contemporáneo, véase Guastini 2011: 272-276.

³¹ Es interesante, en este sentido, la referencia al *cast of the mind* del juez que Gray hace. En efecto, el tema de factores que estructuran y delimitan la discrecionalidad judicial, como lo veremos en los próximos párrafos, en el marco del realismo americano, se puede detectar una demarcación entre quienes enfatizan la relevancia de los *constraints* institucionales, ideológicos y socioculturales (como Cohen y Llewellyn) y

Es interesante destacar que, en el debate contemporáneo, es muy frecuente encontrar argumentos que consideran como una mera trivialidad el énfasis en el carácter decisorio de toda operación interpretativa llevada a cabo por el juez (incluso la que sea conforme a un consenso interpretativo dominante)³². Se argumenta de esta manera: la función de los jueces consiste precisamente en la toma de decisiones. Por tanto, no habría nada relevante en señalar que incluso una decisión conformista es una decisión, ya que por definición sería así. Lo único importante sería esclarecer «si las normas jurídicas brindan pautas para evaluar la corrección o incorrección de las decisiones judiciales»³³.

Al respecto, cabe destacar que una línea argumentativa como esta parece subestimar por completo el alcance de las tesis escépticas (mencionadas anteriormente) sobre la no “auto-interpretatividad” de los textos legislativos y sobre el carácter discrecional de la interpretación judicial.

En este sentido, es importante subrayar una vez más que los textos legislativos no nos brindan nada *sino por medio de la decisión y elección del intérprete*.

Las “pautas de corrección” no se imponen por sí mismas a la conciencia del intérprete (un fenómeno paranormal sobre el cual se apuntarían las ironías corrosivas de Gray). Por el contrario, dependen de su compromiso con una cierta ideología de la interpretación³⁴, con una cierta concepción del papel del juez y con una cierta concepción de la separación de los poderes. Varios factores influyen en este compromiso: entre otros, la formación del juez, sus propensiones ético-políticas y, *last but not least*, su psicología individual.

Esta es la razón por la cual Gray insiste en el hecho de que los vínculos que delimitan la discrecionalidad judicial (en su perspectiva, principalmente vínculos de carácter institucional y político-sociológicos³⁵) son indefinidos: en cierta medida, estos dependen también de la manera en que los propios jueces interpretan y configuran su propio papel³⁶.

quienes (como Frank) insisten en cambio sobre el peso de la psicología individual del juez. El propio Frank, sin embargo, no falta de reconocer la existencia y cierto grado de influencia de dichos *constraints*.

³² Véase, para limitarse a dos ejemplos llamativos y muy relevantes, Rodríguez 2023: 62 y Postema 2011: 115. Para una crítica realista a la postura de Rodríguez sobre interpretación, véase Comanducci 2022. Sobre las consideraciones de Postema volveré más en detalle en el párrafo 4, hablando de las tesis de Frank.

³³ Rodríguez 2023: 62.

³⁴ Sobre la (fundamental) distinción entre teoría (es decir, un discurso analítico y descriptivo acerca de lo que la interpretación es *de hecho*) e ideología (es decir, un discurso valorativo y/o prescriptivo sobre la interpretación) véase Guastini 2011: 407-408; 433-434.

³⁵ Gray 2012: 65-67. Cabe sin embargo precisar que el examen de dichos vínculos por parte de Gray está lejos de ser exhaustivo y satisfactorio. En la tradición escéptica y realista que en él y Holmes se inspira, sin embargo, el punto ha recibido un tratamiento mucho más claro y detallado, como vamos a ver en el próximo párrafo.

³⁶ Gray 2012: 65.

Lejos de ser trivial, entonces, la insistencia de Gray sobre el carácter decisorio de la interpretación judicial nos permite apreciar la inescapable centralidad y responsabilidad del intérprete en la determinación del significado de las fuentes del derecho.

Los pasajes de Gray citados anteriormente, con su contundente ironía sobre los *ghost hunters*, en mi opinión conservan todavía toda su fuerza de saludable desmitificación.

Como hemos visto, en efecto, la reacción teórica estándar a las tesis que plantean dudas sobre el hecho de que “el significado correcto” brote espontáneamente de los textos legislativos, o que estos mismos brinden pautas de corrección de forma autónoma, suele ser de desconcierto e irritación, como si dichas dudas fuesen una muestra de una propensión lamentable a la exageración, a la irracionalidad y a la obstinación en negar una verdad autoevidente.

Ahora bien, las consideraciones de Gray desvelan la ausencia de la pretendida “auto-evidencia”, y posan su atención crítica en los numerosos puntos oscuros y los aspectos misteriosos, para no decir místicos, que afectan las tesis del cognitivismo interpretativo³⁷ (en todos sus matices y graduaciones).

Las tesis escépticas que Gray esgrime siguen constituyendo, me parece, un desafío formidable que compele a quienes sostienen el cognitivismo interpretativo a esclarecer su propuesta de forma articulada y, en lo posible, sin recurrir a fenómenos paranormales ni a violaciones de la Ley de Hume.

Como bien lo destaca Chiassoni, discutiendo algunas tesis de Rodríguez, la postura cognitivista no se limita a constatar que existen interpretaciones compartidas en la cultura jurídica y reputadas correctas por la mayoría de los intérpretes³⁸. Más bien, la postura cognitivista sugiere que dichas «normas “claras” preexistentes a las decisiones judiciales, *siendo reputadas* jurídicamente correctas por la (gran) mayoría de los juristas, *son* jurídicamente correctas: representan *criterios objetivos de corrección jurídica* de las decisiones judiciales»³⁹.

De tal forma, la tesis cognitivista parece derivar conclusiones valorativas de premisas descriptivas, revelando así un compromiso ideológico oculto con una determinada concepción valorativa de las pautas de corrección de las decisiones judiciales. En relación con este punto, las herramientas escépticas de Gray parecen ofrecer un valioso papel de tornasol para identificar y poner oportunamente en la mesa todo compromiso ideológico oculto y toda toma de partido encubierta en el discurso (pretendidamente) teórico sobre la interpretación judicial.

³⁷ Es decir, la postura teórica según la cual (en las versiones moderadas, por lo menos en algunos casos, “fáciles”, “claros”), la interpretación sería actividad genuinamente cognitiva y no discrecional.

³⁸ Un hecho que, como veremos en el próximo párrafo y diferentemente de lo que opinan Jori y Pintore, los partidarios de la teoría escéptica no solo reconocen, sino explican satisfactoriamente y sin postular místicamente la existencia de textos que brindan por sí mismos su significado “correcto”.

³⁹ Chiassoni 2023: 139. Podría detectarse aquí también una falacia *ad populum*. Agradezco a Giovanni Battista Ratti por sus comentarios sobre este punto.

2. Explicar el consenso de los intérpretes desde la perspectiva escéptica: las propuestas de Cohen y Llewellyn

Como fue mencionado anteriormente, en la literatura teórica sobre interpretación jurídica es usual encontrar afirmaciones de que la postura escéptica, especialmente la “extrema”, no es capaz de dar cuenta de la concordancia interpretativa: esto es, del hecho de que, en una determinada cultura jurídica, se registre la existencia de interpretaciones compartidas (y aceptadas como correctas) por la mayoría de los intérpretes⁴⁰.

Ahora bien, a pesar de esta leyenda ampliamente difundida, en la literatura realista sí pueden encontrarse análisis dedicados precisamente a la explicación de este fenómeno. Dicho fenómeno, como veremos a continuación, lejos de ser una muestra definitiva del hecho de que los textos legislativos brindan automáticamente pautas de corrección, puede más fácilmente identificarse solo después haber descartado ese postulado cognitivista y formalista.

En lo que sigue, reconstruiré algunas tesis elaboradas sobre este punto por dos autores centrales de la tradición realista estadounidense: Felix S. Cohen y Karl N. Llewellyn.

2.1. *Un intrincado complejo de expectativas y predicciones:* Cohen sobre el consenso interpretativo de los jueces

Al escribir, en 1931, una nota editorial⁴¹ sobre el reciente, y ya muy debatido, *Law and the Modern Mind* (1930) de Jerome Frank, Felix S. Cohen ofrecía una demostración muy llamativa del hecho de que, como sostenía Karl N. Llewellyn en algunas páginas famosas publicadas el mismo año, no había ninguna escuela realista que coincidiera por completo en un credo común.

Luego de elogiar el trabajo de Frank como la contribución más estimulante al pensamiento jurídico desde *The Spirit of the Common Law* de Roscoe Pound (publicado en 1921), Cohen observaba que la obra de Frank requería cierta “cocción y marinada” adicional antes de poder ser asimilada provechosamente por un *moderately sensitive legal stomach*⁴².

Dejando a lado esta metáfora *gourmet*, el punto era que, por muy estimulantes e interesantes que fueran, las tesis de Frank, a ojos de Cohen, parecían excesivas en muchos aspectos. Según Cohen, si bien Frank esgrimía excelentes argumentos teóricos para criticar la “extraña mitología” con la que la ciencia jurídica formalista

⁴⁰ A título de ejemplo, véase, como antes mencionado, Jori, Pintore 1995: 207; Jori, Pintore 2014: 206.

⁴¹ Recopilada en Kramer-Cohen 1960: 177-179.

⁴² Kramer-Cohen 1960: 177.

había ocultado durante mucho tiempo la incertidumbre estructural del derecho y la inevitable discrecionalidad judicial, en el plan ideológico-normativo, su libro parecía llegar casi a una apología de la inseguridad jurídica⁴³.

En particular, en opinión de Cohen, al presentar la seguridad jurídica como un ideal dictado por una necesidad infantil (e inconsciente) de seguridad, Frank no había reconocido que esta necesidad era, en cualquier caso, digna de protección jurídica. De hecho, la civilización se basa en un intrincado complejo de expectativas y predicciones, un complicado dispositivo del cual la previsibilidad de las decisiones judiciales constituye una pieza fundamental⁴⁴.

También en el plan (no ideológico-normativo, sino) teórico-descriptivo, Frank parecía no detectar el hecho de que, al investigar de modo empírico las decisiones judiciales, se evidencian patrones (*patterns*) a los cuales las intuiciones judiciales (que Frank tendería a presentar como idiosincráticas) parecen uniformarse.

Como veremos mejor en el próximo párrafo, hay diversas críticas que pueden realizarse a estas consideraciones de Cohen.

En realidad, a lo largo de su obra, Frank ofrece una reconstrucción compleja y detallada de la actividad del juez, caracterizada por la ardua mediación entre los dos objetivos contradictorios que persigue el derecho: garantizar la estabilidad y la seguridad jurídica, por un lado, y promover la adaptación a los cambios de la sociedad, por el otro⁴⁵. En el plan ideológico-normativo, más que empeñado en una apología de la inseguridad jurídica, Frank parece en realidad comprometido con una atención particularista a la justicia del caso individual⁴⁶.

En el plano teórico, asimismo, lejos de caer en un crudo reduccionismo, Frank, como veremos, no deja de señalar que, además de la que propone y explora en su obra, varias explicaciones adicionales de los fenómenos jurídicos que investiga son posibles (e incluso oportunas)⁴⁷.

Debido a los fines de este trabajo, no me detendré en examinar a fondo las discrepancias entre las posiciones de los dos juristas, así como los diferentes modelos de ciencia jurídica que Cohen y Frank tenían en mente, y a los cuales probablemente se remonta la raíz última de sus desacuerdos⁴⁸.

Lo que es importante señalar aquí es que incluso en una de las obras más im-

⁴³ Kramer-Cohen 1960: 178.

⁴⁴ Kramer-Cohen 1960: 178.

⁴⁵ Frank 2009: 33-34. Para una relevante contribución sobre este tema, todavía central en el debate contemporáneo, véase Schauer 2009.

⁴⁶ Frank 2009: 398-399.

⁴⁷ Frank 2009: 281-282.

⁴⁸ Como lo ha mostrado claramente Valeria Marzocco, Frank, en el debate sobre el desarrollo de una ciencia jurídica realista, fue muy crítico con el intento de tomar como modelo el funcionalismo de corte malinowskiano, que Cohen en cambio miró con mucho (aunque crítico) interés (véase Marzocco 2023).

portantes de Cohen⁴⁹, se dedica un énfasis significativo a la crítica de la teoría de la “intuición judicial” (“*hunch*” *theory of law*), avanzada por J. Ch. Hutcheson y el propio Jerome Frank⁵⁰.

Los defensores de esta teoría, en opinión de Cohen, habían tenido el importante mérito de llamar la atención filosófico-jurídica sobre el vasto elemento de incertidumbre presente en la práctica jurídica. Sin embargo, al mismo tiempo no habían tenido en cuenta la cantidad no menos significativa de uniformidad predecible que se podía detectar en la conducta de los tribunales⁵¹. En cambio, a veces, las posiciones de los partidarios de la teoría de la “intuición judicial” parecían presentar el flanco a la acusación de ofrecer una representación (casi caricaturesca) del derecho como un cúmulo de decisiones judiciales desprovistas de mutuas relaciones, el producto exclusivo de *judicial bellyaches*⁵².

En este sentido, observa Cohen, es cierto que los jueces son seres humanos, como tales, dotados de procesos digestivos y (menos caricaturescamente) de procesos psicológicos que influyen en diferentes medidas en sus decisiones⁵³. Sin embargo, observa Cohen, no debemos olvidar que los jueces son seres humanos que pertenecen a un grupo específico, formados y seleccionados en una práctica que tiene características específicas y que opera dentro de un sistema caracterizado por controles institucionales específicos, que incluyen *appeals, re-hearings, and legislation*⁵⁴.

Por lo tanto, en lugar de realizar análisis psicológico-psicoanalíticos, parece más ventajoso investigar la génesis de las “intuiciones” judiciales teniendo en cuenta, en primer lugar, los factores técnico-institucionales: la formación de los jueces antes mencionada, el estudio de los precedentes y de la doctrina, el impacto de discusiones con los colegas, entre otros. Cabe también destacar la influencia de la opinión pública y del debate público, a través de los medios de comunicación. Apreciar la importancia de este conjunto de factores permite concebir (e investigar) las decisiones judiciales como “intersecciones de fuerzas sociales”⁵⁵.

⁴⁹ Me refiero a *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* (1935), que puede consultarse en Kramer-Cohen 1960: 33-76. En conjunción con *The Problems of a Functional Jurisprudence* (1937), que puede consultarse en Kramer-Cohen 1960: 77-94, el trabajo ofrece una detallada exposición del programa realista-funcionalista de Cohen.

⁵⁰ Kramer-Cohen 1960: 69-74. Sobre la “*hunch*” *theory of law*, en particular, Kramer-Cohen 1960: 70-71.

⁵¹ Kramer-Cohen 1960: 70.

⁵² Ibidem. Como lo hemos visto, dicha representación caricaturesca sigue siendo muy popular, en la literatura, no solo en relación con la postura de Frank, sino con toda teoría escéptica.

⁵³ Un ejemplo eficaz de las tesis de Frank que Cohen analiza en los pasajes examinados aquí lo ofrece el capítulo doce de *Law and the Modern Mind*, en el que, examinando la relación entre el proceso judicial y la personalidad del juez, Frank afirma, entre otras cosas, que: «to know the hunch-producers which make the law we must know thoroughly that complicated congeries we loosely call the judge's personality» (Frank 120-119:2009).

⁵⁴ Kramer-Cohen 1960: 70.

⁵⁵ Ibidem.

Por tanto, se trata de analizar, por un lado, los determinantes sociales que han influido en mayor o menor medida en una determinada decisión judicial y, por otro, de formular predicciones sobre los impactos y las consecuencias de la propia decisión. Por ejemplo, para distinguir en una sentencia entre el principio decisorio y los *obiter dicta*, en lugar de dedicarse a análisis conceptualistas y formalistas estériles del razonamiento de los jueces o a exámenes igualmente infructuosos de los hechos del caso, parece mucho más útil formular predicciones sobre la forma en que los tribunales específicos citarán y utilizarán la decisión en cuestión⁵⁶. A diferencia de lo que Frank parecía a veces sugerir⁵⁷, tales predicciones pueden formularse según Cohen con un grado razonable de confianza y, de hecho, permiten desarrollar un programa de investigación alternativo al formalista, que había dominado durante mucho tiempo los estudios jurídicos⁵⁸.

Mientras que la ciencia jurídica formalista tendía a concebir (y estudiar) el “derecho” como un sistema ordenado y completo de derechos y deberes (y, por tanto, a entender las decisiones judiciales como meras deducciones lógicas a partir de principios fijos), una ciencia jurídica plenamente realista analiza el derecho como *proceso social*, un complejo de actividades humanas que contribuyen a dar forma a (y, a su vez, son moldeadas por) las decisiones judiciales⁵⁹.

En esta perspectiva, así, el estudio de las normas, de los conceptos y de los sistemas jurídicos debe entenderse, por lo tanto, como el estudio de las conductas de una pluralidad de actores (jueces, en primer lugar, pero también legisladores, abogados, juristas, funcionarios administrativos, agentes de policía, ciudadanos, etc.).

Por supuesto, Cohen no pasaba por alto el hecho de que este ambicioso programa estaba lejos de realizarse de forma adecuada. Especialmente en lo que respectaba al estudio de las “fuerzas sociales” que contribuyen a moldear las decisiones judiciales, de hecho, dicho estudio todavía se encontraba «in the stage of guesswork and accidentally collected information»⁶⁰.

En particular, los factores económicos que podían contarse entre los elementos que influían en las decisiones judiciales, contribuyendo a su relativa uniformidad, parecían dignos de un análisis en profundidad y una investigación científica rigurosa. Para limitarnos a algunos ejemplos, parecía necesario investigar adecuadamente la propensión de los jueces al conservadurismo, así como su inclinación a reflejar las tendencias de su propia clase de ingresos en materia social y, más específicamente,

⁵⁶ Sobre la concepción realista de los precedentes, véanse también las consideraciones desarrolladas al respecto por Llewellyn 1996, que vamos a examinar en el próximo párrafo. Para un muy eficaz análisis realista contemporáneo sobre la maleabilidad de los precedentes, véase Ratti 2023.

⁵⁷ La postura de Frank al respecto es quizás más compleja, como veremos en el último apartado del texto.

⁵⁸ Kramer-Cohen 1960: 70-71.

⁵⁹ Kramer-Cohen 1960: 71-72.

⁶⁰ Kramer-Cohen 1960: 72.

el peso de cualquier experiencia previa de consultores jurídicos de intereses específicos en la formación de su concepción del derecho.

No menos digna de atención es otra perspectiva de estudio del comportamiento de los jueces: la de considerarlos *craftsmen* motivados, entre otras cosas, por los ideales técnico-estéticos propios de su profesión y preocupados, así, por ajustarse a ciertos criterios técnico-estéticos. De hecho, en los mismos criterios se fundamentan las evaluaciones que los operadores jurídicos (incluyendo a los juristas académicos) formulan acerca de las decisiones tomadas por los jueces, así como de las argumentaciones esgrimidas para justificarlas⁶¹.

Antes de cerrar esta breve reseña de los factores que, según Cohen, pueden explicar la (relativa) uniformidad de las decisiones judiciales, cabe destacar que consideraciones parecidas han sido desarrolladas, en el debate contemporáneo, por E. W. Thomas⁶². Esta cercanía no sorprende, ya que Thomas hace explícita mención de la vinculación de su propuesta con la de los realistas americanos, de la cual su trabajo pretende ofrecer una actualización y un desarrollo ulterior⁶³.

Ahora bien, Thomas destaca varios factores que, en relación con su formación, la práctica jurídica y el aparato institucional en el que operan, incentivan fuertemente los jueces a conformarse con los precedentes y a seguir las interpretaciones prevalentes⁶⁴.

Al respecto, Thomas distingue entre limitaciones externas y las limitaciones “internalizadas”⁶⁵.

Entre las limitaciones externas, podemos destacar: la posibilidad de revisión por parte de los tribunales superiores, la presión de los demás jueces que componen el mismo tribunal, la necesidad de motivar las decisiones que, por lo tanto, estarán sujetas al escrutinio crítico de otros jueces, de la doctrina y la opinión pública, los condicionamientos derivados de la formación y la experiencia en la práctica jurídica, el peso de los valores predominantes en la sociedad.

Entre las limitaciones “internalizadas”, cabe evidenciar: el autocontrol derivado de la concepción de la función judicial y de la pertenencia a una institución, el peso de las expectativas que revisten el papel institucional del juez, la concepción del

⁶¹ Kramer- Cohen 1960: 72.

⁶² Véase, en particular, Thomas 2005. He descubierto la obra de Thomas gracias a Francesca Poggi, que analiza algunas de sus tesis en su contribución a los volúmenes en homenaje a Paolo Comanducci, que se encuentran en publicación por la editorial Marcial Pons (véase Poggi 2025).

⁶³ «In arguing that judges should adopt a hard realistic approach to judging, I am not advocating a return to the realism of the American Legal Realist movement. But I make that disclaimer without wishing to derogate from the constitutive impact of that movement on jurisprudential theory. A burst of realism was necessary then, just as another injection of more refined realism is necessary now. [...] Realism must therefore be updated. The realism required is the realism of Holmes, Cardozo and Frank rejuvenated and restored to the twentyfirst century» (Thomas 2005: 302-303).

⁶⁴ Thomas 2005: 241-269.

⁶⁵ Thomas 2005: 243-245.

Rule of Law y de la relación entre juez y legislador⁶⁶.

Como veremos ahora, consideraciones parecidas sobre los factores que delimitan y estructuran las decisiones judiciales ya habían sido formuladas por Karl N. Llewellyn.

2.2. Factores estabilizadores. Llewellyn sobre la predictibilidad de las decisiones de los Tribunales de Apelaciones de Estados Unidos

Siempre en relación con la (pretendida) incapacidad de las teorías escépticas y realistas de dar cuenta de la existencia de interpretaciones estables y predecibles, es interesante destacar que una de las principales obras de K.N. Llewellyn, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*⁶⁷ (1960) -dedicada a un amplio estudio de las decisiones de los tribunales de apelaciones (tanto estatales como federales) del sistema jurídico estadounidense- desde las páginas introductorias destaca la cuestión de la predictibilidad de las decisiones judiciales⁶⁸.

Es más: Llewellyn subraya que el (ambicioso) objetivo de su estudio no es tanto la predictibilidad “a gran escala” (entendida como mera regularidad estadística), sino, sobre todo, la predictibilidad que más interesa a los abogados y a la práctica jurídica, así como a los ciudadanos: la predictibilidad de la decisión individual, del caso concreto discutido *on Thursday next*⁶⁹.

Evidentemente, se trata de un deseo imposible de satisfacer, pues el hecho mismo de que existan tribunales de apelación implica la existencia de indeterminación y duda, de casos en los que juristas expertos sustentan resultados discrepantes. Sin embargo, Llewellyn enfatiza enérgicamente que el derecho, *this amazing institution*, es capaz de satisfacer esta necesidad en gran medida⁷⁰. Se trata de un hecho sumamente relevante, que por tanto debe ser objeto de un examen cuidadoso desde una perspectiva realista de análisis de los fenómenos jurídicos.

Lo más importante para Llewellyn es abandonar una contraposición que no duda en calificar de inútil y engañosa: es decir, la que opone una concepción (formalista) de la seguridad jurídica - entendida como completa y absoluta previsibilidad de las decisiones judiciales - a cualquier otro tipo de escenario, invariablemente calificado como “incertidumbre” sin distinciones ni gradaciones⁷¹.

De hecho, al examinar más detenidamente la práctica jurídica, resulta que no

⁶⁶ Thomas 2005: 249.

⁶⁷ Para un examen de la obra en el marco de la producción teórica de Llewellyn, véase Twining 2014: 203-269.

⁶⁸ Llewellyn 1996: 6-7.

⁶⁹ Llewellyn 1996: 6.

⁷⁰ Llewellyn 1996: 7.

⁷¹ Llewellyn 1996: 17.

existe ningún ámbito en el que se pueda encontrar una certeza así de absoluta de los resultados de las decisiones judiciales, sino más bien una amplia gama de *degrees of lessening uncertainty*⁷². En este sentido, dicho examen, destaca Llewellyn, permite evidenciar *clusters of factors* que, oportunamente analizados, pueden dar cuenta (al menos, limitadamente a los tribunales de apelación) del nivel significativo, y generalmente ignorado, de predictibilidad de las decisiones judiciales, incluso en el sentido, como se mencionó, de la predictibilidad de una decisión judicial específica⁷³.

Puede ser útil observar aquí que el malentendido destacado por Llewellyn ha demostrado ser bastante resistente a la refutación y, de hecho, continúa resurgiendo periódicamente en la literatura sobre el realismo jurídico estadounidense. No es difícil encontrar críticas según las cuales los realistas, con su énfasis en los factores de predictibilidad y uniformidad de las decisiones judiciales, efectivamente reintroducirían por la ventana del edificio de la jurisprudencia elementos del formalismo y la jurisprudencia mecánica que habían expulsado triunfalmente por la puerta principal⁷⁴. Sin embargo, es fácil ver que estas consideraciones no dan en el blanco.

La crítica del formalismo por parte de los realistas estadounidenses se dirigía, en palabras del propio Llewellyn, a la concepción según la cual la actividad de los jueces, al decidir un caso, consistía en la mera actividad de “descubrir” la “única respuesta correcta” presente en las fuentes normativas (recopilaciones de precedentes, textos legislativos, textos constitucionales) y, por tanto, sujeta a cierta predicción por parte de cualquier jurista competente⁷⁵.

Sin embargo, esta concepción formalista de la predictibilidad de las decisiones judiciales no es la única posible y así, insistir en la predictibilidad de las decisiones judiciales no implica de ninguna forma volver a caer en un paradigma formalista. De hecho, lo que encontramos en las páginas de Llewellyn es un sofisticado análisis teórico que, tomando como punto de partida el reconocimiento de la indeterminación radical de las fuentes jurídicas⁷⁶ y de las múltiples alternativas interpretativas que siempre están al alcance del juez⁷⁷, detecta los elementos que afectan las actividades de los jueces en diversos grados, orientando sus elecciones.

Una vez identificados, estos factores permiten predecir las decisiones con cierto

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Un ejemplo muy elocuente se encuentra en Duxbury 1995: 131: «The assumption that it may be possible to predict future legal decisions with considerable, if not quite total, accuracy is hardly less formalist – is hardly less supportive of so-called slot machine justice – than the basic Langdellian belief that legal doctrine is reducible to a handful of common law principles which may be applied uncontroversially to future legal disputes».

⁷⁵ Llewellyn 1996: 24.

⁷⁶ Véase, en este sentido, el detallado análisis de la panoplia de técnicas utilizadas por los jueces en la interpretación de los precedentes, en Llewellyn 1996: 62-120. Para consideraciones parecidas en el debate contemporáneo, véase el ya mencionado Ratti 2023.

⁷⁷ Llewellyn 1996: 25.

grado de «reckonability equivalent to that of a good business risk»⁷⁸. Aquellos en los que se centra Llewellyn son, como veremos, elementos empíricamente comprobables, contingentes y, como tales, sujetos a cambios (y, cabe destacar, lejos de ser inderrotables, como no deja de subrayar el jurista estadounidense en su examen).

Antes de proceder a catalogar dichos factores y analizar (brevemente) algunos de estos, cabe, sin embargo, detenerse un momento sobre las consideraciones de Llewellyn acerca de las múltiples opciones interpretativas que siempre están al alcance de los jueces, las cuales llevan a resultados diferentes e incluso incompatibles en relación con el mismo caso⁷⁹. Ahora bien, en el debate contemporáneo no faltan críticas a consideraciones semejantes⁸⁰, ya que se trataría de una falacia de generalización inadecuada y no habría ningún argumento *conceptual* que excluya «la posibilidad de que, frente a cierto texto todos esos diferentes criterios interpretativos puedan confluír en una sola [interpretación]»⁸¹.

Como ha sido oportunamente observado⁸², en estas consideraciones parecen solaparse y confundirse niveles deferentes. De hecho, como hemos visto, en una cultura jurídica, algunas interpretaciones -que *metodológicamente* pueden llevarse a cabo- pueden, sin embargo, ser consideradas no admisibles desde el punto de vista de la *ideología* de la interpretación dominante y, más aún, de la *aceptabilidad social*⁸³. Ahora bien, lo que más releva es que las consideraciones críticas aquí re-

⁷⁸ Llewellyn 1996: 18.

⁷⁹ Véase un conocido trabajo sobre las técnicas interpretativas: «In the work of a single opinion-day I have observed 26 different, describable ways in which one of our best state courts handled its own prior cases, repeatedly using three to six different ways within a single opinion. What is important is that all 26 ways (plus a dozen others which happened not to be in use that day) are correct. They represent not “evasion,” but sound use, application and development of precedent. They represent not “departure from,” but sound continuation of, our system of precedent as it has come down to us. The major defect in that system is a mistaken idea which many lawyers have about it-to wit, the idea that the cases themselves and in themselves, plus the correct rules on how to handle cases, provide one single correct answer to a disputed issue of law. In fact the available correct answers are two, three, or ten. The question is: Which of the available correct answers will the court select-and why? For since there is always more than one available correct answer, the court always has to select» (Llewellyn 1950: 396).

⁸⁰ Véase Rodríguez 2023: 61: «La tesis de la ambigüedad metodológica como propiedad universal de las disposiciones es muy fuerte, puesto que significa que, respecto de todo sistema jurídico pasado, de todo sistema jurídico presente y de todo sistema jurídico futuro, cada una de sus disposiciones admite más que un significado. No sé cómo podría probarse esto en toda su extensión, ni tampoco si se asume que su verdad es empírica o analítica. En realidad, esta tesis me parece más bien el resultado de una falacia de generalización inadecuada: en muchos casos, las formulaciones normativas admiten más de una interpretación, pero esto no necesariamente vale de forma irrestricta para cualquier formulación normativa».

⁸¹ Rodríguez 2023: 61.

⁸² Chiassoni 2023: 137.

⁸³ Quisiera agradecer a Riccardo Guastini por sus muy útiles comentarios acerca de este punto. También Llewellyn, en efecto, había formulado observaciones parecidas: «The type of distinction or expansion which is always technically available may be psychologically or sociologically unavailable. This may be because of (a) the current tradition of the court or because of (b) the current temper of the court

feridas parecen, también en relación con este punto, subestimar el alcance de las tesis escépticas elaboradas por Llewellyn. En efecto, dichas tesis nos proporcionan un argumento *conceptual* tanto poderoso como infaliblemente pasado por alto por quienes suscriben la perspectiva cognitivista (en sus varios matices).

De hecho, las observaciones de Llewellyn sobre las técnicas interpretativas contrapuestas nos permiten detectar el hecho de que «la caja de herramientas utilizables por los operadores [...] contiene parejas de reglas interpretativas que, debido a su contenido de significado, son aptas para llevar a resultados que *no pueden* coincidir y, en algunos casos, son incluso opuestos. De forma que, por razones conceptuales, *nunca* puede darse una situación en la que frente a cierto texto todos esos diferentes criterios interpretativos convergen en apoyar una, una sola, y la misma interpretación producto»⁸⁴.

or because of (c) the sense of the situation as the court sees that sense. (There are other possible reasons a-plenty, but these three are the most frequent and commonly the most weighty)» (Llewellyn 1950: 396).

⁸⁴ Chiassoni 2023: 138. Para otras variantes del argumento conceptual, véase Ratti 2022: 292-294. Al respecto, cabe también destacar que, desde una perspectiva escéptica, una diferente estrategia es esgrimida por Paolo Comanducci. Al discutir algunas consideraciones de Rodríguez parecidas a las que estamos aquí considerando, Comanducci observa: «Sostiene Rodríguez que «no existe ningún argumento conceptual...», y probablemente tiene razón: existe al menos un mundo posible donde se da una situación en que los cánones, frente a cierto texto, confluyen necesariamente en una sola interpretación. Pero ese mundo no es lo en que vivimos. Dicho de otra manera, hay argumentos empíricos que respaldan la postura atribuida por Rodríguez al realismo genovés. Como ya dije, la pluralidad de criterios interpretativos, que son un conjunto conflictivo, en unión con la ambigüedad de las disposiciones, siempre puede dar lugar a normas diferentes» (Comanducci 2022: 100). La estrategia adoptada por Comanducci es sin dudas muy eficaz; sin embargo, creo no sea menester conceder el punto “conceptual”. De hecho, el argumento de Rodríguez me parece impreciso. En efecto, un mundo posible en el que, para limitarse a un solo ejemplo, los cánones interpretativos *lex magis dixit quam voluit* y *lex minus dixit quam voluit* convergen en apoyar una, una sola y la misma interpretación producto sería un mundo en el que no valdría la lógica clásica (y que, entonces, podría más bien configurarse como un mundo *imposible*, por lo menos en el sentido de un mundo que, justamente, viola la lógica clásica: véase, al respecto, la muy útil clasificación que se lee en Berto, Jago 2023). Sería entonces necesario, por parte de Rodríguez, precisar que papel cumpliría, en el marco de su esquema argumentativo, la evocación de dicho mundo (im)posible. Críticas al análisis de los cánones interpretativos desarrollada por Llewellyn se leen también en Moreso 2023: 34-35. En particular, Moreso cita favorablemente la tesis de Michael Sinclair según la cual «es un error aplicar el canon sin prestar atención a sus condiciones requeridas de aplicación; es este error el que a menudo produce la apariencia de conflicto entre cánones por lo demás compatibles» (Moreso 2023: 34). Además, «los métodos interpretativos no deben ser concebidos como elementos separados de análisis, deben ser tomados como partes que integran los instrumentos para capturar el significado completo de una oración y, en nuestro caso, el contenido jurídico completo» (Moreso 2023: 34). Al respecto, cabe precisar que las (un tanto misteriosas) “condiciones requeridas de aplicación de cada canon” no se manifiestan de forma automática, sino por el trámite de la evaluación discrecional del interprete que decide si emplear o menos el canon en cuestión. Además, la crítica de Sinclair, al calificar como “aparente” la mayoría de los conflictos entre los cánones, parece involucrar un elemento prescriptivo oculto, según el cual los cánones *deben* ser ordenados jerárquicamente de forma tal de evitar la insurgencia de conflictos. Claro está que dicha operación de ordenar jerárquicamente los cánones depende por completo de la discrecionalidad del interprete. Respecto a la segunda crítica, me parece que la misma también contenga un

En mi opinión, la crítica planteada por Rodríguez parece involucrar casi una *petitio principii*, ya que se desarrolla con base en la asunción (tácita) de que las técnicas interpretativas son herramientas de descubrimiento del significado que, al menos en algunos casos (“fáciles”), es “claro” y “unívoco”⁸⁵. Sin embargo, esto es lo que debe ser probado, y, como hemos visto, el examen de la práctica jurídica no ofrece ningún respaldo a dicha asunción.

Como se ha mencionado anteriormente, de hecho, el cognitivismo (en todas sus varias graduaciones) parece pasar por alto rasgos centrales de la práctica jurídica, como el hecho de que la misma es una práctica conflictiva, y no cooperativa, en la que las partes persiguen intereses contrapuestos, que llevan a diferentes interpretaciones y estrategias argumentativas. Especialmente, además, la perspectiva cognitivista olvida la ausencia de “auto-interpretación” de los textos legislativos, el hecho de que toda operación interpretativa involucra elecciones (incluso la de quedarse con la interpretación *prima facie*), y que ningún caso es “claro” por sí mismo, sino por la decisión del juez que lo interpreta como tal.

Ahora bien, es exactamente con base en estas (acertadas) consideraciones empíricas que es posible investigar los factores que, influyendo sobre las conductas de los jueces, contribuyen a determinar cierta uniformidad en las decisiones judiciales.

En lo que respecta a las decisiones de los tribunales de apelación de Estados Unidos, Llewellyn evidencia catorce “factores de estabilización”⁸⁶. Aquí los expondré brevemente, para luego detenerme con mayor cuidado en algunos de ellos, que considero especialmente relevantes a los fines de este trabajo.

1) El hecho de que los jueces son *law-conditioned officials*, es decir, están condicionados por la formación jurídica y por la experiencia previa en el ejercicio de la práctica jurídica; 2) el peso de la doctrina jurídica; 3) la influencia de los métodos interpretativos aceptados y difundidos en la cultura jurídica de referencia; 4) la responsabilidad (diversamente percibida) de decidir el caso de acuerdo con los criterios de justicia aceptados y difundidos en la sociedad; 5) la influencia de la ideología de la “única respuesta correcta”; 6) la necesidad de motivar la sentencia en una *published opinion*, bajo el control de la comunidad jurídica y de la pública opinión; 7) *a frozen record from below*: el establecimiento de los hechos que ya se ha realiza-

elemento prescriptivo, más que genuinamente descriptivo: los métodos *deben* considerarse como parte del conjunto de los instrumentos “para capturar el significado completo de una oración”. Nuevamente, la reconstrucción del conjunto de los instrumentos interpretativos “para capturar el significado completo de una oración” parece involucrar decisiones sobre la ordenación sistemática y jerárquica de los varios elementos que lo integran. Dichas decisiones, por supuesto, están completamente remitidas a la discrecionalidad del interprete.

⁸⁵ Por lo menos, se evidencia en su postura una (tácita) opción de ideología de la interpretación que prescribe la adopción del método de la interpretación conforme a las convenciones semánticas (generales o jurídicas). Agradezco a Pierluigi Chiassoni por sus comentarios sobre este punto.

⁸⁶ El elenco se encuentra en Llewellyn 1996: 19 y el análisis pormenorizado se encuentra en las páginas 19-51.

do en la *trial court*, reduciendo así una importante fuente de indeterminación; 8) al igual que el punto anterior, la cuestión que se plantea ante el tribunal de apelación es una cuestión delimitada, estructurada y circunscrita por el debate que se lleva a cabo en la *trial court*.

De esta manera, se restringe la competencia decisoria del tribunal, se enfocan y orientan las líneas alternativas propuestas para el razonamiento y la decisión judicial, reduciendo el número de resultados posibles y aumentando la previsibilidad de la decisión. De hecho, una elección limitada a dos alternativas es mucho más predecible que una elección entre múltiples opciones (como Llewellyn icásticamente observa, «betting on a football game is risky, but not as risky as betting on a steeplechase»⁸⁷).

9) Los argumentos esgrimidos por los abogados de las partes que, a paridad de competencia, contribuyen a aumentar la predictibilidad de la decisión, sacando a relucir las cuestiones jurídicas significativas involucradas en el caso, identificando las fuentes relevantes y destacando las consecuencias probables de los diferentes resultados posibles.

10) *Group decision*: el carácter colegiado del tribunal tiende a producir una *net vision* que suaviza y uniformiza las diferentes posturas de los jueces individuales y favorece la continuidad respecto de actuaciones y actitudes anteriores y, al mismo tiempo, la reelaboración de *unrecorded doubts or reservations*⁸⁸.

11) *Judicial honesty and security*: la independencia de los jueces, las garantías institucionales contra amenazas o represalias por sus decisiones, así como las reglas e incentivos institucionales contra la corrupción, también tienen el beneficioso “efecto colateral” de corroborar la previsibilidad de las decisiones, ya que excluyen todas las influencias “ocultas” y difíciles de analizar sobre la actividad judicial (tanto amenazas como intentos de corrupción), destacando al mismo tiempo los principales factores que influyen en la conducta de los jueces (como los analizados por Llewellyn) y permitiendo así su evaluación⁸⁹.

12) *A known bench*: el estudio de las decisiones pasadas del tribunal ante el cual se conocerá el recurso permite reconstruir las técnicas argumentativas principalmente utilizadas, las propensiones interpretativas, y las posiciones ideológico-valorativas en relación con cuestiones específicas⁹⁰. Naturalmente, estas propensiones y posiciones pueden cambiar, a veces con bastante rapidez, debido a la influencia de un juez con particular autoridad (Llewellyn menciona, en este sentido, la incorporación del juez Cardozo en la *New York Court of Appeals*, el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York). De todas formas, incluso un proceso de cambio de este tipo

⁸⁷ Llewellyn 1996: 29.

⁸⁸ Llewellyn 1996: 31.

⁸⁹ Llewellyn 1996: 33.

⁹⁰ Llewellyn 1996: 33-34

está registrado en los *published records* de las actividades del tribunal, permitiendo así medir la transición en curso.

13) *The General Period Style*: Un factor adicional de estabilización de las decisiones judiciales de los tribunales de apelación (que se extiende también a otras áreas de la actividad judicial y de la práctica jurídica en general) es, en opinión de Llewellyn, representado por lo que llama *the general period-style*⁹¹. En el análisis de Llewellyn, se trata de un factor cuyo impacto es tan significativo como curiosamente subestimado. Consiste en la *general and pervasive manner* que marca la cultura jurídica (en este caso, estadounidense) en una época concreta, del mismo modo en el que es usual distinguir entre “períodos” de la historia de la arquitectura o de la música. Prevalece, por tanto, un complejo de estilos y técnicas argumentativas predominantes, prioridades ideológico-axiológicas compartidas, propósitos y objetivos generalmente aceptados por los integrantes de la práctica jurídica⁹².

14) Por último, pero no menos importante, el factor estabilizador al que Llewellyn atribuye mayor relevancia: *the judicial professional office*⁹³. La función judicial es una función altamente especializada, estructurada por una serie compleja de presiones institucionales y fuerzas moldeadoras que dan forma a los ideales normativos a los que los jueces tienden a ajustarse al concebir y practicar su papel, y que determinan los criterios que guían su acción.

Dados los límites del presente trabajo, y como había anticipado, procederé ahora a examinar brevemente sólo dos de estos factores: los factores 1) los jueces como *law-conditioned officials* y 5) la influencia de la ideología de la “única respuesta correcta”.

Respecto al factor 1), Llewellyn subraya⁹⁴ que los jueces que se incorporan a los tribunales de apelación son juristas que provienen de una trayectoria de décadas en diversas áreas del derecho y de la práctica jurídica, así como, por supuesto, de una formación previa en reconocidas *law schools*. Este *curriculum* de formación y experiencia profesional ha moldeado profundamente su mentalidad, determinando los aparatos conceptuales a través de los cuales perciben, seleccionan, califican y atribuyen significado a hechos y situaciones.

Por tanto, los jueces en cuestión piensan como juristas, no como ciudadanos comunes y, en particular, piensan como juristas estadounidenses, formados en una cultura jurídica específica, caracterizada por un enfoque técnico-doctrinal particular, por tendencias “estilísticas” peculiares y por determinadas estructuras ideológico-axiológicas, elementos que, adecuadamente reconstruidos y evaluados, permiten predecir las orientaciones interpretativas con un buen grado de precisión.

⁹¹ Llewellyn 1996: 35-45.

⁹² Llewellyn 1996: 35-36.

⁹³ Llewellyn 1996: 46-51.

⁹⁴ Llewellyn 1996: 20-21

Respecto al factor 5), dado el peso -todavía extremadamente relevante- del marco teórico-doctrinal del formalismo en la formación de los juristas estadounidenses, las decisiones judiciales están influenciadas en gran medida por la ideología, que se correlaciona con este marco teórico-doctrinal, según la cual hay (y debe haber) una única respuesta correcta a los casos judiciales⁹⁵. Que se trate de una ideología profundamente arraigada lo demuestra el hecho de que su influencia no se limita a la formulación de la justificación de la decisión, en la motivación, sino a una auténtica *emotional attitude* que incide en el propio proceso de toma de decisiones del juez. De hecho, incluso el juez más experimentado, claramente consciente de las múltiples respuestas alternativas que las fuentes jurídicas permiten, está fuertemente motivado a creer que sólo una de ellas es la correcta⁹⁶. Además, la indeterminación metodológica de las fuentes jurídicas y la multiplicidad de resultados que admiten no implica que no sea posible identificar una o más soluciones que puedan considerarse “mejores” (a la luz, por ejemplo, de ciertos criterios *axiológicos*, o en vista de ciertos propósitos) en comparación con las alternativas; y es, de hecho, precisamente por esta razón que la creencia profundamente arraigada de que sólo debe haber una respuesta correcta puede ejercer una influencia significativa en el proceso de toma de decisiones del juez⁹⁷.

Sin embargo, como prueba adicional del hecho (reiterado varias veces en la obra) de que el análisis de Llewellyn no promete una formalista «conveyor-belt complete predictability»⁹⁸, sino una realista *case by case reckonibility*, la influencia de la ideología de la única respuesta correcta es, si se mira más de cerca, ambivalente en lo que respecta a la predictibilidad de las decisiones.

Si bien en los *less troubling cases* puede en efecto actuar como un elemento estabilizador, desalentando la investigación cuidadosa de las alternativas disponibles y favoreciendo la adopción de la solución viable que se presente más inmediatamente al examen de los jueces (aquí la “única respuesta correcta” simplemente coincidiría entonces con “la menos costosa”), la situación es muy diferente en los *really puzzling cases*⁹⁹. En estos, a juicio de Llewellyn, esta ideología terminaría en realidad por disminuir significativamente la predictibilidad de las decisiones, ya que favorecería el ocultamiento de los procesos evaluativos y de las elecciones interpretativas realizadas por el juez, sustrayéndolos así del control y de la crítica pública, así como de el examen de la propia ciencia jurídica.

⁹⁵ Llewellyn 1996: 24-25.

⁹⁶ Llewellyn 1996: 24.

⁹⁷ Llewellyn 1996: 25.

⁹⁸ Llewellyn 1996: 50.

⁹⁹ Llewellyn 1996: 25, n. 17. Por todo lo que se ha dicho antes, no cabe precisar que se trata de casos que, por la peculiaridad de los hechos y/o por los intereses y los valores en juego, ponen particulares desafíos en el nivel *ideológico y cultural* (relativo, es decir, al funcionamiento de la cultura jurídica).

3. *The pivotal factor in law administration. Frank sobre la interpretación judicial*

Como he mencionado al inicio, concluiré esta reseña de (algunos de) los principales elementos para una teoría escéptica de la interpretación elaborados en el ámbito del realismo jurídico americano con el examen de algunas tesis de Jerome Frank, el autor con quien se suele identificar quizás el exponente más exagerado del “escepticismo extremo”¹⁰⁰.

Cabe destacar que, sin lugar a duda, el mismo Frank tiene parte de la responsabilidad de dichas distorsiones: el estilo con el que escribe sus obras -tan polémico, sarcástico y dinámico- es, a la vez, lo que hace que su lectura sea muy agradable y que los malentendidos de sus contenidos sean muy frecuentes.

A los fines del presente trabajo, empezaré mi examen¹⁰¹ por algunas consideraciones del capítulo XVIII de la primera parte de *Law and the Modern Mind*, cuyo llamativo título es *Mechanistic Law; Rules; Discretion, the Ideal Judge*¹⁰².

En esas páginas, en el marco de su ataque sin cuartel al *classical legal thought* y a la reconstrucción tradicional del razonamiento judicial, Frank repasa y repiensa la tradición antiformalista (haciendo hincapié en Gray y Holmes) de la cual el realismo americano tomaba inspiración¹⁰³.

Con respecto a Gray, en particular, Frank muestra gran admiración por su trabajo, que considera un avance fundamental en la crítica del formalismo; al mismo tiempo, sin embargo, le reprocha de haberse todavía quedado enredado en el vocabulario conceptual de la tradición, al seguir hablando de *rules*¹⁰⁴.

Según Frank, habría que dar un paso más adelante en la crítica al formalismo, y deshacerse de la misma noción de *rule*¹⁰⁵, de “norma jurídica” (que considera una noción “casi ficcional”) como elemento central en el discurso teórico sobre derecho e interpretación¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Muy a menudo en la base, como bien lo destaca Brian Bix en su introducción a Frank 2009, de «a half-formed memory of caricatured strange views about judges and judging» (en Frank 2009: xi).

¹⁰¹ Que, es oportuno repetir, no tiene pretensiones de exhaustividad, ni de cuidadosa reconstrucción contextual. Mi objetivo es, más bien, destacar elementos del pensamiento de Frank que no suelen ser siempre adecuadamente considerados en la reconstrucción de su postura y que tienen todavía muchos estímulos que aportar al debate actual sobre interpretación y análisis del razonamiento judicial.

¹⁰² Frank 2009: 127-158.

¹⁰³ Véase, en particular, Frank 2009: 131-141.

¹⁰⁴ Frank 2009: 132-133.

¹⁰⁵ En realidad, como varios pasajes de su obra (véase, por ejemplo, Frank 2009: 141-141), y como más detenidamente se argumenta en la Apéndice II (Frank 2009: 283-306), lo que Frank quiere criticar y abandonar es lo que denomina el *rule-fetichism* del enfoque formalista. Se trataría, entonces, de reformular radicalmente la noción de *authoritative rule*, dejando de concebirla como misteriosa entidad capaz de “auto-aplicarse”. Cabe sin embargo precisar que, debido a su leguaje enfático y polémico, la exposición de las ideas de Frank sobre este (relevante) punto no es siempre uniforme, y registra en efecto algunas oscilaciones.

¹⁰⁶ Frank 2009: 138-142. Es interesante destacar que la crítica al concepto de “norma” y el enfoque

En la perspectiva de Frank, un progreso decisivo en esta dirección habría sido dado por Holmes¹⁰⁷, que, con la útil herramienta del *bad man*, había puesto el énfasis en la predicción de las decisiones judiciales de tribunales específicos. Al *bad man*, de hecho, poco le interesa una entidad misteriosa llamada “derecho del Massachusetts”, sino más bien la previsión de la concreta *decisión* tomada por un *determinado* tribunal, los que se va a ocupar del caso en el que está involucrado¹⁰⁸.

En la lectura que Frank propone, Holmes revisa, refina y potencia la definición de “derecho” dada por Gray¹⁰⁹: «law is made up not of rules for decision laid down by the courts but of decisions themselves»¹¹⁰. Las *rules* formuladas por otros tribunales son, en efecto, *fuentes* del derecho que tienen que ser interpretadas exactamente como cualquier otra fuente enumerada por Gray: «for, after all, rules are merely words, and those words can get into actions only through decisions»¹¹¹.

Es interesante¹¹² que, al analizar estas consideraciones de Frank, un comentarista contemporáneo con tanta autoridad como Postema se encuentre perplejo¹¹³.

En la opinión de este intérprete destacado, en efecto, Frank estaría utilizando Holmes sin entender adecuadamente las tesis que utiliza¹¹⁴.

Además - así sigue el comentarista- lo que dice parecería, por lo menos a un primer vistazo, ser increíblemente banal: «words need to be acted on»; sin embargo, quizás es posible, con una generosa dosis de caridad interpretativa, observar que «he may have had something deeper and more general in mind»¹¹⁵.

En opinión de Postema, la consideración “más profunda y general” que Frank estaría intentando formular sería que, debido a su carácter universal, la norma nunca puede guiar directamente ninguna acción, que es siempre particular y concreta.

en las efectivas conductas de los operadores jurídicos son los aspectos teóricos- metodológicos del realismo americano que más influyeron, según sus propias palabras, en el desarrollo de la postura teórica de Giovanni Tarello y de la escuela genovesa: véase, al respecto, el muy significativo esbozo de autobiografía intelectual de Tarello publicado en Guastini 1989: 118-119.

¹⁰⁷ Holmes es quizás el principal “héroe jurídico-filosófico” del libro de Frank, encarnando el *fully adult jurist* (así se titula, en efecto, el capítulo a él dedicado: Frank 2009: 270-277). Cabe destacar que, en el plan histórico-reconstructivo, la lectura del pensamiento de Holmes propuesta por Frank podría cuestionarse en varios aspectos, ya que la cercanía entre Holmes y Gray es, bajo varios perfiles, más estrecha y significativa de lo que él sugiere.

¹⁰⁸ Frank 2009: 135.

¹⁰⁹ Y mencionada en el segundo párrafo de este trabajo.

¹¹⁰ Frank 2009: 134.

¹¹¹ Frank 2009: 135.

¹¹² Y muy significativo, según me parece, de la pérdida de sofisticadas herramientas teóricas sobre interpretación que el triunfo de la teoría mixta de Hart ha determinado en mundo anglosajón.

¹¹³ Postema 2011: 115-118.

¹¹⁴ Postema 2011: 115: empezando por «the innocuous premise that rules are by nature *general guides for action*, but, quoting (without understanding) Holmes, Frank concluded that rules are not capable of guiding action, because “rules are merely words and those words can get into action only through decisions».

¹¹⁵ Postema 2011: 115.

Por lo tanto, un ejercicio de juicio práctico se requiere para que la regla general influya sobre las circunstancias particulares de cada acción concreta¹¹⁶.

En esta lectura de Postema podemos ver en acción esa subestimación (que, como en este caso, suele generar graves malentendidos) de las tesis escépticas ya detectada en otros autores del debate contemporáneo. La trivialidad reprochada a los escépticos, se podría decir, está en las gafas, distorsionadas por los sesgos teóricos, con las que sus críticos los leen invariablemente.

Atrapado en el marco de la teoría mixta de la interpretación, Postema parece percibir aquí solamente un problema de interpretación en concreto, de aplicación de una regla general (ya formulada) a circunstancias concretas, y se le escapa por completo que las observaciones de Frank se direccionan también a la interpretación en abstracto, al problema de la *determinación del significado* de las fuentes por parte de los jueces¹¹⁷.

A la luz de lo que se ha dicho en los párrafos anteriores, de hecho, casi no hace falta precisar que, lejos de limitarse a enunciar la banalidad que *words must be acted on*, Frank está aquí, en la línea de Gray, afirmando que ninguna fuente jurídica se auto-atribuye significado, y que, por eso, su significado coincide con la decisión de los jueces que la interpretan¹¹⁸. De hecho, Frank cita con favor una observación formulada por Dewey en su libro *How we think*: «[...] There is no label on any given idea or principle which says automatically: "Use me in this situation" - as the magic cakes of *Alice of Wonderland* were inscribed "Eat me"»¹¹⁹.

Ni las fuentes, ni los hechos "hablan" por sí solos, sino solamente por el trámite de las decisiones que los jueces toman respecto a ellos.

En efecto, en relación con estos asuntos, la reconstrucción del razonamiento judicial elaborada por Frank es más compleja de lo que su comentarista parece dispuesto a reconocer. Frank insiste en el hecho de que, en el proceso decisional del juez, «the determination of the facts and the determination of what rules are to be applied to those facts [...] are usually not separated, but intertwined»¹²⁰.

¹¹⁶ «The rule alone can never direct any action, for action is always particular and concrete. Hence, an exercise of judgment is required to bring the general rule to bear on the particular circumstances of any concrete action. One, perhaps misleading, way of putting this is to say that rules give determinate guidance only with the help of something other than the rule, namely, the exercise of a kind of practical judgment» (Postema 2011:115).

¹¹⁷ Como vamos a ver en seguida, en la reconstrucción del razonamiento judicial que Frank desarrolla, utilizando herramientas deweyianas, estos dos aspectos (interpretación en abstracto y en concreto) son estrechamente vinculadas. Para un claro análisis de la distinción entre interpretación en concreto e interpretación en abstracto, véase Guastini 2011: 15-18.

¹¹⁸ Como afirma Frank, reformulando un pasaje de Gray que antes hemos examinado: «The shape in which rules are imposed on the community is those rules as translated into concrete decisions» (Frank 2009: 135).

¹¹⁹ Frank 2009: 138, n. 7.

¹²⁰ Frank 2009: 144. Frank precisa que la artificial separación de las dos partes del razonamiento judicial es actuada por el juez a la hora de escribir su motivación. Sobre la relevancia de la necesidad de justificar

En este sentido, replantear y reformular las tesis de Gray dejando (o, por lo menos, marginalizando) el concepto de *rule*, permite poner el enfoque, aún más explícitamente, en las decisiones de los jueces, y en la centralidad de los factores psicológicos individuales en la toma de estas.

Por cierto, como lo hemos visto, el mismo Gray destacaba el peso del *cast of mind* del juez en orientar sus elecciones; en la perspectiva de Frank, este elemento tiene sin embargo una relevancia fundamental. De hecho, Frank individúa *the pivotal factor in law administration* en la personalidad del juez¹²¹.

Esta consideración conlleva relevantes implicaciones teóricas, que encontramos formuladas de manera muy tajante en los *addenda* a la segunda edición del libro:

«In this book we have sought to indicate that most specific decisions are not predictable and that there is little likelihood that they will ever be foretellable»¹²².

Los *addenda* de las cuales saco esta cita son muy relevantes a los fines de este trabajo, por dos razones.

Primero, están claramente dirigidos a los críticos de la primera edición, y, en particular, a los del “frente de casa”, es decir a los realistas como Cohen que, como antes hemos mencionado, habían discutido precisamente estos aspectos de las tesis de Frank.

Segundo, la declaración citada parece ofrecer un buen argumento a los críticos del “escepticismo extremo” que hemos citado al comienzo: Frank parecería compartir por lo menos algunos rasgos del “espantapájaros” por ellos evocado, al no dar cuenta de la posibilidad de la uniformidad entre los intérpretes.

las decisiones en el razonamiento judicial volveremos a la brevedad. De momento, me limitaré a mencionar que, en el trasfondo de estas consideraciones de Frank sobre el razonamiento judicial, está un conocido artículo de John Dewey, *Logical Method and Law* (1924), que Frank, como muchos autores realistas, conocía y valoraba (véase Frank 2009: Para apreciar esta influencia, véase el paso siguiente: «[...] Thinking actually sets out with a more or less confused situation, which is vague and ambiguous with respect to the indications it supplies, and that the formation of both major premiss and minor proceeds tentatively and correlatively in the course of analysis of this situation and of prior rules. Once acceptable premisses are given-and of course the judge and jury have eventually to do with their becoming accepted-and the conclusion is also given. In strict logic, the conclusion does not follow from premisses; conclusions and premisses are two ways of stating the same thing. Thinking may be defined either as a development of premisses or development of a conclusion; as far as it is one operation it is the other» (Dewey 1924: 567-568)

¹²¹ Frank 2009: 120; 143. En las *trial courts*, especialmente, dicho factor puede captarse en todo su impacto: «so the judge's sympathies and antipathies are likely to be active with respect to the persons of the witness, the attorney and the parties to the suit. His own past may have created plus or minus reactions to women, or blonde women, or men with beards, or Southerners, or Italians, or Englishmen, or plumbers, or ministers, or college graduates, or Democrats. [...] Those memories of the judge [...] may affect the judges's initial hearing of, or subsequential recollection of what the witness said, or the weight or credibility which the judge will attach to the witness's testimony» (Frank 2009: 115).

¹²² Frank 2009: 398.

Sin embargo, es importante no sacar conclusiones apresuradas y seguir leyendo cuidadosamente los *addenda*. En efecto, como vamos a ver, Frank formula respecto a este tema consideraciones bien complejas y matizadas.

En relación con los factores que delimitan la discrecionalidad judicial, contestando a críticas como la que hemos visto planteadas por Cohen, Frank precisa que:

«[...] we are not saying that we believe judges are or can or should be free-willed creatures. Their judgements are and always will be constrained and determined by innumerable factors. Today those factors- economic and many other- are, to an unfortunately large extent, unconscious. Greater awareness of those factors will make it possible for sound intelligence to play a larger part in the process of judging».¹²³

Para los fines de este trabajo, cabe detenerse un momento en los factores que vinculan al juez a los cuales Frank hace alusión. Es interesante destacar que el primero son las *rules*¹²⁴ tradicionales (es decir, las interpretaciones asentadas) y las doctrinas consolidadas en la comunidad jurídica. De hecho, el juez tiene que justificar su decisión, y este deber tiene implicaciones muy importantes, como Frank ya había destacado en el capítulo *Mechanistic Law* antes mencionado. Más precisamente, el juez:

«having tentatively arrived at a conclusion, can check up to see whether such a conclusion, without unfair distortion of the facts, can be linked with the generalized points of view therefore acceptable. If none such are discoverable, he is forced to consider more acutely whether his tentative conclusion is wise, both with respect to the case before him and with respect to possible implications for future cases».¹²⁵

Más allá de interpretaciones y doctrinas consolidadas, como hemos visto, Frank menciona también factores de orden económico, aunque sin detenerse en profundizar el asunto. Sin embargo, interesantes detalles ulteriores, al respecto, se encuen-

¹²³ Frank 2009: 399.

¹²⁴ Ibidem, n. 4.

¹²⁵ Frank 2009: 140-141. Es importante agregar que Frank observa que es en la justificación que la lógica formal cumple *su proper task* en el razonamiento judicial (Frank 2009: 141, n.12). Aquí también se puede evidenciar la influencia del mencionado artículo de Dewey: «It is highly probable that the need of justifying to others conclusions reached and decisions made has been the chief cause of the origin and development of logical operations in the precise sense: generalization, abstraction, regard for consistency of implications. It is quite conceivable that if no one had ever had to account to others for one's decisions, logical operations would never have developed, but men would have continued to use exclusively methods of inarticulate intuition and dumb impression. [...] However this may be, it is certain that in judicial decisions the only alternative to arbitrary dicta which will be accepted by the parties to a controversy only because of the power or prestige of the judge, is rational statement, formulation of grounds and of connecting, or logical, links» (Dewey 568 :1924).

tran en la Apéndice I¹²⁶, en la que se mencionan varias explicaciones adicionales (que integran de la que Frank investiga en su obra)¹²⁷ de la persistencia, en la cultura jurídica, de arraigadas ideologías formalistas. Ahora bien, varias de estas explicaciones apuntan a factores que hemos visto analizados por Cohen y Llewellyn, como el *effect of professional habits*¹²⁸, la frecuente pertenencia de los jueces a la parte más conservadora de la sociedad, los ideales estéticos de *consistency or logical simplicity*¹²⁹, la devoción a la costumbre, el deseo de autopreservación, la inercia o, más sencillamente, la pereza¹³⁰.

Es importante destacar que Frank está muy lejos de subestimar el impacto (al menos parcialmente) uniformador de los mencionados factores sobre la mentalidad y las conductas de los jueces, y, a lo largo del texto, se encuentran páginas muy elocuentes, al respecto¹³¹. Las páginas en cuestión no están en tensión con la afirmación, que hemos citado, según la cual *most specific decisions are not predictable*, ya que, en la misma, se hablaba justamente no solo de tendencias estadísticas de las decisiones judiciales en general, sino de la predictibilidad de *specific decisions*. Como se recordará, Llewellyn consideraba dicha predictibilidad un objetivo alcanzable, por lo menos dentro de los límites de un razonable margen de riesgo, por una investigación realista oportunamente llevada a cabo de los “factores estabilizadores” de las decisiones judiciales.

Frank, en cambio, aunque reconociendo cierta relevancia de esos factores, como hemos visto, desconfía en este proyecto, ya que, en su consideración, el factor que más releva sigue siendo la discrecionalidad del juez, entendida como su peculiar reacción, tramite el filtro de su personalidad, frente a las circunstancias únicas y peculiares del caso específico¹³². Y, de forma algo paradójica, es justamente en sus reflexiones sobre la discrecionalidad judicial que encontramos otra faceta de sus consideraciones sobre la posibilidad de uniformidad en las decisiones judiciales.

¹²⁶ Frank 2009: 282-282.

¹²⁷ Y que, es importante subrayar (ya que frecuentemente se olvida, reprochándole a Frank un crudo reduccionismo), Frank presenta como una *partial explanation*, es decir una distorsión deliberada que pone énfasis sobre un aspecto parcial de un fenómeno, a los fines de la investigación que se está llevando a cabo: véase Frank 2009: 391.

¹²⁸ Frank 2009: 281.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Frank 2009: 282.

¹³¹ Véase el siguiente: «[...] it is perhaps just possible that we could get stereotyped results from our judges by picking stereotyped men for the judicial office. If we were to elect or to appoint to the bench the most narrow-minded and bigoted members of the community, selected for their adherence to certain relatively fixed and simple prejudice, willing to be and to remain ignorant of those niceties of difference between individuals the apprehension of which makes for justice, and insensitive to the rate of social change- we then might have stability in law» (Frank 2009: 143-144). El tono polémico de la página no debe inducir a rubricarla (solo) como hipótesis sarcástica, ya que la misma apunta exactamente a aquellos factores cuyo impacto (potencialmente) unificador será indicado, muy seriamente, en los apéndices.

¹³² Frank 2009: 398.

De hecho, Frank no se limita a reconocer (como todo realista) el hecho de la inescapable indeterminación del derecho y de la discrecionalidad judicial, sino que, abogando por una ideología particularista de la interpretación¹³³, reconoce la deseabilidad de un *moderate amount of uncertainty*¹³⁴ a los fines de las necesidades de justicia de los casos individuales. Ya que los jueces inevitablemente van a ejercer discrecionalidad en la decisión de los casos, lo importante, para Frank, es formar jueces que ejercen dicha discrecionalidad *consciously and skillfully*¹³⁵.

Ahora bien, es muy relevante destacar que jueces así formados en reconocer la indeterminación inherente al derecho y entrenados a utilizar en forma consciente y transparente su propia discrecionalidad podrán, paradójicamente, acrecentar la uniformidad de sus puntos de vista, una uniformidad valiosa y no más determinada por inercia mecanicista:

«In a deeper sense, however, uniformity of point of view among judges is likely to increase to the extent that judges are the more enlightened, the more quick to detect and hold in check their own prejudices, the more alive to the fact that rules and precedents are not their masters but merely agencies to be utilized in the interest of doing justice. The outward semblance of certainty may diminish but the conviction that justice will be done will be more certain when decisions are rendered by such judges as Holmes, Cardozo, Hutcheson, Lehman and Cuthbert Pound»¹³⁶

Por cierto, no quiero disminuir las divergencias, tanto bajo el perfil ideológico como el teórico, entre la postura de Frank y las de Cohen y Llewellyn, que, como se ha eficazmente sostenido¹³⁷, son importantes y remontan a variantes significativas al interior de la corriente realista.

Solo quiero destacar que, en ambos casos, en sus vertientes teórico-metodológicas, se trata de proyectos explícitamente tentativos, y programáticamente sometidos

¹³³ Es decir, una ideología que prescribe «ai giudici di non applicare le norme generali “ciecamente”, ossia senza tener conto delle peculiari circostanze del singolo caso concreto, ma di ricercare invece, per ogni caso loro sottoposto, la soluzione “giusta”: la “giustizia del caso concreto”, appunto, una giustizia *case by case*» (Guastini 444 :2011). Cabe destacar que, contrariamente a lo que las reconstrucciones del espantapájaros suelen a menudo sugerir, no hay ninguna vinculación necesaria entre sostener una *teoría* escéptica de la interpretación jurídica y aceptar una *ideología* interpretativa como la defendida por Frank. Recuérdese la distinción, antes mencionada, entre teoría (un discurso analítico y descriptivo acerca de lo que la interpretación es *de hecho*) e ideología (un discurso valorativo y/o prescriptivo sobre la interpretación).

¹³⁴ Ibidem. Cabe destacar que, como afirma en la misma página, no se le escapan a Frank los varios aspectos negativos que el hecho inescapable de la indeterminación del derecho conlleva. Contrariamente a lo que Frank le reprochaba, entonces, la “apología de la inseguridad” desarrollada por Frank no es absoluta, sino matizada y compleja. Para un análisis crítico de la postura de Frank sobre seguridad jurídica, véase también el clásico Bobbio 1951.

¹³⁵ Frank 2009: 399.

¹³⁶ Frank 2009: 144.

¹³⁷ Véase el ya citado Marzocco 2023.

a la averiguación empírica. Frank manifiesta claramente su desconfianza en el proyecto, avanzado por sus estimados colegas realistas, de acrecentar la predictibilidad por medio de análisis antropológicas, sociológicas, económicas y estadísticas. Sin embargo, Frank remite el juicio sobre el punto a los estudios empíricos, que podrán detectar el efectivo peso de los *constraints* en los que se fijan Cohen y Llewellyn sobre las decisiones judiciales¹³⁸.

De todas formas, a los fines de este trabajo, solo basta con evidenciar que, al reconocer explícitamente la presencia de *constraints*, y al haber explorado la posibilidad de la uniformidad de los puntos de vistas judiciales (tanto en su variante dañina como en la valiosa), incluso Frank se inscribe plenamente en el marco de las tres tesis identificadas por Chiassoni, que hemos mencionado al comienzo.

Entonces, al final del día, los evocadores del espantapájaros “extremista” tendrán que renunciar incluso a la *pièce de résistance* de su repertorio de críticas.

4. Conclusiones: apuntes para una teoría escéptica (a secas) de la interpretación jurídica

Aunque limitado y parcial, este recorrido de algunas tesis sobre discrecionalidad judicial elaboradas por Gray, Cohen, Llewellyn y Frank nos ha permitido, sin embargo, lograr algunos resultados no desprovistos de cualquier utilidad teórica.

En primer lugar, nos ha confirmado que el “escepticismo extremo” tal como sus críticos los reconstruyen se revela, a la prueba de los mismos trabajos en el que debería encontrarse, nada más que un espantapájaros. Dicha postura puede más provechosamente reconstruirse, en su núcleo teórico, por las tesis oportunamente identificadas por Chiassoni que hemos indicado al comienzo.

En segundo lugar, una vez examinadas con mirada libre de distorsiones y prejuicios teóricos, las posturas de los autores que hemos examinado nos ofrecen herramientas teóricas y metodológicas que siguen siendo muy valiosas, a los fines de investigar cuestiones todavía centrales en el debate teórico sobre interpretación, como el crucial asunto de los factores que impactan sobre las decisiones judiciales y de la predictibilidad de estas¹³⁹. También el desafío de Jerome Frank, como hemos visto, apunta a problemas de epistemología jurídica y análisis del razonamiento probatorio que siguen siendo de candente actualidad en el debate contemporáneo¹⁴⁰.

¹³⁸ Véase Frank 2009: 399.

¹³⁹ Además del ya mencionado Thomas 2005, véase, en este sentido, el muy interesante Cotter 2022, que muestra como el proyecto de Llewellyn y su clasificación de los factores puedan servir como base para investigaciones provechosas también en los tribunales de los ordenamientos contemporáneos.

¹⁴⁰ Véase, al respecto, esta llamativa consideración de uno de los más destacados expertos contemporáneos de derecho probatorio: «Jerome Frank dedicó buena parte de sus trabajos a poner de manifiesto la atención insuficiente que tradicionalmente se venía dedicando a los problemas de la prueba de los

Más allá de estos importantes aportes, quiero sin embargo poner aquí el énfasis sobre un aspecto que me parece extremadamente importante para el debate actual.

Como hemos visto, de hecho, con su insistencia sobre la falta de “auto-interpretatividad” de las formulaciones normativas y su enfoque sobre la centralidad en todo proceso interpretativo de la discrecionalidad del intérprete, la tradición escéptica del realismo americano nos permite tematizar un problema que buena parte de la teoría de la interpretación actual parece lamentablemente ignorar. Debido al éxito, ya no solo en el mundo anglosajón, de la teoría hartiana en todos sus varios matices, los problemas interpretativos parecen reducirse a los relativos a la vaguedad, ignorando por completo todos los relativos a la atribución de significado a las formulaciones normativas¹⁴¹. Lejos de aportar, como pretendería, una sabia e ilustrada *medietas* entre extremos poco balanceados, la teoría hartiana ha determinado, en realidad, un significativo empobrecimiento del debate teórico sobre interpretación jurídica¹⁴².

Es entonces menester volver a meditar la tradición realista estadounidense en todos sus varios matices, y recuperar, revisar y desarrollar todo su rico y sofisticado instrumental teórico. Como bien diría Giuseppe Verdi: *torniamo all'antico, sarà un progresso*.

Referencias bibliográficas

- Berto, F., Jago M. (2023). *Impossible Worlds*, «The Stanford Encyclopedia of Philosophy» (Summer 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/impossible-worlds/>.
- Bobbio, N. (1951). *La certezza del diritto è un mito?*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 28/1951: 146-157.
- Chiassoni, P. (2023). *Consideraciones de un equilibrista*, «Analisi e diritto», 2/2023: 117-150.
- Chiassoni, P. (2019). *Interpretation Without Truth. A Realistic Enquiry*, Switzerland, Springer Nature.
- Comanducci, P. (2022). *La indeterminación del derecho: una cuestión de grado*, «Analisi e diritto», 1/2022: 97-107.

hechos. Desde la óptica realista que caracterizó su teoría jurídica, puso el acento en las decisiones de los tribunales de primera instancia acerca de los hechos probados. [...] Setenta años después de *Law and the Modern Mind* sigue siendo válida la observación crítica de Frank acerca de la insuficiente atención dedicada a los problemas de la prueba» (Ferrer Beltrán 2005: 15).

¹⁴¹ Como bien los destacan las contundentes críticas de la teoría de Hart llevadas a cabo por Riccardo Guastini (véase en particular Guastini 2011: 427-428).

¹⁴² Empobrecimiento, afortunadamente, contrastado por varios autores que, con diferentes matices, pertenecen al polo escéptico, y en varias medidas hacen referencia también a la tradición realista estadounidense: véase, por limitarnos a algunos ejemplos llamativos, Tarello 1980, Troper 1999, Guastini 2011, Chiassoni 2019, Comanducci 2022, Ratti 2023.

- Cotter, J. (2022). *Legal Certainty in the Preliminary Reference Procedure. The Role of Extra-Legal Steadying Factors*, Cheltenham-Northampton, Elgar Studies in Legal Theory.
- Dewey, J. (1924). *Logical Method and Law*, «The Philosophical Review»: 33/6: 560-572.
- Duxbury, N. (1995). *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford- New York, Clarendon Press.
- Frank, J. (2009). *Law and the Modern Mind* (1930), New Brunswick-London, Transaction Publishers.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Gray, J. Ch. (2012). *The Nature and Sources of the Law* (1909, 1921), New Orleans, Quid Pro Books.
- Gianformaggio, L. (1991). *Realismi giuridici italiani*, in Comanducci, P., Guastini, R. (eds.), «Analisi e Diritto 1991. Ricerche di giurisprudenza analitica», Torino, Giappichelli, 1991: 159-176.
- Guastini, R. (1989). *Giovanni Tarello giurista. Introduzione*, in S. Castignone (editado por) *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1989, 117-131.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Hart, H.L.A. (1977). *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, Sibley Lecture Series, «Georgia Law Review», 11/5: 969-989.
- Hart, H.L.A. (2012). *The Concept of Law. Third Edition* (1961), Oxford, Oxford University Press.
- Jori, M., Pintore, A. (1995). *Manuale di teoria generale del diritto. II edizione*, Torino, Giappichelli.
- Jori, M., Pintore, A., (2014). *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Kramer-Cohen, L. (1960). *The Legal Conscience. The Selected Papers of Felix S. Cohen* (edited by Lucy Kramer Cohen), New Haven: Yale University Press.
- Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford- New York, Oxford University Press.
- Llewellyn, K.N. (1996). *The Common Law Tradition. Deciding Appeals* (1960), Buffalo, William S. Hein & Co.
- Llewellyn, K.N. (1950). *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed*, «Vanderbilt Law Review», 3/3: 395-406.
- Marzocco, V. (2023). *Certainty as a Legal Myth, Uncertainty as a Value. Frank's Doubting Thinking on Democracy*, «Materiali per una storia della cultura giuridica, Rivista fondata da Giovanni Tarello», 2/2023: 353-378.

- Moreso, J.J. (2023). *Uma casa portuguesa. Conversando sobre pragmática con Francesca Poggi*, «Analisi e diritto», 1/2023, pp. 25-40.
- Postema, G.J. (2011). *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 11)*, Dordrecht Heidelberg London New York, Springer.
- Poggi, F. (2025). *Meta-teoria e teoria dell'interpretazione giuridica in Paolo Comanducci*, en A. Barca, L. Malagoli, J. Rábanos, N. Scavuzzo (eds), *Assaggi e griglie. Discutendo con Paolo Comanducci. Volume I*, de próxima publicación en Marcial Pons.
- Ratti, G.B. (2022). *Sobre los fundamentos analíticos de la teoría del derecho. Recensión de "Teoría analítica del derecho" de Jorge Luis Rodríguez*, «Discusiones», n. 29, 2/2022, ISSN 2718- 6474 (en línea) - ISSN 1515-7326 (impresa), n.o 29, 2-2022, pp. 273- 298.
- Ratti, G.B. (2023). *La ficción del precedente vinculante*, ponencia presentada en el ámbito del seminario VII *Diálogos Transandinos de Filosofía del Derecho*, Mar Del Plata, Argentina, 14 de diciembre de 2023.
- Rodríguez, J.L. (2023). *La interpretación según Chiassoni: el equilibrio inestable entre cognoscitivismo moderado y escepticismo radical*, «Analisi e diritto», 2/2023: 55-64.
- Schauer, F. (2009). *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mas.)-London (Eng.), Harvard University Press.
- Siegel, S. A. (2001). *John Chipman Gray and the Moral Basis of Classical Legal Thought*, «Iowa Law Review», 86/5: 1514-1599.
- Summers, R.S. (1982). *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press.
- Tarello, G. (1962). *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.
- Twining, W. (2012). *Karl Llewellyn and the Realist Movement. Second Edition* (1973), Cambridge-New York, Cambridge University Press.
- Thomas, E.W. (2005). *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Troper, M. (1999). *Una teoría realista dell'interpretazione*, «Materiali per una storia della cultura giuridica, Rivista fondata da Giovanni Tarello», 2/1999: 473-494.

Costituzione di carta v. costituzione vivente

*Riccardo Guastini**

Riassunto

Questo articolo mette a confronto il testo costituzionale (nel suo significato letterale) con la costituzione come effettivamente interpretata e applicata nel sistema politico italiano: la “costituzione di carta” e la “costituzione vivente”, rispettivamente. Sono inclusi alcuni commenti su un recente disegno di legge costituzionale, inteso a introdurre l’elezione diretta del Presidente del Consiglio.

Parole chiave: Costituzione Italiana. Applicazione della Costituzione. Interpretazione letterale. Elezione diretta del Presidente del Consiglio.

Abstract

This paper is a tentative comparison between the constitutional text (in its plain, literal, meaning) and the constitution as actually interpreted and applied in Italian political system: the “paper constitution” and the “living constitution”, respectively. Some comments on a recent bill, meant at introducing the direct election of the prime minister, are included.

Keywords: Italian Constitution. Actual Application of the Constitution. Literal Interpretation. Direct Election of the Prime Minister.

Molti anni fa (era il 1996) ebbi l’occasione di introdurre un seminario dell’ARIFS (Associazione per Ricerca e Insegnamento di Filosofia e Storia), discettando di “co-

* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, guastini@unige.it.

Relazione presentata al seminario “Se il popolo sceglie il capo. Democrazia o autocrazia elettiva?”, promosso da *Teoria politica*, Torino, 27-29 maggio 2024.

stituzione di carta” e “costituzione vivente”. Michelangelo Bovero mi ha chiesto di riprendere quel tema per aprire questa sessione. Cercherò di non ripetere le stesse cose.

Queste due espressioni, “costituzione di carta” e “costituzione vivente”, in verità, sono alquanto discutibili, e anzi mi scuso per non averne cercate di migliori. Il loro difetto è che sono espressioni idonee a suscitare emozioni più che a descrivere fatti. “Costituzione di carta”, per esempio, è un’espressione che può suscitare emozioni negative (è meramente “di carta”, sicché non conta nulla). Al contrario la costituzione vivente sembra una cosa bella (è cosa viva, importante).

Spesso chi teorizza di una costituzione vivente (o “materiale”, come pure si usa dire) in contrapposizione alla costituzione di carta (detta costituzione “formale”) lo fa allo scopo di sostenere la superiorità, la preminenza, della costituzione vivente sulla costituzione di carta. Nel senso che, se ciò che è scritto in costituzione non si accorda con ciò che succede nella realtà politica, ebbene, peggio per la costituzione (di carta). È la costituzione vivente, la costituzione materiale, che deve prevalere. Ecco, non è questo che intendo suggerire facendo questa distinzione.

Anzi, dico fin d’ora che, in linea di principio, intendo difendere la costituzione di carta, dove occorre contro la costituzione vivente.

Comincerò cercando di chiarire i concetti in gioco.

1. Costituzione di carta

Per “costituzione di carta” intendo banalmente il testo costituzionale vigente *nel suo significato letterale*.

Beninteso, l’interpretazione letterale – peraltro prescritta dall’art. 12, primo comma, delle disp. prel. cod. civ. – non è esente da problemi di vario genere, e va usata *cum grano salis*. Ma non è questo il luogo per formulare una compiuta teoria normativa dell’interpretazione. Impresa, temo, che sarebbe comunque votata al fallimento, perché mi pare che qualunque regola generale di interpretazione (la lettera, l’intenzione, etc.) sia fatalmente *defeasible*, cioè soggetta ad eccezioni non identificabili *ex ante*, che si presentano solo all’atto di interpretare l’una o l’altra disposizione nelle circostanze date.

Dirò tuttavia qualche parola sull’interpretazione letterale – l’interpretazione *prima facie* – per chiarirne i limiti, ma anche per difenderla almeno tendenzialmente.

In primo luogo, se una espressione (enunciato, vocabolo, o sintagma) è sintatticamente o semanticamente ambigua, l’interpretazione letterale può solo rilevare l’ambiguità, non risolverla.

In secondo luogo, se un vocabolo o un sintagma è vago (e si dà il caso che, in linguaggi non formalizzati, tutti lo siano), l’interpretazione letterale può solo prendere atto della vaghezza, non risolverla.

In terzo luogo, di fronte a una clausola generale, l’interpretazione letterale può

solo constatare che la sua concretizzazione esige un giudizio di valore, non può formularlo.

In quarto luogo, l'interpretazione letterale non è idonea a risolvere gli eventuali difetti sistemici dell'ordinamento: antinomie e lacune; al massimo può denunciarli.

In quinto luogo, l'interpretazione letterale – ma a mio modo di vedere questo non è per nulla un difetto – non consente di costruire norme (che si pretendono) implicite prive di base testuale.

In sesto luogo, l'interpretazione letterale – e anche questo a me pare un pregio – neppure consente di introdurre nelle norme eccezioni (che si pretendono) implicite adducendo argomenti non testuali (per lo più argomenti di giustizia).

Si può convenire, ovviamente, che l'interpretazione letterale non esaurisca il lavoro interpretativo, specie per ciò che riguarda i giudizi di legittimità costituzionale (in certe circostanze, la fedeltà alla lettera potrebbe indebolire la funzione contro-maggioritaria del giudice costituzionale), ma è comunque il suo necessario punto di partenza.

(Ma nel seguito, beninteso, si parla della parte seconda della Costituzione.)

Certo, l'interpretazione letterale può risultare insoddisfacente per i sentimenti di giustizia dell'interprete. Nondimeno, a me pare cosa molto rispettabile. Non fosse altro perché il significato letterale (il *plain meaning*) dei testi normativi è il più facilmente difendibile, il meno discutibile, e soprattutto quello che conduce a conclusioni di diritto più prevedibili.

Tra l'altro, l'interpretazione letterale è un metodo efficace per distinguere, nel discorso delle fonti, le formulazioni dotate di significato normativo da quelle che, per contro, non sono idonee ad esprimere alcuna norma o frammento di norma. Ecco qualche buon esempio, giacché si sta parlando di costituzione.

«L'Italia è una repubblica» (art. 1 cost.) esprime una norma (*sui generis*, non una prescrizione, ma una norma “costitutiva”), che definisce la forma dello stato; ma la clausola «fondata sul lavoro» sembra non già esprimere una qualche norma, ma solo dar voce ad un generico favore ideologico per le classi lavoratrici. Il secondo comma dell'art. 54 cost., molto caro alla stampa quotidiana benpensante, statuisce il dovere di adempiere le funzioni pubbliche «con disciplina ed onore»: nella migliore delle ipotesi una clausola generale, ma più plausibilmente un esempio di vana retorica costituzionale. O ancora (art. 67): la clausola «Ogni membro del Parlamento [...] esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato» esprime, sì, una norma (il divieto di mandato imperativo); per contro la clausola «Ogni membro del Parlamento rappresenta la nazione» è pura retorica costituzionale (in qualunque significato ragionevole del verbo “rappresentare”, un eletto rappresenta – se mai rappresenta qualcuno, sia pure in un senso diverso da quello proprio del diritto civile – nulla più che i suoi elettori).

2. Costituzione vivente

A scanso di equivoci, l'espressione "costituzione vivente" non intende essere traduzione dell'inglese "living constitution". Nella dottrina USA, il "living constitutionalism" è una dottrina normativa dell'interpretazione costituzionale, che – in opposizione all'"originalismo", teorizzato da Justice Antonin Scalia, e molto praticato dalla Supreme Court, con esiti conservatori, se non reazionari – raccomanda un'interpretazione, diciamo, "evolutiva", attualizzata, di quell'ormai antico (e assai oscuro) documento.

Il concetto di "costituzione vivente" che ho in mente non è facile da precisare, perché, a onor del vero, è un concetto poco rigoroso, che può essere usato in riferimento a fenomeni diversi ed eterogenei.

Diciamo che denota un insieme non di norme, ma di fatti (politici in senso lato).

Anzitutto, il modo in cui il testo costituzionale è (ed è stato) effettivamente interpretato, giacché è ovviamente suscettibile di molteplici interpretazioni; il modo in cui è stato attuato, perché molte delle sue norme sono suscettibili di essere attuate in modi diversi; il modo, anche, in cui è rimasto inattuato o addirittura, in qualche occasione, violato.

E poi, ancora, ricadono sotto il concetto di costituzione vivente il comportamento effettivo, per un verso, degli organi costituzionali, le Camere, il Governo, il Capo dello Stato, la Corte costituzionale (forse anche la Corte di cassazione); per un altro verso, il comportamento effettivo degli attori politici, cioè specialmente dei partiti, ma anche dei sindacati, e così pure di altre associazioni.

La costituzione vivente include consuetudini e convenzioni (tanto per esemplificare: quelle relative al procedimento di formazione del Governo), prassi consolidate, tradizioni, dottrine retrostanti: la "costituzione invisibile" la chiama Raffaele Romanelli. Cose, tutte, ignote alla costituzione di carta.

Un esempio molto noto (che ha avuto un grande peso politico) di regola non scritta, derivante da un accordo tacito tra le forze politiche e forse anche tra gli organi costituzionali, è la famosa "conventio ad excludendum". La formula fu inventata tanti anni fa da Leopoldo Elia, per riferirsi a quella regola tacita – che vuol dire non solo non scritta, ma neppure mai pronunciata – secondo cui il Partito comunista non poteva far parte di alcuna maggioranza di governo.

Ma la costituzione vivente include anche la prassi parlamentare. Segnalo un episodio recente di gravità inaudita. È accaduto che, in Commissione affari Costituzionali, la maggioranza che sostiene il Governo in carica perdesse una votazione sopra un certo emendamento proposto dall'opposizione; il presidente della Commissione (con non so quale pretesto) ha imposto che si ripetesse il voto, questa volta con esito favorevole alla maggioranza di Governo. Ha scritto Michele Ainis (*La Repubblica*, 30.04.2024): «Come se l'arbitro ti facesse ripetere un calcio di rigore perché la palla è andata fuori». È un interessante esperimento mentale immaginare che cosa acca-

drebbe se questo modo di procedere si applicasse alle elezioni del Parlamento o di un qualsiasi altro organo rappresentativo. Se il popolo vota male, si sciogla il corpo elettorale, perbacco!

Mi domando se non dovremmo includere nella costituzione vivente anche certe idee della stampa quotidiana – suscettibili, in quanto tali, di diffondersi nell’opinione pubblica – palesemente in contrasto con la costituzione di carta (talvolta la percezione della realtà è più forte della realtà stessa). Tre soli esempi.

Si è diffusa nella stampa quotidiana l’opinione (avallata in verità anche da alcuni colleghi scioccherelli) che il referendum costituzionale previsto dall’art. 138 cost. abbia carattere non già “oppositivo”, ma “confermativo”. Perché mai chi ha prevalso nella maggioranza parlamentare (assoluta nella seconda votazione) dovrebbe chiedere un referendum? Se lo fa (è accaduto, se non ricordo male, e forse accadrà ancora) è solo con intenti “plebiscitari”. È ovvio che il referendum ha senso solo non già per chi cerca una conferma, ma per chi si oppone alla deliberazione parlamentare e spera di superarla con il voto popolare.

La stampa quotidiana ha anche inventato un nuovo istituto giuridico, ignoto alla costituzione: la “manifestazione (in luogo pubblico) autorizzata” e, s’intende, la simmetrica “manifestazione non autorizzata”, che sembra legittimare la repressione materiale di questa o quella manifestazione da parte delle forze dell’ordine. Come si sa (art. 17, terzo comma), le riunioni in luogo pubblico (di questo si tratta), richiedono preavviso e possono, in certe circostanze, essere vietate, ma non richiedono autorizzazione, sicché non possono giuridicamente essere né autorizzate, né non-autorizzate. Anche se, di fatto, una manifestazione in luogo pubblico può essere materialmente impedita dalle forze dell’ordine, come spesso accade, senza alcuna giustificazione di ordine costituzionale.

E ancora: la stampa quotidiana (soprattutto) di destra sta propagando la tesi che, nella televisione pubblica (la televisione privata, a quanto pare, è esentata), non sia lecito esprimere una qualsivoglia opinione politica senza “contraddittorio”, come si usa dire, cioè senza che vi sia qualcuno che contestualmente esprime una opinione contraria. Sembra una difesa del pluralismo politico. In realtà, è una negazione della libera manifestazione del pensiero.

S’intende che i fatti, di cui consiste la costituzione vivente, possono essere valutati nei modi più diversi. Uno dei modi di valutarli è precisamente quello di confrontarli con quel che dice la costituzione di carta. E per molti – non per tutti, ma per molti – se la realtà politica non va d’accordo con la costituzione di carta, è male: non peggio per lei (la costituzione di carta), ma male, cioè bisogna cambiare la realtà politica. Naturalmente, si può sostenere anche la tesi opposta: se la realtà politica non va d’accordo con la costituzione di carta, bisogna cambiare la Costituzione.

Come che sia, la ragione per distinguere tra costituzione di carta e costituzione

vivente deriva precisamente da questo: dal fatto che c'è uno scarto – probabilmente inevitabile, peraltro – tra le due cose; dal fatto che quasi mai la costituzione vivente è conforme alla costituzione di carta (cioè, qualcuno direbbe, alla Costituzione senza ulteriori specificazioni).

Indagare lo scarto, il *décalage*, la dissonanza, tra costituzione di carta e costituzione vivente – senza con ciò santificare l'interpretazione letterale – è un esperimento mentale molto istruttivo.

3. Lo scarto tra costituzione di carta e costituzione vivente

Le ragioni dello scarto tra costituzione di carta e costituzione vivente sono molte. Ne menziono alcune, ma per certo l'elenco non è esaustivo.

- (i) L'attuazione tardiva. La Costituzione è affollata di norme “ad efficacia differita”: fatalmente differita. Cioè norme che, al momento in cui la Costituzione è entrata in vigore, non potevano produrre immediatamente effetti giuridici, giacché erano congegnate in modo tale che non potevano essere attuate senza essere prima integrate o concretizzate da norme ulteriori, perlopiù di rango legislativo. E da questo, non solo dalla cattiva volontà politica (il cosiddetto “ostruzionismo della maggioranza”), ma anche da questo fatto tecnico è dipesa l'attuazione tardiva di molte norme costituzionali nella storia repubblicana.

Basta ricordare che, essendo la Costituzione entrata in vigore nel 1948: la Corte costituzionale è entrata in funzione solo nel '56; il Consiglio superiore della magistratura nel '58; le Regioni (le Regioni a statuto ordinario o ad autonomia ordinaria) nel '70; i referendum (sia quello abrogativo, sia quello costituzionale) non sono stati possibili fino al '70. Non si potevano mettere in funzione la Corte costituzionale, il Csm, eccetera, senza leggi ordinarie che concretizzassero o specificassero le norme costituzionali.

Oggidi, naturalmente, questa ragione di scarto tra costituzione di carta e costituzione vivente non riveste più grande importanza.

- (ii) La mancata attuazione. Alcune norme costituzionali sono rimaste inattuate, per varie ragioni di ordine squisitamente politico questa volta.

L'esempio più ovvio, naturalmente, è l'art. 39 (nei commi successivi al primo) in materia di organizzazione sindacale e contrattazione collettiva. Qui la costituzione vivente non ha alcuna relazione con la costituzione di carta.

Qualcuno, in verità, parla di omessa attuazione anche dell'art. 49. Ma è una grossolana sciocchezza: l'art. 49 non richiede alcuna legge di attuazione; semplicemente statuisce un diritto di libertà (poco più che una specificazione della libertà di associazione già statuita dall'art 18, primo comma); e questo è tutto.

- (iii) L'attuazione, diciamo così, infelice o inadeguata. Sto pensando al primo comma della XII disposizione finale (il quale non ha nulla di transitorio), che vieta la riorganizzazione «sotto qualsiasi forma» del partito fascista.

La norma è stata, sì, attuata da due distinte leggi (la l. 645/1952 e la l. 205/1993), ma attuata così male che la sua attuazione ha consentito l'esistenza e la sopravvivenza di un partito fascista (il MSI) e di altre numerose organizzazioni fasciste minori (Ordine nuovo, Avanguardia nazionale, Terza Posizione, Forza nuova, Casa Pound, e forse altre che non ricordo).

- (iv) Ma, naturalmente, lo scarto più evidente tra costituzione vivente e costituzione di carta dipende da fatti politici che disattendono, eludono, o decisamente violano norme costituzionali. Ne menzionerò qualcuno.

- (a) La decretazione d'urgenza. I decreti-legge sono atti del Governo (anche se tecnicamente presidenziali), dunque dell'Esecutivo, non del Legislativo, che hanno tuttavia la "forza", come si dice, di derogare alla legge o di abrogarla. Orbene, l'articolo 77, secondo comma, subordina l'emanazione di decreti siffatti all'occorrenza di circostanze straordinarie di necessità ed urgenza. Per contro, tutto il mondo sa che il decreto-legge è diventato, nella nostra prassi costituzionale, specialmente nelle ultime legislature, uno strumento, si può dire, ordinario di legislazione: del tutto indipendentemente dalla necessità e dall'urgenza.

(Tralascio varie altre anomalie, tra cui la sistematica violazione dell'art. 15, comma terzo, della legge 400/1988, in virtù del quale i decreti «devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo». Violazione più volte sanzionata dal giudice costituzionale, e occasionalmente rilevata anche dal Presidente della Repubblica senza trarne però le dovute conclusioni.)

È ragione di meraviglia il fatto che il Presidente della Repubblica (l'uno e l'altro Presidente) si sia prestato ad emanare atti spesso palesemente incostituzionali – per mancanza evidente dei presupposti – malgrado il suo presunto ruolo di "garante della Costituzione" (su cui tornerò più avanti). Un esempio per tutti: il decreto-legge 162/2022 in materia, tra l'altro, di «occupazioni abusive e organizzazione di raduni illegali» (nel preambolo, la «straordinaria necessità e urgenza di introdurre disposizioni in materia di prevenzione e contrasto del fenomeno dei raduni dai quali possa derivare un pericolo per l'ordine pubblico o la pubblica incolumità o la salute pubblica» è, ritualmente, asserita, ma non argomentata).

Per inciso: vorrei che fosse chiaro che l'atto di emanazione è palesemente il contenuto di un potere, non di un obbligo costituzionale. Come del resto la *signature des ordonnances* del Presidente francese, su cui si è esercitata la dottrina francese ai tempi della prima *cobabitation*.

- (b) Il cosiddetto “monocameralismo (alternato) di fatto”, cui abbiamo assistito soprattutto in tempi recenti. I decreti-legge devono essere convertiti in legge nel termine di sessanta giorni a pena di decadenza. Il tempo stringe, sicché accade che una delle due Camere abbia l’agio di discutere ed emendare il testo della legge di conversione, mentre la seconda Camera può solo approvare *sine glossa* il testo già approvato dalla prima.
- (c) La pratica dei cosiddetti “maxi-emendamenti” di iniziativa governativa. Un unico articolo composto di innumerevoli commi, approvato il quale con un unico voto – eventualmente con un voto di fiducia, che ha il simpatico effetto di troncare la discussione parlamentare – il testo legislativo risulta approvato nella sua interezza.

A onor del vero, la lettera della Costituzione lo consente. Ma qui non si può non fare una concessione all’interpretazione teleologica. Questa prassi è palesemente in frode all’art. 72, primo comma, il quale esige che i testi legislativi siano approvati articolo per articolo, nell’assunto (tacito, ma evidente) che ogni legge consista in una pluralità di articoli, sia pure divisi in commi, relativamente succinti, ciascuno dotato di un unico oggetto di disciplina riconoscibile e, come tale, suscettibile di deliberazione consapevole.

Tanto per esemplificare, la legge di bilancio 197/2022 – promulgata dal Capo dello stato senza fare una piega – consta di un unico articolo composto da 903 commi. Come può una Camera esprimersi con un unico voto sopra un testo normativo cosiffatto? Riecheggiando una decisione della Corte costituzionale (formulata a tutt’altro proposito), non è ammissibile sottoporre al voto di un’assemblea una pluralità di questioni «eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria» (Corte cost. 16/1978)

- (d) Il sistema elettorale. L’art. 48 (secondo comma) stipula l’eguaglianza del voto. Orbene – so di dire una cosa controversa – considero evidente che l’eguaglianza del voto esige una legge elettorale proporzionale (che, peraltro, a mio avviso è un tratto definitorio del concetto di democrazia, non diversamente dalla universalità del suffragio), o al massimo una legge maggioritaria a doppio turno in collegi piccolissimi (tanti quanti sono i seggi da ricoprire).

(Sia detto per inciso, la distinzione tra eguaglianza del voto “in entrata” e, rispettivamente, “in uscita” è un misero espediente da Azzecagarbugli per difendere l’una o l’altra legge maggioritaria.)

Ancora più importante, una legge elettorale proporzionale è evidentemente presupposta da tutte le (numerose) disposizioni costituzionali che richiedono maggioranze qualificate in materie politicamente molto sensibili: prima di tutte la revisione costituzionale, e poi ancora l’elezione di (cinque) giudici costituzionali, l’elezione del Presidente della Repubblica, l’elezione dei membri cosiddetti laici del CSM, i regolamenti parlamentari, e via enumerando.

Quel che è certo – a me pare lapalissiano – è che l’eguaglianza del voto è incompatibile con qualsivoglia “premio di maggioranza”, comunque congegnato. È evidente che i voti acquisiti dalla lista (o coalizione) “premiata” hanno un peso diverso (maggiore) di tutti gli altri voti. E, si potrebbe aggiungere, non si comprende chi mai rappresentino i parlamentari “premiati”, non eletti da chicchessia.

Malgrado ciò, la Corte costituzionale (sentenze 1/2014, 35/2017) ha, a conti fatti, legittimato, sia pure con qualche cautela, il “premio di maggioranza”. «Ben può il legislatore – dice la Corte – innestare un premio di maggioranza in un sistema elettorale ispirato al criterio del riparto proporzionale di seggi, purché tale meccanismo premiale non sia foriero di un’eccessiva sovrarappresentazione della lista di maggioranza relativa» (Corte cost. 1/2014, relatore Giuseppe Tesaurò). Dunque la sovra-rappresentazione e la simmetrica sotto-rappresentazione delle liste sono costituzionalmente lecite.

La Corte ha bilanciato inopinatamente i principi costituzionali espressi della necessaria rappresentatività del Parlamento e dell’eguaglianza del voto con «gli obiettivi, pure di rilievo costituzionale», dice la Corte, ma ignoti alla costituzione di carta, «della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale» (Corte cost. 35/2017, relatore Nicolò Zanon), e ha fatto prevalere questi obiettivi su quei principi. In questo modo, la Corte ha messo in discussione sia l’eguaglianza del voto, sia il carattere rappresentativo delle Camere. E, così facendo, ha messo in pericolo tutte le maggioranze qualificate previste in Costituzione.

Nuove inquietanti minacce in tal senso vengono dai progetti riformatori della attuale maggioranza di destra (ex-fascista? post-fascista? a-fascista? neo-fascista?). Una legge elettorale maggioritaria (forse anche iper-maggioritaria) funzionale al c.d. “premiero” – alla consacrazione anche parlamentare del Presidente del consiglio, eletto in concomitanza con il Parlamento, ma indipendentemente da esso – stravolgerebbe la costituzione di carta.

Il premio di maggioranza, specie se connesso alla elezione diretta del Presidente del consiglio, prefigura la tirannia della minoranza.

(e) La giurisprudenza costituzionale, o più precisamente le tecniche di decisione della Corte costituzionale. Nel corso degli anni, dal 1956 ad oggi, la Corte ha elaborato diverse tecniche di decisione – sentenze interpretative di rigetto, di accoglimento parziale, additive, additive di principio, sostitutive, monitorie (e forse altre che sto dimenticando) – che non trovano alcun riscontro nella costituzione di carta (non nell’art. 136 cost., né nella legge costituzionale 87/1953).

Neppure trova riscontro nella costituzione di carta la modulazione degli effetti temporali delle decisioni di illegittimità costituzionale.

4. La mala interpretazione

Ho lasciato per ultima la questione più delicata: l'interpretazione costituzionale, da cui dipende in ultima analisi la costituzione vivente.

La Costituzione, come ogni altro testo normativo, presenta qualche ambiguità (semantica o sintattica) e, fatalmente, molte indeterminatezze (semantiche). Pertanto, è suscettibile di interpretazioni diverse: (a) sincronicamente diverse, cioè divergenti, contrapposte, in uno stesso momento; e inoltre (b) diverse diacronicamente, cioè mutevoli nel tempo. È naturale, dunque, che la costituzione vivente sia modellata dall'interpretazione.

La soluzione di ambiguità e indeterminatezze (fenomeni, come dicevo, di cui l'interpretazione letterale può solo prendere atto) per via di interpretazione è cosa normale, non ha nulla di patologico. (Anche se, a onor del vero, i giuristi, e a maggior ragione il giudice costituzionale, e a maggior ragione gli organi costituzionali, e a maggior ragione le forze politiche sono capaci di rendere il testo costituzionale ambiguo anche là dove ambiguo non è.)

Ma ciò su cui voglio richiamare l'attenzione è l'attività non propriamente interpretativa, bensì nomopoietica, della dottrina e della giurisprudenza. Mi riferisco a tutta la panoplia di costruzioni dogmatiche – ne abbiamo visto or ora un buon esempio: il sacrificio di alcuni principi costituzionali espressi di fronte all'esigenza politica (politica, non costituzionale) di stabilità ed efficacia del Governo – che non sono riducibili a mera interpretazione testuale, poiché si risolvono nella elaborazione di norme o di eccezioni implicite prive di qualsivoglia base testuale. Siffatte costruzioni dogmatiche creano una distanza, talora incolmabile, tra la costituzione vivente e la costituzione di carta, che risulta così manipolata.

Per esempio, la giurisprudenza di cassazione ha elaborato una serie di limiti ("interni" ed "esterni", si usa dire) al diritto di sciopero, desumendoli dal bilanciamento di questo diritto con altri diritti costituzionali, che potrebbero essere lesi dall'esercizio del diritto di sciopero. Ora, tali limiti (di fonte giurisprudenziale, malgrado la riserva di legge stabilita dall'art. 40) sono frutto non di interpretazione dell'art. 40 – che non menziona alcun limite – ma di "costruzione giuridica", ossia di elaborazione di norme apocrife prive di base testuale in Costituzione. Del resto, ancora di recente la Cassazione (Cass. 6787/2024) ha ritenuto che lo sciopero sia illecito ove «sia idoneo a pregiudicare irreparabilmente non la produzione, ma la produttività dell'azienda»: un ulteriore esempio di norma inespressa, frutto di costruzione giuridica.

Ma, per chiarire meglio il punto, voglio richiamare l'attenzione su un paio di esempi che mi paiono particolarmente istruttivi dal punto di vista metodologico, e che io trovo francamente urticanti.

(i) Il primo esempio, lo trovo nella sentenza costituzionale 16/1978, relatore Livio

Paladin: la prima sentenza in materia di ammissibilità del referendum abrogativo (matrice di molte altre decisioni successive sulla stessa materia).

L'art. 75, secondo comma, cost. dispone: «Non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali». Ma la Corte scarta senz'altro l'interpretazione letterale di questa disposizione, nonché delle «concordi previsioni della legge costituzionale n. 1 del 1953 e della legge ordinaria n. 352 del 1970», secondo le quali Corte giudica dell'ammissibilità dei referendum «ai sensi del secondo comma dell'art. 75 della Costituzione».

Afferma la Corte: «si dimostra troppo restrittiva quella configurazione del giudizio di ammissibilità, per cui sarebbe affidato alla Corte il solo compito di verificare se le richieste di referendum abrogativo riguardino materie che l'art. 75 secondo comma Cost. esclude [espressamente] dalla votazione popolare [...]. Tale interpretazione non ha nessuna altra base, in effetti, al di fuori dell'assunto – postulato più che dimostrato – che la testuale indicazione delle cause d'inammissibilità, contenuta nel capoverso dell'art. 75, sia rigorosamente tassativa; laddove è altrettanto sostenibile [...] che essa presuppone una serie di cause inesprese, previamente ricavabili dall'intero ordinamento costituzionale del referendum abrogativo». «È altrettanto sostenibile», dice la Corte, ma non offre nessun argomento.

Le parole chiave, cui prestare attenzione, sono: “previamente” e “cause inesprese”. “Previamente” esprime perfettamente l'idea che le cause di inammissibilità del referendum non vanno cercate nel testo, ma costruite a priori, prima ancora di interpretarlo. Le “cause inesprese” sono, ovviamente, norme inesprese, non già ricavate dal testo costituzionale, ma per l'appunto costruite su basi dogmatiche indipendentemente da esso.

In un “mondo giuridico” (continentale) normale, prima si interpreta un testo normativo, ricavandone norme; poi di queste si svolgono le implicazioni. Per contro – dice la Corte – il processo interpretativo non deve partire dal dato testuale, ma «deve muoversi invece nella direzione opposta. Occorre cioè stabilire, in via preliminare, se non s'impongano altre ragioni, costituzionalmente rilevanti, in nome delle quali si renda indispensabile precludere il ricorso al corpo elettorale, ad integrazione delle ipotesi che la Costituzione ha previsto in maniera puntuale ed espressa». «In direzione opposta» al dato testuale vuol dire – possibile che Paladin non se ne rendesse conto? – contro il testo costituzionale.

L'argomento, che adduce la Corte, è davvero singolare. Dice la Corte: «Diversamente, infatti, si determinerebbe la contraddizione consistente nel ritenere – da un lato – che siano presenti, nel nostro ordinamento costituzionale, ipotesi implicite d'inammissibilità, inerenti alle caratteristiche essenziali e necessarie dell'istituto del referendum abrogativo; e che questa Corte non possa – d'altro lato – ricavarne conseguenze di sorta, solo perché il testo dell'art. 75 secondo comma Cost. non le considera specificamente». Si tratta di «verificare in particolar modo, sulla base dell'art.

75 primo comma, se le richieste medesime siano realmente destinate a concretare un “referendum popolare”».

La singolarità dell’argomento è duplice. Da un lato, la Corte assume, senza argomentare, che nell’ordinamento vi siano «ipotesi implicite d’inammissibilità», che però non costituiscono implicazioni della previa interpretazione del testo, come sarebbe naturale, ma al contrario la precedono; con ciò è senz’altro esclusa *in limine* la necessità di fare riferimento al testo, giacché, se sono norme implicite, per definizione non hanno corrispondenza testuale. Dall’altro, la Corte pretende di ricavare queste norme implicite dalle «caratteristiche essenziali e necessarie dell’istituto del referendum abrogativo», ovvero dal concetto stesso di “referendum popolare”, come se un istituto qualsivoglia avesse caratteri “essenziali” (cioè definitivi) indipendenti dalle disposizioni normative che lo regolano, e anzi precostituiti ad esse. Una miscela di diritto naturale (il referendum qual è “in natura”) e giurisprudenza dei concetti (un concetto precostituito di “referendum popolare”, che genera norme non scritte).

Con questa decisione la Corte ha esteso a dismisura il suo potere di controllo preventivo sulla ammissibilità del referendum, molto al di là della costituzione di carta. Soprattutto, la “giurisprudenza Paladin” ha prodotto l’effetto, politicamente conservatore, di depotenziare gravemente un fondamentale istituto contro-maggioritario. Valgano per tutti gli esempi, di ovvio rilievo politico, delle richieste di referendum abrogativo sull’eutanasia e sull’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, entrambe dichiarate inammissibili.

(ii) Il secondo esempio, lo trovo nella dottrina prevalente in tema di poteri del Presidente della Repubblica.

Si usa dire che il Presidente “partecipi” a tutti e tre i poteri fondamentali dello stato: il legislativo, l’esecutivo, e il giudiziario.

Ma, in contesti di questo tipo, il vocabolo “potere” è ambiguo (molti non se accorgono): talora si riferisce ad una funzione, talaltra all’organo (o complesso di organi) che la esercita. Conviene qui circoscrivere il discorso alle funzioni.

Ebbene, è evidente che il Presidente non “partecipa” in alcun modo alla funzione giurisdizionale (ovviamente né la presidenza del CSM né la nomina di cinque giudici costituzionali costituiscono esercizio della funzione giurisdizionale; al massimo, si può dire che il Presidente interferisca con la giurisdizione mediante l’atto di grazia, ma anche questa sarebbe, concettualmente, una forzatura).

La partecipazione alla funzione legislativa si sostanzia nella promulgazione e nell’eventuale rinvio delle leggi. (Lo scioglimento delle Camere, sia detto per inciso, ovviamente non è esercizio della funzione legislativa: ha a che fare con l’organo, non con la funzione.)

La partecipazione alla funzione esecutiva è molto più incisiva: lasciando da parte la nomina del Presidente del consiglio (e dei ministri), che riguarda l’organo, non la

funzione, il Presidente gode di poteri molto incisivi: la autorizzazione alla presentazione alle Camere di disegni di legge governativi, la emanazione di decreti-legge e di regolamenti governativi (come pure di innumerevoli altri atti del Governo). Tutti gli atti governativi – così detti poiché deliberati dal Consiglio dei ministri – sono politicamente “governativi”, ma tecnicamente sono atti (decreti) presidenziali.

Malgrado ciò, la dottrina prevalente configura il Presidente come un “garante” o un “guardiano” (qualcuno dice “custode”) della costituzione, o del “processo politico”, o «dell’equilibrio costituzionale» (così Corte cost. 1/2013). Insomma, un potere politicamente “neutro”, imparziale, estraneo alla determinazione dell’indirizzo politico.

Come possa questo conciliarsi con la asserita “partecipazione” del Capo dello stato a poteri niente affatto “neutri” come il legislativo e l’esecutivo non è chiaro. Ma questa inavvertita contraddizione non è il problema principale.

La dottrina del “potere neutro” assume che il Presidente non possa interferire con le funzioni legislativa ed esecutiva se non – forse – di fronte ad atti (leggi, decreti-legge, regolamenti, disegni di legge) incostituzionali, anzi – come ha avuto occasione di dire il Presidente Sergio Mattarella – «evidentemente» incostituzionali. Questo modo di vedere distorce gravemente la costituzione di carta.

È ben vero che il Presidente non può far nulla (salvo parlare o “esternare”, come si dice in spregio alla lingua italiana) senza una controfirma governativa. Ma è vero anche l’opposto: il Governo non può far nulla – nulla di politicamente significativo – senza la firma del Presidente. Come potrebbe il Governo dar corso al suo indirizzo politico se il Presidente non autorizzasse la presentazione alle Camere dei disegni di legge governativi? se il Presidente non emanasse i decreti-legge, così come i regolamenti governativi (e quant’altro)?

Insomma, secondo Costituzione, il Presidente può condizionare – agevolare o invece ostacolare – in modo determinante l’attuazione dell’indirizzo politico del Governo.

Per contro, la dottrina del “potere neutro” riduce la funzione presidenziale ad una funzione – come si usa dire – “notarile”, che non trova riscontro nella costituzione di carta. Come se il Presidente non potesse che prendere atto delle decisioni del Governo. Con il che il Presidente garantirebbe non già la Costituzione, ma l’indirizzo politico governativo.

Anche sulla promulgazione vale la pena di aggiungere qualche parola. Di recente (05.03.2024) il Presidente Mattarella ha dichiarato:

C’è chi si rivolge al Presidente, chiedendo con veemenza: “il Presidente della Repubblica non firmi questa legge perché non può condividerla, perché gravemente sbagliata”, oppure: “il Presidente Repubblica ha firmato quella legge e quindi l’ha condivisa, l’ha approvata, l’ha fatta propria”.

Il Presidente della Repubblica non firma le leggi, ne firma la promulgazione, che è cosa ben diversa. È quell’atto indispensabile per la pubblicazione ed entrata in

vigore delle leggi, con cui il Presidente della Repubblica attesta che le Camere hanno entrambe approvato una nuova legge, nel medesimo testo, e che questo testo non presenta profili di evidente incostituzionalità.

Se andasse al di là di questo limite che gli assegna la Costituzione e dicesse, per esempio: “non promulgo questa legge perché c’è forse qualche dubbio di costituzionalità che potrebbe racchiudere e raffigurarsi”, si arrogerebbe indebitamente il compito che è rimesso alla Corte costituzionale.

O se, addirittura, dicesse: “non firmo questa legge perché non la condivido, perché, a mio avviso è sbagliata”, farebbe ben altro, andrebbe al di là di qualunque limite posto dalla Costituzione nel rapporto tra i poteri dello Stato e tra gli organi costituzionali.

Quando il Presidente della Repubblica promulga una legge, non fa propria la legge, non la condivide, fa semplicemente il suo dovere, che è quello che ho descritto.

Qualche volta ho come l'impressione che qualcuno pensi ancora allo Statuto Albertino in cui, come è noto, la funzione legislativa veniva affidata congiuntamente alle due Camere e al re. Quando le Camere approvavano la legge, il re prima di promulgarla doveva apporre la sua sanzione, cioè la sua condivisione nel merito, perché aveva anche attribuito il potere legislativo.

Fortunatamente non è più così. Il Presidente della Repubblica non è un sovrano, fortunatamente, e quindi non ha questo potere. Ha soltanto quello che ho descritto. Anzi nei suoi compiti c’è, tra quelli fondamentali, quello di fare in modo che ciascuno rispetti la Costituzione. A partire da sé stesso, naturalmente, e che ciascuno la rispetti nel colloquio e nel confronto tra gli organi costituzionali. Sarebbe grave se uno di questi, e tra questi anche il Presidente della Repubblica, pretendesse di attribuirsi compiti che la Costituzione assegna ad altri poteri dello Stato.

Così dicendo, il Presidente Mattarella fa espressamente propria la dottrina del potere (politicamente) neutro con riguardo al tema specifico della promulgazione. E, coerentemente, in più di una occasione il Presidente Mattarella ha promulgato leggi su cui pure egli stesso nutriva dubbi di legittimità costituzionale (e forse di opportunità politica), accompagnando la promulgazione con un inutile messaggio – o con una informale “lettera” – ai presidenti delle Camere e del Consiglio, ma senza avvalersi del potere di rinvio. Paradigmatico il caso della legge di conversione del decreto-legge 198/2022 (“Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi”), che il Presidente ha promulgato sebbene – così ha scritto egli stesso – «varie nuove disposizioni introdotte in sede parlamentare non corrispondano ai principi e alle norme costituzionali in materia». Perché promulgare un atto (parzialmente) incostituzionale, con la consapevolezza che è incostituzionale?

È ovvio, credo, che la promulgazione delle leggi (così come la emanazione di decreti, cui accennavo sopra) è il contenuto di un potere, non di un dovere. A quali limiti è soggetto tale potere? La Costituzione tace in proposito. E a quali limiti è soggetto il potere di rinvio? Anche su questo la Costituzione è silente. Sicché qualunque limite il Presidente si autoimponga è frutto di dogmatica – di ideologia, se si vuole – non di interpretazione testuale.

D'altro canto, ammesso che il potere di rinvio debba attivarsi (solo) di fronte a un problema di legittimità costituzionale della legge promulganda, perché mai sarebbe necessaria niente meno che una «evidente incostituzionalità», come sostiene il Presidente Mattarella? Perché mai il semplice dubbio – un dubbio circa la legittimità costituzionale di una legge è cosa molto diversa da una dichiarazione di incostituzionalità (che ovviamente è competenza esclusiva della Corte costituzionale) – non dovrebbe essere ragione sufficiente di un rinvio alle Camere? Se le Camere riapprovassero il medesimo testo, solo allora il Presidente avrebbe l'obbligo costituzionale di promulgarlo.

Ma la verità è che il modo di vedere del Presidente Mattarella semplicemente dimentica il potere di sospendere la promulgazione e rinviare il testo alle Camere, con messaggio motivato, esigendo una nuova deliberazione. Il potere di rinvio – retamente inteso – palesemente contraddice la tesi della funzione meramente notarile dei poteri presidenziali per ciò che attiene alla promulgazione. La tesi del Presidente Mattarella fa scolorire la funzione (tendenzialmente contro-maggioritaria) di garanzia della Costituzione nella funzione di garanzia della maggioranza politica esistente.

Ho accennato sopra, senza commentarli o discuterne, ai poteri presidenziali che incidono non sulle funzioni esecutiva e legislativa, ma sugli organi che le esercitano: nomina del Governo ed eventuale scioglimento anticipato delle Camere.

Questi poteri hanno, essi sì, una evidente funzione di garanzia (non tanto della Costituzione, direi, quanto) del normale funzionamento del sistema costituzionale.

Il progetto di revisione costituzionale, in corso di discussione alle Camere, che prevede l'elezione diretta del Presidente del consiglio, si prefigge di azzerarli, con un cambiamento radicale della forma di governo.

Per un verso, la nomina del Presidente del consiglio si riduce ad una sorta di atto dovuto. Tra l'altro, non si vede che funzione possa mai svolgere, qualora lo si conservi, il voto di fiducia: del tutto inutile dal momento che il Presidente del consiglio ha già ricevuto la "fiducia" del corpo elettorale. La riforma inciderebbe non solo sui poteri presidenziali – su cui molto hanno insistito la stampa quotidiana e diversi colleghi – ma prima ancora sulle funzioni del Parlamento. L'elezione diretta del Presidente del consiglio spoglia il Parlamento della sua funzione principale in una forma di governo, per l'appunto, "parlamentare": ossia concedere o negare o revocare la fiducia al Governo.

Per un altro verso, la decisione ultima dell'eventuale scioglimento anticipato non pertiene più al Capo dello stato, ma passa nelle mani del Presidente del consiglio. Sicché non solo – vista l'inutilità o l'assenza di un voto di fiducia – l'esecutivo risulta indipendente dal legislativo, ma anzi – disponendo l'esecutivo del potere di scioglimento di fronte ad un eventuale voto di sfiducia – il legislativo risulta dipendente dall'esecutivo.

Nella forma di governo parlamentare, il Parlamento è, per così dire, "sovraordinato" politicamente al Governo. Nel progettato "premierato" è l'opposto.

Resta da vedere se e come questo progetto possa incidere anche sulle rimanenti funzioni presidenziali, ma di certo l'equilibrio dei poteri previsto nella costituzione di carta è destinato a mutare completamente.

Premierato, legge maggioritaria: Costituzione morente.

**INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y
TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO
(LEGAL INTERPRETATION AND
ANALYTICAL THEORY OF LAW)**

Cuestiones de “corrección”

Pierluigi Chiassoni*

«i processi interpretativi non sono scelte negli spazi vuoti tra fermi e rigidi muri, ma sono piuttosto movimenti di nuoto in fluidi di varia consistenza (dipendente dal linguaggio e dal contesto sociale), percorsi da varie e spesso contrarie correnti, in cui nessuno è mai totalmente determinato, né totalmente indeterminato»

Uberto Scarpelli¹

Resumen

Desde la segunda mitad del siglo pasado, tanto en el mundo anglosajón, como en el latino-continental, la teoría de la interpretación jurídica se encuentra atrapada por un problema al parecer irresoluble: el problema de la “naturaleza” de la interpretación jurídica. El problema ha originado una disputa persistente y, según puede preverse, inagotable. La persistencia de la disputa depende, entre otros factores, de la inadecuación del aparato terminológico-conceptual mediante el cual se suele caracterizar las diferentes concepciones en juego; en particular – sostengo en este escrito – de la falta de un más refinado análisis de la noción de corrección interpretativa. El § 2 ofrece una muestra de los factores que explican la persistencia de la disputa. El § 3 contiene una presentación de las tres concepciones de la interpretación – el “Noble Sueño”, la “Pesadilla”, y la “Vigilia” – que se suele considerar proporcionar soluciones alternativas al problema, utilizando la reconstrucción que Jorge Rodríguez, siguiendo a Hart, ofrece en *Teoría analítica del derecho*. El § 4 introduce la distinción entre una noción genérica y seis nociones específicas de corrección interpretativa (corrección ontológica, metodológica, ideológica, jurisprudencial, doctrinal y cultural). Los apartados siguientes (§§ 5, 6 y 7) vuelven a analizar las tres concepciones, valorándolas desde las diferentes nociones de corrección interpreta-

* Istituto Tarelli per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, pierluigi.chiassoni@unige.it. El texto corresponde al borrador del capítulo 3 de un escrito *Introducción a la argumentación constitucional* que será publicado por la Editorial Palestra (Lima). Deseo agradecer muchísimo a las y los participantes al Seminario doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata (16 de octubre de 2024) y a la Conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (18 de octubre 2024) por sus valiosas preguntas y comentarios. Estoy muy agradecido a Sebastián Figueroa Rubio para su revisión lingüística y sus comentarios valiosos a una primera versión de este trabajo.

¹ Scarpelli 1983: 75.

tiva, y sugiriendo que, mirándolo bien, solo la “Pesadilla” proporciona una solución al problema teórico de la naturaleza de la interpretación.

Palabras clave: Concepciones de la interpretación. Corrección interpretativa. Corrección ontológica. Corrección metodológica. Corrección ideológica. Corrección jurisprudencial. Corrección doctrinal. Corrección cultural.

Abstract

Since the second half of the XX century, jurisprudence, in the civil-law and common-law worlds alike, is ensnared by an apparently irresolvable problem: the problem concerning the “nature” of legal interpretation. The problem has originated a persistent, and probably endless, dispute. The persistence of the dispute is amenable to several factors. Among these factors, I claim, features the inadequacy of the terminological and conceptual apparatus that is usually put to work, while presenting the rival conceptions at stake, in dealing with the issue of “interpretive correctness” (“correct interpretations”, “wrong interpretations”, “interpretive right answers”, “interpretive wrong answers”, etc.). Section 2 provides a survey of the main factors explaining the persistence of the dispute. Section 3 accounts for the three antagonistic conceptions of legal interpretation as presented by Jorge Rodríguez, following Hart, in his monumental *Teoría analítica del derecho* (namely, the “noble dream”, the “nightmare”, and the “vigil”). Section 4 introduces one generic and six specific notions of interpretive correctness (to wit: ontological, methodological, ideological, judicial, doctrinal, and cultural correctness). Sections 5 to 7 analyse, compare, and evaluate the three rival conceptions from the standpoint of the several specific notions of interpretive correctness, suggesting the “nightmare” to be the only one providing an answer to the theoretical problem into question.

Keywords: Theories of Interpretation. Interpretive Correctness. Ontological Correctness. Methodological Correctness, Ideological Correctness. Judicial Correctness. Doctrinal Correctness. Cultural Correctness.

1. Una disputa persistente

Desde la segunda mitad del siglo pasado, tanto en el mundo anglosajón, como en el latino-continental, la teoría de la interpretación jurídica se ve atrapada por un conjunto de problemas capitales y al parecer irresolubles: ¿Cuál es la “naturaleza” de la interpretación jurídica? ¿Qué tipos de operaciones realizan, los jueces y los juristas, cuando “interpretan” una formulación normativa (pongamos, un artículo de la cons-

titución)? ¿Hasta qué punto la interpretación judicial es, si alguna vez lo es, una cuestión de conocimiento? ¿Hasta qué punto la interpretación judicial es, si alguna vez lo es, una cuestión de decisión? ¿Cuáles son, en suma, los rasgos teóricamente (más) salientes de la interpretación judicial y de la interpretación en el derecho en general?²

Los iusfilósofos siguen debatiendo, hallándose metidos en una disputa persistente y, según puede preverse, inagotable.

Una muestra elocuente de tal situación se encuentra en el tratado de Jorge Rodríguez, *Teoría analítica del derecho*³. Asumiendo necesario (*de rigueur*) abordar el problema, y adoptando el enfoque estándar cuyo origen se remonta a algunos escritos de Herbert Hart⁴, Rodríguez aboga por una concepción de la interpretación jurídica encentrada en la “tesis de la indeterminación parcial” del derecho (“Vigilia”), rechazando las concepciones que, en cambio, se comprometerían, bien con la “tesis de la única respuesta correcta” (“Noble Sueño”), bien con la “tesis de la indeterminación radical” (“Pesadilla”)⁵.

En este capítulo, mi propósito no es el de defender la una o la otra postura, metiéndome sin más en la refriega. Realizando un poco de ascenso filosófico, me parece más útil investigar sobre el *porqué* de la persistencia de la disputa: sobre los factores causales que la alimentan y la explican⁶.

La investigación me llevará a sostener tres tesis:

- (1) uno de los factores más influyentes es constituido por la inadecuación del aparato terminológico-conceptual que se suele utilizar para caracterizar las diferentes concepciones en juego;
- (2) el defecto consiste, en particular, en la falta de análisis de la noción de corrección interpretativa – una noción crucial pero, paradójicamente, pasada por alto;
- (3) llevando a cabo un poco de clarificación conceptual, devendrá posible evaluar con mayor precisión cada una de las tres concepciones destacadas por Rodríguez, sugiriendo razones para su aceptación o rechazo.

Procederé así. Por empezar, dibujaré una reseña de los factores que explican la persistencia de la disputa (*infra*, § 2). Luego, presentaré las tres concepciones de la interpretación – el “Noble Sueño”, la “Pesadilla” y la “Vigilia” – así como reconstruidas por Rodríguez (*infra*, § 3). A continuación, introduciré la distinción entre una noción genérica y seis nociones específicas de corrección interpretativa: a saber, la corrección *ontológica*, *metodológica*, *ideológica*, *jurisprudencial*, *doctrinal* y

² Entendiendo por “rasgos teóricamente (más) salientes” los que tienen que comparecer en una teoría empíricamente verdadera y explicativamente instructiva (iluminadora) de aquel complejo fenómeno social.

³ Rodríguez 2021.

⁴ Hart 1961: cap. VII; Hart 1977. Se meten por el mismo camino, Carrió 1986; Bulygin 1991; Bulygin 2007; Moreso 2014.

⁵ Rodríguez 2021: 26-28, 554-599.

⁶ He formulado un primer intento de ascenso filosófico en Chiassoni 2007: XLVIII-LXXI.

cultural (*infra*, § 4). En los apartados sucesivos (*infra*, §§ 5, 6 y 7), volveré a examinar las tres concepciones desde las diferentes nociones de corrección interpretativa. Como veremos, considerándolo todo, solo la llamada “Pesadilla” – solo una teoría realista de la interpretación judicial – parece proporcionar una solución aceptable al problema teórico de la naturaleza de la interpretación.

2. Cinco factores causales

¿De qué depende la persistencia de la disputa iusfilosófica acerca de la naturaleza de la interpretación? Una reflexión poco menos que superficial sugiere destacar cinco factores, que operan de una manera sinérgica. Éstos son: el *fluir* constante de la condición humana, la infiltración ideológica, el simplismo teórico, el reduccionismo teórico, y, no último, la inadecuación del aparato terminológico-conceptual.

2.1. El *fluir* constante de la condición humana

El primer factor, el *fluir constante de la condición humana*, consiste en el cambio incesante, ahora gradual, ahora dramático, en las exigencias materiales, estructuras conceptuales, creencias, percepciones de los valores, e ideologías, que caracteriza las sociedades humanas no primitivas. Este factor opera a un doble nivel respecto de lo que nos interesa. Por un lado, afecta al fenómeno interpretación jurídica mismo – por ejemplo, favoreciendo nuevas maneras de interpretar los textos normativos. Por el otro, induce a desarrollar miradas “teóricas” siempre nuevas, o presuntamente tales, en aras de abordar viejos problemas.

2.2. La infiltración ideológica

El segundo factor, la *infiltración ideológica*, consiste en la presencia de preocupaciones ideológicas (normativas, axiológicas, prácticas) al interior de discursos sobre la interpretación jurídica que se presentan como teóricos (informativos, descriptivos).

El factor tiene el efecto de volver algunas “teorías” en discursos invencibles por argumentos factuales, otorgándoles una solidez que solo la fe inquebrantable en una visión (que se asume ser la sola) prácticamente correcta proporciona, y favoreciendo así la perpetuación de las disputas.

Por ejemplo, algunos partidarios de (la que Rodríguez llama) “tesis de la indeterminación parcial” (entre los cuales se encuentra el mismo Rodríguez) sostienen que las formulaciones normativas tienen en muchos casos un significado objetivo,

determinado y jurídicamente correcto, *antes de toda interpretación* (como veremos), pues, *si así no fuera*, no existirían *normas*, y la labor de los legisladores se reduciría a la poco edificante tarea de meros *productores de fórmulas verbales*⁷.

Ahora bien, una tal manera de pensar refleja – según me parece, de una manera evidente – la preocupación ideológica por preservar “la dignidad” de la legislación. Conforme a una concepción de la legislación y de su dignidad que, a los que piensan así, les parece evidente e incontrovertible.

2.3. El simplismo teórico

El tercer factor, el *simplismo teórico*, consiste, al realizar investigaciones sobre el fenómeno interpretación, en no considerar que es menester abordarlo adoptando enfoques distintos, correspondientes a rasgos o dimensiones diferentes de una experiencia tan compleja.

Una actitud teórica no-simplista tendría, por ejemplo, que desarrollar – por separado, pero sinérgicamente – investigaciones de carácter psicológico, metodológico, institucional y cultural.

Las *investigaciones psicológicas* exploran la interpretación en tanto que actividad mental, concentrándose en las operaciones, procesos, actitudes y estados “en la cabeza” de los intérpretes.

Las *investigaciones metodológicas* exploran la interpretación en tanto que actividad discursiva (formulación escrita o verbal de conjuntos de enunciados) caracterizada por un conspicuo componente argumentativo-justificatorio y llevada a cabo conforme a ciertos conjuntos de reglas (métodos, técnicas) interpretativas.

Las *investigaciones institucionales* exploran la interpretación en tanto que actividad discursiva que se realiza típicamente en el marco de procedimientos jurídicos disciplinados minuciosamente y caracterizados por la presencia de intérpretes dotados de poderes y deberes normativos.

Las *investigaciones culturales*, por último, exploran la interpretación en tanto que actuar social discursivo condicionado por las creencias e ideologías presentes en la cultura jurídica.

Algunos partidarios de (la que Rodríguez llama) “tesis de la indeterminación parcial” (entre los cuales se encuentra el mismo Rodríguez) sostienen que, en aras de dar cuenta de una manera empíricamente correcta del fenómeno interpretación jurídica, es menester distinguir entre la “comprensión” y la “interpretación (propia-mente dicha)” de las formulaciones normativas. La primera es una actividad irreflexiva, que consiste simplemente en captar el significado jurídico de una formulación normativa. La segunda es una actividad reflexiva, que consiste en establecer

⁷ Bulygin 2007: 94 ss., 147 ss.; Rodríguez 2021: 26-28, 560-599.

el significado de formulaciones normativas cuyo significado se haya revelado indeterminado (vago, *open textured*). La primera ocurre en los casos claros. La segunda en los casos dudosos⁸.

La distinción entre “comprensión” e “interpretación” es – según me parece – una clara muestra de simplismo teórico. Se presenta como el producto de una investigación de carácter aparentemente psicológico (como sugiere la partición de las actividades consideradas en “irreflexivas” y “reflexivas”), en la cual la dimensión discursiva, argumentativa, institucional y cultural del fenómeno interpretación son totalmente pasadas por alto. Como resultado, la distinción está lejos de ser teóricamente satisfactoria.

Si hubieran tomado en consideración no solo la dimensión psicológica, sino también la dimensión discursiva, argumentativa, e institucional, los partidarios de la distinción entre “comprensión” e “interpretación” se habrían dado cuenta de tres errores.

Primero, una vez que se combine el enfoque psicológico con el enfoque institucional, parece acertado sostener que *siempre* toda formulación normativa forma el objeto de una actividad de comprensión, irreflexiva, a la cual *siempre* sigue una actividad de interpretación, en tanto que *determinación reflexiva del significado de la formulación normativa*. Esta última puede consistir, según los casos, bien en *confirmar* el significado captado mediante comprensión, bien en *modificarlo*. Desde este punto de vista, la interpretación jurídica se presenta como un juego de *reinterpretación limitada*⁹.

Segundo, una vez que se combine el enfoque psicológico con los enfoques metodológico e institucional, hablar de casos claros de mera comprensión (irreflexiva) del significado de una formulación normativa es un disparate teórico. *Siempre* – tanto en los casos de “comprensión”, como en los de “interpretación” – estamos frente a atribuciones de significados jurídicos que se requiere (y espera) que estén jurídicamente *justificadas*: esto es, apoyadas o susceptibles de ser apoyadas por argumentos que sostengan su corrección.

Tercero, como la justificación (en tanto que actividad discursiva) presupone reflexión (en tanto que actividad psicológica), *siempre* toda atribución de significado a formulaciones normativas, toda traducción de formulaciones normativas (disposiciones) en normas expresas, al interior de sentencias, escritos doctrinales o actos de abogados, tiene, en este sentido, carácter reflexivo. Por ende, cabe dudar de que hay “reflexión” solo en presencia de la “interpretación” así como la entienden los partidarios de la tesis de la indeterminación parcial: esto es, cuando hay dudas hermenéuticas.

⁸ Bulygin 2007: 94 ss., 147 ss.; Rodríguez 2021: 593-599.

⁹ Chiassoni 1990: 145-157; Chiassoni 2019a: cap. II.

2.4. El reduccionismo teórico

El cuarto factor, el *reduccionismo teórico* (o “Complejo de Procustes”), consiste en la tendencia a explicar el fenómeno interpretación en el derecho aplicando modelos representativos tomados prestado de otras ramas del saber (filosofía del lenguaje, epistemología, metafísica, crítica literaria, lingüística, etc.) y sin poner atención en los rasgos propios, específicos, del mismo. El reduccionismo favorece la elaboración de representaciones empobrecidas y distorsionadas de tan relevante rincón de la experiencia jurídica.

Por ejemplo, algunos partidarios de (la que Rodríguez llama) “tesis de la indeterminación parcial” (entre los cuales se encuentra el mismo Rodríguez), apoyándose en el hecho, en absoluto incontrovertible, de que las formulaciones normativas son típicamente enunciados en un lenguaje natural, sostienen que la interpretación jurídica no representa algo específico con respecto a la interpretación (“común”, “diaria” o “conversacional”) de cualquier enunciado en castellano, francés, italiano, etc.¹⁰.

La tesis es teóricamente sospechosa. Dos consideraciones tendrían que bastar para ponerla en tela de juicio, resaltando su reduccionismo inaceptable.

Primero, y por un lado, ella proporciona una representación empobrecida y distorsionada de la interpretación “común” “diaria” o “conversacional” misma. Pasa totalmente por alto su dimensión pragmática. Descuida, en particular, el hecho de que *cualquier* uso comunicativo de un lenguaje, sea ello al interior de un contexto común o jurídico, *siempre* involucra una actitud, en el “receptor”, de más o menos extensa cooperación, o no-cooperación, con el “emisor”.

Segundo, y por el otro lado, ella proporciona una representación empobrecida y distorsionada de la interpretación jurídica. Pasa por alto, en particular:

- (a) que la interpretación jurídica, debido a su carácter práctico y al ser típicamente lugar y herramienta de luchas políticas al interior de una sociedad, es una actividad donde la no-cooperación de los “receptores” representa un rasgo no ya patológico, y en todo caso marginal y censurable, como se suele pensar en relación con la interpretación conversacional¹¹, sino fisiológico;
- (b) que la interpretación conversacional es típicamente un *juego sin reinterpretación* (debido a la inmediatez y rapidez de los cambios comunicativos involucrados), mientras que la interpretación jurídica es, como dije antes, un *juego de reinterpretación limitada*, caracterizado por el uso de códigos interpretativos y por una carga de justificación¹²;
- (c) que la interpretación jurídica tiene lugar al interior de un contexto caracterizado

¹⁰ Bulygin 2007: 94 ss., 147 ss.; Rodríguez 2021: 593-599.

¹¹ Bulygin 2007: 94 ss., 147 ss.; Rodríguez 2021: 593-599.

¹² Chiassoni 1990; Chiassoni 2019a: cap. 2; Chiassoni 2011: cap. 2.

por la presencia de intérpretes expertos (los juristas, los jueces, los abogados), de elaboraciones doctrinales (milenarios) y de precedentes judiciales (a veces centenarios).

2.5. La inadecuación terminológico-conceptual

El quinto factor, por último, es la *inadecuación del aparato terminológico-conceptual*. Consiste, al formular las diferentes concepciones de la interpretación jurídica que se suelen presentar como antagónicas, en utilizar un conjunto de términos y conceptos defectuoso en lo que respecta a la articulación y precisión. El factor contribuye en una manera especial a la persistencia de la disputa y a su aparente carácter de inagotable. Un aparato conceptual defectuoso favorece presentaciones borrosas de las concepciones en juego. De forma que no se sabe exactamente qué sostienen. Y, por consecuencia, toda comparación entre ellas, y toda adjudicación a favor de la una u la otra, resultan desacertadas.

A continuación, voy a sostener tres tesis, ya anticipadas (*supra*, § 1).

Primero, al presentar las tres concepciones antagónicas de la interpretación jurídica antes mencionadas, Rodríguez utiliza el aparato terminológico-conceptual corriente, que es, empero, inadecuado.

Segundo, la inadecuación atañe, en particular, a la noción de corrección interpretativa.

Tercero, la adopción de un aparato más refinado en lo que concierne a la corrección interpretativa – un aparato articulado en más términos, cada uno más precisamente definido, conforme al principio analítico de refinamiento¹³ – permite presentar las diferentes concepciones de la interpretación de una manera más precisa, favoreciendo comparaciones y valoraciones más acertadas, y, quizás, la disolución, por lo menos parcial, de la disputa.

3. Tres concepciones de la interpretación

Adoptando el mapa trazado por Herbert Hart, Rodríguez destaca tres concepciones de la interpretación jurídica: la concepción encentrada en «la tesis de la única respuesta correcta» (“Noble Sueño”); la concepción encentrada en «la tesis de la indeterminación radical» (“Pesadilla”); y, en fin, la concepción encentrada en «la tesis de la indeterminación parcial» (“Vigilia”)¹⁴.

¹³ Chiassoni 2021: 12.

¹⁴ Rodríguez 2021: 559-560; Hart 1961: cap. VII; Hart 1977; Carrió 1965; Moreso 2014: 218 ss.

Noble Sueño. Los partidarios del *Noble Sueño* (NS) – según una reconstrucción espero cuidadosa de la presentación de Rodríguez – sostienen tres tesis.

- (NS1) Toda formulación normativa tiene una y una sola interpretación (determinada y) correcta.
- (NS2) La interpretación es una actividad puramente cognoscitiva, que consiste en descubrir la única interpretación (determinada y) correcta de cada formulación normativa.
- (NS3) Los enunciados interpretativos – esto es, los enunciados dotados de la forma lógica: “La formulación normativa FN significa N” – *siempre* son *verdaderos* o *falsos*. Ellos son verdaderos, si N corresponde a la sola interpretación correcta de FN; son falsos cuando no corresponde¹⁵.

Pesadilla. Los partidarios de la *Pesadilla* (P) – siempre según una reconstrucción espero cuidadosa de la presentación de Rodríguez – sostienen cuatro tesis.

- (P1) Toda formulación normativa admite una multiplicidad de interpretaciones, ninguna de las cuales puede ser calificada como correcta.
- (P2) Toda formulación normativa carece de significado con carácter previo a la atribución de sentido por el intérprete.
- (P3) La interpretación es una actividad puramente decisoria y discrecional.
- (P4) Los enunciados interpretativos no poseen en ningún caso valores de verdad, siendo enunciados no ya descriptivos, sino adscriptivos¹⁶.

Vigilia. Los partidarios de la *Vigilia* (V), en fin, – todavía según una reconstrucción espero cuidadosa de la presentación de Rodríguez – sostienen, por último, cuatro tesis.

- (V1) Hace falta destacar dos tipos de casos: los casos “claros” y los casos “problemáticos”.
- (V2) En los casos claros, el derecho ofrece una respuesta determinada y, en tanto que determinada, correcta. En los casos problemáticos, en cambio, siempre existen varias alternativas igualmente plausibles, ninguna de ellas predeterminada por el derecho, y por lo tanto ninguna de ellas evaluable como correcta o incorrecta.
- (V3) La interpretación es una actividad de carácter cognoscitivo en los casos claros, mientras que es una actividad de carácter decisorio y discrecional en los casos problemáticos.
- (V4) Los enunciados interpretativos son verdaderos o falsos con relación a los casos claros; carecen de valor de verdad con relación a los casos problemáticos¹⁷.

¹⁵ Rodríguez 2021: 559, 560-575.

¹⁶ Rodríguez 2021: 559-560, 575-593.

¹⁷ Rodríguez 2021: 560, 593-599.

La presentación que Rodríguez nos ofrece de las tres concepciones es una representación estándar en la teoría contemporánea, aunque se caracterice por un claro intento de mayor precisión. Es, además, una presentación del todo familiar a todo teórico de la interpretación que opere en el aquí y ahora. Es, en fin, una presentación que es, en un sentido, no controvertida: todos estamos acostumbrados a considerar apropiado abordar el problema de la “naturaleza de la interpretación” – y en particular, cabe precisar, de la naturaleza de la interpretación judicial – poniéndonos las gafas de “las tres concepciones” o gafas similares¹⁸.

No obstante, un poco de reflexión pone de manifiesto que la presentación de Rodríguez (una presentación que considerando todo es estándar, familiar y no controvertida) está lejos de ser conceptual y teóricamente satisfactoria. Hay varios puntos de insatisfacción¹⁹. A continuación, voy a concentrarme sobre lo que atañe a la noción de corrección interpretativa.

4. Algunas nociones de corrección interpretativa

Como hemos visto, la palabra “correcta” y su antónimo “incorrecta” juegan un papel central en la presentación de las tres concepciones antagónicas acerca de la naturaleza de la interpretación jurídica (*supra*, § 3).

Para los nobles soñadores, con relación a una cualquier experiencia jurídica, *toda formulación normativa* tiene una, y una sola, interpretación *correcta*.

Para los pesadillanos, en cambio, con relación a una cualquier experiencia jurídica, *ninguna interpretación* de cualquier formulación normativa puede ser calificada de *correcta*.

Para los vigilanos, en fin, con relación a una cualquier experiencia jurídica, algunas veces (en los casos claros, donde las convenciones semánticas existentes proporcionan un significado determinado) las formulaciones normativas tienen una, y una sola, interpretación *correcta*; otras veces (en los casos problemáticos, donde las convenciones semánticas existentes no proporcionan un significado determinado) las formulaciones normativas se correlacionan en cambio con dos o más interpretaciones alternativas, ninguna de las cuales puede ser calificada de *correcta* o *incorrecta*²⁰.

¹⁸ Véase, por último, Pino 2021: cap. III.

¹⁹ Por ejemplo, es dudoso que la forma “La formulación normativa FN significa N” sea la forma lógica teóricamente adecuada de los enunciados interpretativos. Sobre este punto me permito reenviar a Chiassoni 2019a: pp. 20-45.

²⁰ Rodríguez (2021: 594, 598-599) precisa que las «convenciones semánticas» que en los casos claros determinan el significado de las formulaciones normativas no son solo las «convenciones semánticas generales», sino «en particular las prevalecientes en la comunidad jurídica», «las convenciones interpretativas de la comunidad». En «estos casos los órganos jurisdiccionales» disponen «de una respuesta correcta, si bien podrían equivocarse al intentar identificarla». De forma que «si el caso» tiene «una solu-

En la literatura especializada, el significado de palabras tan relevantes parece no merecer que se le dedique algún esfuerzo definitorio explícito. Sin embargo, él está lejos de ser evidente.

En el sentido común, el adjetivo “correcto” significa, según los contextos: (1) libre de errores o defectos; (2) conforme a las reglas o normas consideradas validas; (3) que respeta las normas de la buena educación; (4) conforme a la verdad; (5) preciso, perfecto, acertado, exacto, cabal, justo, conveniente, adecuado, apropiado, oportuno²¹.

Ahora bien: ¿En qué sentido una interpretación(-producto) de una formulación normativa es, o puede ser, “correcta”? ¿En qué sentido una norma (expresa) identificada por efecto de la interpretación de una formulación normativa *nunca* representa, o puede representar, “su” significado “correcto”? ¿Qué entienden los juristas, los jueces, los filósofos del derecho, cuando hablan de “interpretaciones correctas” o “incorrectas”? ¿Cuál sentido de “corrección” utiliza Rodríguez (y los demás iusfilósofos que adoptan el mapa Hartiano o mapas similares) al caracterizar las diferentes concepciones de la interpretación jurídica, destacando entre Noble Sueño, Pesadilla y Vigilia?

Una primera respuesta a estas preguntas podría ser la siguiente. La corrección de que se habla, o a la que se alude, en los discursos teóricos o prácticos sobre interpretación jurídica, es la corrección *jurídica* o *desde o acorde con el derecho*. La respuesta apunta a una *noción genérica* de corrección en el ámbito jurídico que puede hasta parecer trivial: una noción de Perogrullo, podría decirse. No obstante, esta noción ya proporciona algo útil: un primer paso en la vía de una mejor comprensión.

Sin embargo, siendo un primer paso, no podemos pararnos allí. Surge una nueva pregunta. ¿Qué es una interpretación “jurídicamente correcta”? ¿Qué se puede entender por interpretación “correcta desde o acorde con el derecho”?

Un poco de reflexión sobre la noción genérica sugiere distinguir (por lo menos) seis nociones (más) específicas de corrección jurídica (desde o acorde con el derecho) de una interpretación-producto. Parece útil destacar, más precisamente, entre la corrección (que llamaré, respectivamente) *ontológica*, *metodológica*, *ideológica*, *jurisprudencial*, *doctrinal*, y, en fin, *cultural*.

ción clara a partir del derecho aplicable y el juez decide de otro modo» es «posible decir que el juez se ha equivocado, salvo que las reglas secundarias del sistema lo habiliten a apartarse de las normas existentes o introducir excepciones en ellas. Lo contrario importaría confundir [...] lo que el derecho dice con lo que nos gustaría que dijera».

²¹ En estos términos el *Diccionario de la lengua española* y el *Diccionario del estudiante* de la Real Academia Española. El mismo abanico de sentidos se encuentra para palabras correspondientes en otros idiomas. Por ejemplo, la palabra italiana “corretto” significa «libre de errores o defectos», «exacto», «objetivamente válido» (*Vocabolario on line della lingua italiana*, Istituto dell’Enciclopedia Treccani). Etimológicamente, el adjetivo “correcto” proviene del verbo latino *corrigere*, y vehicula la idea de conducir algo a ser como debe ser (*cum regere*, *cum dirigere*), de forma que algo “correcto” es algo que *es* como *debe ser* (conforme a las reglas gramaticales, de pronuncia, de la etiqueta, morales, etc.).

1. *Corrección ontológica.* Una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es *jurídicamente correcta en sentido ontológico*, si, y solo si, N_j es el significado proporcionado para FN_j por el derecho mismo, o sea, según, desde o acorde con el derecho mismo (según, desde o acorde con *das Recht an sich*). Se podría hablar también de corrección *intrínseca*. O, adaptando una sugerencia terminológica (algo engañosa) de Max Weber, de corrección *lógica*²².

La idea que la noción ontológica de corrección jurídica pretende capturar es la idea de una corrección interpretativa *objetiva*: que no depende de las creencias, conjeturas o posturas ideológicas de los intérpretes. La idea es que N_j represente para los intérpretes algo de objetivo *en sentido fuerte*. Algo que se opone, con su existencia, a cualquier intérprete. Algo dado, que pre-existe a cualquier actividad de interpretación. Algo cuya corrección es una propiedad no otorgada (asumida, hipotizada) por nadie.

2. *Corrección metodológica.* Una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es *jurídicamente correcta en sentido metodológico*, si, y solo si, N_j corresponde a un significado en que FN_j puede (aleticamente) ser traducida conforme a las reglas (técnicas, directivas, métodos, criterios) de interpretación utilizables.

Las reglas de interpretación utilizables – cabe precisar – son las reglas (técnicas, directivas, etc.) de traducción que, desde una acertada investigación sociológica, resultan comúnmente utilizadas y/o se reputa comúnmente que deban o puedan (deónticamente) ser utilizadas para cualquier intérprete que opere al interior de la específica experiencia jurídica considerada²³.

3. *Corrección ideológica.* Una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es *jurídicamente correcta en sentido ideológico*, si, y solo si, N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j según una cierta ideología del derecho presente en la cultura jurídica.

Una *ideología del derecho* es una visión normativa global de los valores y principios fundamentales que caracterizarían al derecho positivo al cual FN_j pertenece.

Toda ideología del derecho (bien construida) proporciona a los intérpretes los recursos para presentar y defender ciertas interpretaciones-producto (N_j , N_m , N_n ...) como el significado jurídicamente correcto *en sentido ontológico*, según su punto de vista, de ciertas formulaciones normativas (FN_j , FN_m , FN_n ...).

4. *Corrección jurisprudencial.* Una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es *jurídicamente correcta en sentido jurisprudencial*, si, y solo si,

²² Weber 2010: 17-18.

²³ Sobre las reglas de traducción véase Chiassoni 2023a: §§ 5-6.

N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j según la opinión manifestada por jueces al dictar sentencias u otras decisiones.

Parece oportuno destacar un sentido fuerte y un sentido débil de corrección jurisprudencial.

En *sentido débil*, es jurisprudencialmente correcta toda interpretación-producto que sea considerada ontológicamente correcta por algún juez al interior de alguna sentencia (al límite: por una jueza en una sentencia).

En *sentido fuerte*, es jurisprudencialmente correcta toda interpretación-producto que sea considerada ontológicamente correcta por la mayoría de los jueces y consagrada en orientaciones jurisprudenciales consolidadas.

Según las reglas sobre la relevancia normativa de los precedentes judiciales vigentes en las experiencias jurídicas, algunas interpretaciones jurisprudencialmente correctas pueden tener valor de *interpretaciones vinculantes*, bien para los jueces inferiores (precedente vertical), bien para los jueces del mismo nivel (precedente horizontal). En estos casos, podría hablarse de corrección *institucional*.

5. *Corrección doctrinal*. Una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es *jurídicamente correcta en sentido doctrinal*, si, y solo si, N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j según la opinión manifestada por juristas en escritos doctrinales. Por ejemplo, al interior de tratados, comentarios, notas a sentencia, etc.

Aquí también parece oportuno destacar un sentido fuerte y un sentido débil de corrección doctrinal.

En *sentido débil*, es doctrinalmente correcta toda interpretación-producto que sea considerada ontológicamente correcta por algún jurista al interior de algún escrito doctrinal (al límite, por una jurista al interior de un escrito doctrinal).

En *sentido fuerte*, es doctrinalmente correcta toda interpretación-producto que sea considerada ontológicamente correcta por la mayoría de los juristas.

6. *Corrección cultural*. En fin, una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es *jurídicamente correcta en sentido cultural*, si, y solo si, N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j según la opinión convergente de juristas y jueces.

Parece oportuno distinguir, siempre de una manera bastante tosca, entre un sentido fuerte y un sentido débil de corrección cultural.

En *sentido débil*, es culturalmente correcta toda interpretación-producto que sea considerada ontológicamente correcta por algún jurista y alguna jueza (al límite, por una jurista y una jueza).

En *sentido fuerte*, es culturalmente correcta toda interpretación-producto que sea considerada ontológicamente correcta por una parte mayoritaria de los juristas y

de las juezas. Una interpretación-producto culturalmente correcta en sentido fuerte es, por ende y al mismo tiempo, jurisprudencial y doctrinalmente correcta en sentido fuerte. Representa el objeto de una convergencia interpretativa por parte de la mayoría de los jueces y juristas.

Las nociones de corrección metodológica, ideológica, jurisprudencial, doctrinal y cultural son nociones de carácter descriptivo. Apuntan a propiedades de las interpretaciones-productos cuya existencia depende de hechos sociales. Los enunciados de corrección correspondientes son, pues, enunciados descriptivos, formulados (en términos Hartianos) desde un punto de vista externo (sociológico), y por ende aptos para ser valorados de empíricamente verdaderos o falsos. Esta propiedad queda manifiesta apenas consideramos algunos ejemplos.

(1) El enunciado de corrección metodológica (ECM):

(ECM) “La norma N_j es un significado jurídicamente correcto en sentido metodológico de la formulación normativa FN_j según la regla de traducción RT_j (y el conjunto de recursos interpretativos CR_j)”

es apto para ser verdadero o falso. Y *es* verdadero, si, y solo si:

- (1) la regla RT_j es una regla de traducción utilizable para cualquier intérprete que opere al interior de la experiencia jurídica de que se trate al tiempo de que se trate; y
- (2) N_j representa la traducción de FN_j según la regla RT_j y el conjunto de recursos interpretativos CR_j .

(2) Análogamente, el enunciado de corrección ideológica (ECI):

(ECI) “La norma N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de la formulación normativa FN_j según la ideología jurídica IJ_j ”

es apto para ser verdadero o falso. Y *es* verdadero, si, y solo si, la ideología jurídica IJ_j , así como es en efecto articulada por sus partidarios al interior de la cultura jurídica C_j , sostiene (proporciona recursos para sostener) que N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j .²⁴

(3) Nuevamente, el enunciado de corrección jurisprudencial (ECJ):

²⁴ Dicho de otra manera, todo partidario de IJ_j consideraría N_j como interpretación ontológicamente correcta de FN_j .

(ECJ) “La norma N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de la formulación normativa FN_j según la corte CR_j en la sentencia S_j ”

es apto para ser verdadero o falso. Y *es* verdadero, si, y solo si, la corte CR_j , en la sentencia S_j , ha manifestado la opinión según la cual N_j coincide con el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j , aplicando N_j o prescribiendo su aplicación a casos individuales.

(4) Asimismo, y en fin, el enunciado de corrección cultural (ECC):

(ECC) “La norma N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de la formulación normativa FN_j según la cultura jurídica CJ_j al tiempo T_j ”

es apto para ser verdadero o falso. Y *es* verdadero, si, y solo si, por ejemplo, la mayoría de las juristas y de los jueces que operan en CJ_j al tiempo T_j ha manifestado la opinión según la cual N_j coincide con el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j .

Pasamos a considerar la noción de corrección ontológica. ¿Qué carácter tiene esta noción? ¿Es ella también una noción descriptiva o es, en cambio, una noción de *otro* tipo? Y, en tal caso, ¿de *qué* otro tipo?

En aras de contestar estas preguntas, parece útil reflexionar sobre el significado y las condiciones de verdad de un cualquier enunciado de corrección ontológica. Considérense, por ejemplo, el enunciado (ECO):

(ECO) “La norma N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de la formulación normativa FN_j ”.

A tenor de la definición de corrección ontológica que he formulado antes, el enunciado ECO es equivalente a otro enunciado ECO*:

(ECO*) “La norma N_j es el significado de la formulación normativa FN_j proporcionado para ella por el derecho (en sí) mismo D_j ”.

Asumimos que ECO* sea un enunciado descriptivo, y por ende apto para ser verdadero o falso: ¿Cuáles son sus condiciones de verdad?

Utilizando la equivalencia de la forma (T)²⁵: el enunciado (ECO*) “La norma N_j es el significado de la formulación normativa FN_j proporcionado para ella por el derecho (en sí) mismo D_j ” es verdadero, *si, y solo si*, la norma N_j es el significado de la formulación normativa FN_j proporcionado para ella por el derecho (en sí) mismo D_j .

²⁵ Tarski 1944: 52-84.

¿Qué tenemos que conocer para establecer si el enunciado ECO* es verdadero o falso? La respuesta parece clara: tenemos que conocer *si* el derecho (en sí) mismo D_j ha proporcionado, o no ha proporcionado, la norma N_j como significado de la formulación normativa FN_j .

Al respecto, surgen pronto algunas dudas. ¿Qué es *el derecho* (en sí) *mismo* D_j ? ¿Hay tal cosa, en las experiencias jurídicas que conocemos, como *el derecho* (en sí) *mismo*, como *das Recht an sich*, y tal que proporcione un (y un solo) significado para cada formulación normativa, prescindiendo de las operaciones realizadas por los intérpretes, juristas y jueces?

Parece que no. En nuestras experiencias jurídicas, en las experiencias jurídicas que conocemos, hay conjuntos muy amplios y complejos de materiales jurídicos: constituciones, códigos, leyes, decretos, etc. Éstos sin embargo no se auto-interpretan, ni se auto aplican. Hay además abogados, juristas, jueces, funcionarios, que los interpretan y aplican a la luz de sus creencias e ideologías. Pero no hay tal cosa como el derecho (en sí) mismo que realice operaciones interpretativas. Fatalmente, el derecho *siempre es algo desde el punto de vista* de algún agente humano y de construcciones intelectuales elaboradas por seres humanos.

Ahora bien: si no hay tal cosa como el derecho (en sí) mismo D_j , porque no hay tales cosas como los derechos (en sí) mismos, es menester concluir que la clase de las interpretaciones-productos *proporcionadas por* el derecho (en sí) mismo D_j , es una clase vacía²⁶. Ninguna interpretación-producto puede satisfacer una tal propiedad. Por lo tanto, si lo entendemos como un enunciado de carácter descriptivo, el enunciado ECO* es *falso*.

Si, frente a una tal conclusión, traemos a colación los principios de conservación y de la lectura caritativa, tenemos que intentar de entender el enunciado ECO* como un enunciado de carácter *no descriptivo*, en aras que tenga algún sentido razonable. Pero, si ECO* *no* es un enunciado descriptivo, ¿qué tipo de enunciado es?

Aparentemente, no puede ser sino un enunciado de carácter *valorativo*. Y, más precisamente, *ideológico*.

Quien formule ECO* afirma que N_j es el significado correcto de FN_j *según el derecho* (en sí) *mismo* D_j .

Si le preguntamos por las razones que sostienen su afirmación, muy probablemente él nos dirá que N_j es el significado ontológicamente correcto de FN_j en relación con la manera correcta de entender los principios y valores fundamentales del derecho D_j y la manera correcta de interpretar sus formulaciones normativas.

Si, considerando su respuesta insatisfactoria, le preguntamos *por qué* lo que él nos indica sería *la* manera correcta de entender los principios y valores funda-

²⁶ Así como es vacía la clase de los decretos dictados por el emperador Justiniano (482-565) en el año 2024, o de las sillas que se encuentran al interior de la Sala del Mayor Consejo en el Palacio Ducal de Génova, si no hay sillas en dicha Sala.

mentales del derecho D_j etc. etc., su respuesta no podrá sino que consistir en esto: o bien recurrirá a principios y valores superiores, así desencadenando un regreso potencialmente *ad infinitum*; o bien recurrirá a los mismos principios y valores ya invocados, presentándolos como *evidentemente correctos*, así incurriendo en una circularidad; o bien admitirá la presencia de una toma de posición última, así recurriendo a una decisión no ulteriormente justificable. Su respuesta, en suma, hará apelo (directa o indirectamente) a una específica ideología del derecho positivo D_j; la particular ideología que él considera en hipótesis la única aceptable.

Armados de esto análisis, podemos volver a considerar, y probar, las tres tesis y, a través de ellas, las tres concepciones a las cuales ellas respectivamente pertenecen.

5. La corrección interpretativa según el Noble Sueño

Empezamos por el Noble Sueño. El Noble Sueño sostiene, como se recordará, la tesis NS:

(NS) Toda formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, tiene una, y una sola, interpretación correcta²⁷.

¿De qué corrección se está hablando? ¿A qué noción de corrección se alude?

Cabe notar que, a la luz de las diferentes nociones específicas de corrección interpretativa antes destacadas (*supra*, § 4), la tesis NS puede entenderse en seis maneras distintas. A saber:

- (NS1) Toda formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, tiene una, y una sola, interpretación *ontológicamente* correcta.
- (NS2) Toda formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, tiene una, y una sola, interpretación *metodológicamente* correcta.
- (NS3) Toda formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, tiene una, y una sola, interpretación *ideológicamente* correcta.
- (NS4) Toda formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, tiene una, y una sola, interpretación *jurisprudencialmente* correcta.
- (NS5) Toda formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, tiene una, y una sola, interpretación *doctrinalmente* correcta.
- (NS6) Toda formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, tiene una, y una sola, interpretación *culturalmente* correcta.

²⁷ Asumo NS ser una formulación equivalente de NS1 (Toda formulación normativa tiene una, y una sola, interpretación (determinada y) correcta) y de “Toda formulación normativa, con relación a cualquier experiencia jurídica, tiene una, y una sola, interpretación correcta”: *supra*, §§ 3 y 4.

Empezamos por analizar las variantes de NS de NS2 a NS6.

La variante NS2 (Toda formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, tiene una, y una sola, interpretación *metodológicamente* correcta) expresa una tesis descriptiva que, en relación con las experiencias jurídicas que conocemos, es claramente *falsa*. En nuestras experiencias jurídicas, a *cada* formulación normativa se corresponde una pluralidad de interpretaciones metodológicamente correctas²⁸.

Las demás variantes (NS3-NS6) expresan asimismo tesis descriptivas. Éstas, en relación con nuestras experiencias jurídicas, son nuevamente todas *falsas*. Los conflictos de intereses materiales y el pluralismo ideológico dan fatalmente efecto, en todo momento, a desacuerdos ideológicos, jurisprudenciales y doctrinales acerca del significado jurídicamente correcto por lo menos de algunas formulaciones normativas.

Analizamos ahora la primera variante de la tesis NS1:

(NS1) Toda formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, tiene una, y una sola, interpretación *ontológicamente* correcta.

Ahora bien, cabe notar antes que nada que, si la entendemos como una tesis de carácter descriptivo, esta tesis también es *falsa*, pues las interpretaciones ontológicamente correctas de las disposiciones no existen (*supra*, § 4).

En obsequio a los principios de conservación y de lectura caritativa, hay empeño una manera de salvar la tesis NS1, y consiste en entenderla como una tesis, no ya descriptiva o teórica, sino valorativa e ideológica. Como una tesis que, bajo la apariencia de hacer una afirmación factual, formula una recomendación: sugiere adoptar una visión idealizada del derecho, concebir el derecho como *un conjunto de normas objetivas* detrás de los materiales jurídicos positivos de toda experiencia jurídica, a la espera del descubrimiento por parte de jueces y juristas. Trata-se, entonces, de una tesis que pertenece a una *ideología objetivista* del derecho. En la historia de la cultura jurídica, la ideología objetivista es bien conocida, habiendo viajado, a lo largo de los últimos dos siglos, bajo las denominaciones para nosotros familiares de “formalismo”, “conceptualismo” y “positivismo” (en algunos sentidos de estos términos).

Del análisis que precede, podemos sacar tres conclusiones:

1. Desde las diferentes nociones específicas de corrección interpretativa antes destacadas, los nobles soñadores – los que se adhieren a una *concepción cognosciti-*

²⁸ Conforme a la (que llamo) tesis de la ambigüedad metodológica universal, toda disposición, en el aquí y ahora de nuestras experiencias jurídicas, se presta, en una perspectiva estrictamente metodológica, a no menos de tres lecturas diferentes: primero, a una lectura literal; segundo, a una lectura extensiva (apoyada en el principio *lex minus dixit quam voluit*); tercero, a una lectura restrictiva (apoyada en el principio *lex magis dixit quam voluit*): Chiassoni 2019a: 170-173; Chiassoni 2023b: 136-141; Chiassoni 2024: § 3.4.

vista integral de la interpretación jurídica –, al sostener la tesis NS, resultan sostener: o bien tesis descriptivas, pero *todas falsas*; o bien cinco tesis descriptivas falsas y una tesis de carácter ideológico.

2. Ninguna de las seis tesis puede formar parte de una concepción genuinamente teórica y verdadera de la interpretación jurídica. No las tesis descriptivas, pues son falsas. Ni la tesis ideológica, pues no es descriptiva. Desde el punto de vista de la corrección interpretativa, los nobles soñadores *no* nos ofrecen, pues, *ninguna* solución teóricamente aceptable para el problema *teórico* de la naturaleza de la interpretación jurídica.
3. Lo que los nobles soñadores nos ofrecen parece ser, más bien, una toma de posición ideológica, disfrazada de teoría, en aras de satisfacer una exigencia de carácter práctico: defender una (falsa) representación *radicalmente* objetivista del derecho y *radicalmente* cognoscitivista de la interpretación. Así contribuyendo a preservar el mito del derecho como algo que no depende *en ninguna parte* de las operaciones de los intérpretes.

6. La corrección interpretativa según la Pesadilla

Pasamos ahora a considerar la Pesadilla. La Pesadilla sostiene, como se recordará, la tesis P:

(P) Ninguna interpretación de una cualquier formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, puede ser calificada como correcta²⁹.

¿De qué corrección se está hablando? ¿A qué noción de corrección se alude?

A la luz de las diferentes nociones de corrección interpretativa antes consideradas (*supra*, § 4), la tesis P puede entenderse, nuevamente, en seis maneras distintas, que corresponden a otras tantas variantes:

- (P1) Ninguna interpretación de una cualquier formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, puede ser calificada como *ontológicamente* correcta.
- (P2) Ninguna interpretación de una cualquier formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, puede ser calificada como *metodológicamente* correcta.
- (P3) Ninguna interpretación de una cualquier formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, puede ser calificada como *ideológicamente* correcta.

²⁹ Asumo P ser una formulación equivalente de P1 (Toda formulación normativa admite una multiplicidad de interpretaciones, ninguna de las cuales puede ser calificada como correcta) (*supra*, § 3) y de la variante formulada al comienzo del § 4.

- (P4) Ninguna interpretación de una cualquier formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, puede ser calificada como *jurisprudencialmente* correcta.
- (P5) Ninguna interpretación de una cualquier formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, puede ser calificada como *doctrinalmente* correcta.
- (P6) Ninguna interpretación de una cualquier formulación normativa, en una cualquier experiencia jurídica, puede ser calificada como *culturalmente* correcta.

Empezamos por analizar las variantes de P de P2 a P6. Todas estas variantes expresan tesis de carácter descriptivo (*supra*, § 4). Además, en relación con lo que ocurre en nuestras experiencias jurídicas, las tesis son, todas, *falsas*.

Cabe notar, sin embargo, que los pesadillanos *no aceptan* las tesis P2-P6 como tesis verdaderas. Aceptan en cambio tesis que las contradicen. Y que por lo tanto son, ellas sí, *verdaderas*³⁰.

En primer lugar, los pesadillanos afirman que, desde las cajas de las herramientas interpretativas utilizables en nuestras experiencias jurídicas, *toda* formulación normativa tiene una pluralidad de interpretaciones alternativas, cada una de las cuales es *metodológicamente correcta* (tesis de la ambigüedad metodológica universal).

En segundo lugar, los pesadillanos afirman que, desde las diferentes ideologías del derecho que son a menudo presentes en nuestras culturas jurídicas, las formulaciones normativas tienen interpretaciones *ideológicamente correctas*. Por supuesto, una misma interpretación puede ser, al mismo tiempo, *correcta* desde la ideología jurídica *A* e *incorrecta* desde la ideología jurídica *B*.

En tercer lugar, los pesadillanos afirman que, en el aquí y ahora de nuestras experiencias jurídicas, siempre las formulaciones normativas tienen interpretaciones *jurisprudencialmente correctas*: por lo menos, en el sentido débil de la corrección jurisprudencial, si no en el sentido fuerte (*supra*, § 4).

En cuarto lugar, los pesadillanos afirman que, en el aquí y ahora de nuestras experiencias jurídicas, siempre las formulaciones normativas tienen interpretaciones *doctrinalmente correctas*: por lo menos, en el sentido débil de la corrección doctrinal, si no en el sentido fuerte (*supra*, § 4).

En quinto y último lugar, los pesadillanos afirman que, en el aquí y ahora de nuestras experiencias jurídicas, las formulaciones normativas pueden tener, y tienen a menudo, interpretaciones *culturalmente correctas*: por lo menos, en el sentido débil de la corrección cultural, si no en el sentido fuerte (*supra*, § 4).

Pasamos ahora a analizar la variante P1 de la tesis P:

- (P1) *Ninguna* interpretación de cualquier formulación normativa, en cualquier experiencia jurídica, puede ser calificada como *ontológicamente correcta*.

³⁰ Véase por ejemplo Guastini 2010; Chiassoni 2019b.

Asumimos que P1 sea una tesis de carácter descriptivo. ¿Es ella verdadera o falsa?

P1 sería falsa, si, y solo si, en toda experiencia jurídica, existiera algo así como el derecho (en sí) mismo, y tal derecho proporcionara, para cada formulación normativa, un cierto significado. Sin embargo, si miramos a las experiencias jurídicas con las gafas del científico social desencantado, cabe concluir, como ya sabemos (*supra*, § 4), que el derecho (en sí) mismo no existe. Desde un punto de vista empírico, la clase de las interpretaciones ontológicamente correctas es una clase vacía: ninguna interpretación-producto puede satisfacer la propiedad de “ser proporcionada por el derecho (en sí) mismo”. Por lo tanto, la tesis P1, en tanto que tesis descriptiva, es una tesis *verdadera*.

El análisis que precede sugiere dos conclusiones.

1. Desde las diferentes nociones de corrección interpretativa destacadas antes (*supra*, § 4), la pesadilla – la *concepción realista* de la interpretación jurídica – resulta ser una concepción genuinamente teórica, la cual, además, sostiene tesis que son *todas* descriptivas y *todas* verdaderas.
2. Estas tesis representan las piezas de una teoría verdadera de la naturaleza de la interpretación jurídica. Resaltan que no hay cabida para la corrección ontológica. Resaltan que todo enunciado de corrección ontológica, o bien es falso, o bien es valorativo e ideológico. Resaltan que la existencia de interpretaciones jurisprudencialmente correctas en sentido fuerte, doctrinalmente correctas en sentido fuerte, o culturalmente correctas, refleja situaciones de *convergencia ideológica* al interior de una misma experiencia jurídica. Resaltan, en fin, que son estas convergencias ideológicas (y/o prudenciales), y no ya la presencia y el obrar de un misterioso e inatrapable derecho (en sí) mismo, las que explican hechos como los llamados “casos claros”.

7. La corrección interpretativa según la Vigilia

Pasamos, en fin, a considerar la Vigilia. La Vigilia sostiene, como se recordará, la tesis V:

(V) Algunas veces – en los casos claros, donde las convenciones semánticas existentes proporcionan un significado determinado – las formulaciones normativas tienen una, y una sola, interpretación correcta; otras veces – en los casos problemáticos, donde las convenciones semánticas existentes no proporcionan un significado determinado – las formulaciones normativas se correlacionan en cambio con dos o más interpretaciones alternativas, ninguna de las cuales puede ser calificada de correcta o incorrecta³¹.

³¹ Rodríguez 2021: 560: la vigilia «reconoce la existencia de casos claros frente a los cuales el

La tesis V es la conjunción de dos tesis, ambas relativas a toda experiencia jurídica. La primera concierne a los casos claros (VC), la segunda a los casos problemáticos (VP). En vista de su análisis, parece oportuno destacarlas, reformulándolas en una manera abreviada:

(VC) En los casos claros, las formulaciones normativas tienen una, y una sola, interpretación correcta.

(VP) En los casos problemáticos, las formulaciones normativas se correlacionan con dos o más interpretaciones alternativas, ninguna de las cuales puede ser calificada de correcta o incorrecta.

¿A qué corrección (e incorrección) se refieren las dos tesis? ¿De qué corrección están hablando?

Analizamos, per empezar, la tesis VC. Desde las diferentes nociones de corrección interpretativa antes consideradas (*supra*, § 4), podemos identificar, nuevamente, seis variantes:

(VC1) En los casos claros, las formulaciones normativas tienen una, y una sola, interpretación *ontológicamente* correcta.

(VC2) En los casos claros, las formulaciones normativas tienen una, y una sola, interpretación *metodológicamente* correcta.

(VC3) En los casos claros, las formulaciones normativas tienen una, y una sola, interpretación *ideológicamente* correcta.

(VC4) En los casos claros, las formulaciones normativas tienen una, y una sola, interpretación *jurisprudencialmente* correcta.

(VC5) En los casos claros, las formulaciones normativas tienen una, y una sola, interpretación *doctrinalmente* correcta.

(VC6) En los casos claros, las formulaciones normativas tienen una, y una sola, interpretación *culturalmente* correcta.

Analizamos antes que nada las variantes VC2-VC6, asumiendo tratarse de tesis de carácter descriptivo. Ahora bien:

derecho ofrece una respuesta determinada, y otros problemáticos frente a los cuales es preciso optar entre varias alternativas igualmente plausibles, pero ninguna de ellas predeterminadas por el derecho» (véase también las pp. 594, 598). Considero la tesis V como una formulación más precisa de la tesis V2 (En los casos claros, el derecho ofrece una respuesta determinada y, en tanto que determinada, correcta. En los casos problemáticos, en cambio, siempre existen varias alternativas igualmente plausibles, ninguna de ellas predeterminada por el derecho, y por lo tanto ninguna de ellas evaluable como correcta o incorrecta) (*supra*, § 3) y equivalente a la tesis atribuida a la Vigilia al comienzo del § 4.

1. La variante VC2 expresa una tesis descriptiva *falsa*. En las experiencias jurídicas que conocemos, el significado determinado dependiente de las convenciones semánticas existentes nunca es el *único* significado *metodológicamente correcto* de una formulación normativa. Siempre cabe adscribir a toda formulación normativa, además del significado convencional (lingüístico o jurídico), un significado más amplio y un significado más restringido. Por ejemplo, utilizando una regla de traducción teleológica, que justifique la ampliación o restricción teleológica del significado convencional³².
2. La variante VC3, para ser verdadera, requeriría que, en *toda* experiencia jurídica, estuviera presente *una*, y *una sola ideología jurídica*, y que tal ideología considerara correcto solo el significado convencional determinado de las formulaciones normativas. De forma que, con relación a las experiencias jurídicas que conocemos, la tesis VC3 se revela manifiestamente *falsa*.
3. Consideraciones análogas valen para las tesis VC4-VC6. Para ser verdaderas, estas tesis requerirían que, en *toda* experiencia jurídica, existiera una *convergencia* (un *idem sentire*) *unánime*, de *todos* los jueces y *todas* las juristas en considerar correcto el significado convencional determinado de toda y cada formulación normativa. Para ser verdaderas requerirían, en otros términos, la *ausencia* de toda postura de minoría, de toda opinión disidente. De forma que, con relación a las experiencias jurídicas que conocemos, las tesis VC4-VC6 se revelan asimismo manifiestamente *falsas*.

Analizamos ahora la tesis VC1:

(VC1) En los casos claros, las formulaciones normativas tienen una, y una sola, interpretación *ontológicamente* correcta.

La tesis VC1, se note, presenta el significado convencional determinado como significado ontológicamente correcto. Según la noción de corrección ontológica que he propuesto, como el significado correcto *desde el derecho* (en sí) *mismo*.

La tesis VC1, por ende, se revela ser, o bien una tesis descriptiva, pero falsa, o bien una tesis valorativa e ideológica.

En tanto que tesis descriptiva, la tesis VC1 sostiene que el significado convencional determinado de toda formulación normativa coincide con el significado ontológicamente correcto: es decir, con el significado proporcionado por el derecho (en sí) mismo. Hemos visto, sin embargo, que el derecho (en sí) mismo no existe. Por lo tanto, si la entendemos como tesis descriptiva, la tesis VC1 es falsa.

En tanto que tesis valorativa, la tesis VC1 aboga por considerar ontológicamente correcto lo que los vigilianos consideran ideológicamente correcto: es decir, el signi-

³² Chiassoni 2019b: cap. 1.

ficado convencional determinado de las disposiciones.

En conclusión: en tanto que tesis descriptiva, la tesis VC1 es teóricamente inútil o hasta dañina, siendo *falsa*. En tanto que tesis valorativa, la tesis VC1 es también teóricamente inútil, siendo ni verdadera ni falsa.

Pasando a la tesis VP, de ella también cabe destacar seis variantes:

- (VP1) En los casos problemáticos, las formulaciones normativas se correlacionan con dos o más interpretaciones alternativas, ninguna de las cuales puede ser calificada de *ontológicamente* correcta o incorrecta.
- (VP2) En los casos problemáticos, las formulaciones normativas se correlacionan con dos o más interpretaciones alternativas, ninguna de las cuales puede ser calificada de *metodológicamente* correcta o incorrecta.
- (VP3) En los casos problemáticos, las formulaciones normativas se correlacionan con dos o más interpretaciones alternativas, ninguna de las cuales puede ser calificada de *ideológicamente* correcta o incorrecta.
- (VP4) En los casos problemáticos, las formulaciones normativas se correlacionan con dos o más interpretaciones alternativas, ninguna de las cuales puede ser calificada de *jurisprudencialmente* correcta o incorrecta.
- (VP5) En los casos problemáticos, las formulaciones normativas se correlacionan con dos o más interpretaciones alternativas, ninguna de las cuales puede ser calificada de *doctrinalmente* correcta o incorrecta.
- (VP6) En los casos problemáticos, las formulaciones normativas se correlacionan con dos o más interpretaciones alternativas, ninguna de las cuales puede ser calificada de *culturalmente* correcta o incorrecta.

Un poco de reflexión sugiere las siguientes consideraciones.

1. Las tesis VP2-VP6, si las consideramos como tesis descriptivas, son tesis descriptivas *falsas*. Con relación a nuestras experiencias jurídicas, es *falso* que las interpretaciones-producto diferentes de las conformes a las convenciones semánticas no puedan ser calificadas, según los puntos de vista, de metodológica, ideológica, jurisprudencial, doctrinal, o culturalmente correctas o incorrectas.
2. Si entendida como tesis descriptiva, la tesis VP1:

(VP1) En los casos problemáticos, las formulaciones normativas se correlacionan con dos o más interpretaciones alternativas, ninguna de las cuales puede ser calificada de *ontológicamente* correcta o incorrecta.

es una tesis descriptivamente sospechosa, que padece de un fracaso presuposicional (*presupposition failure*). Supone que *hay* interpretaciones ontológicamente correctas, conforme a la tesis VC1. Pero que estas *nunca* coinciden con interpretaciones diferentes de las que se corresponden al significado convencional de las

formulaciones normativas. Sin embargo, como sabemos, *no hay* interpretaciones ontológicamente correctas (*supra*, § 4).

3. Aplicando nuevamente los principios de conservación y de lectura caritativa, la tesis VP1 puede ser entendida también como una tesis no descriptiva, sino valorativa y, en particular, ideológica. ¿Cuál sería la ideología presupuesta? Aparentemente, una ideología convencionalista del derecho, según la cual, en todo momento, el derecho coincide con el significado convencional determinado de las formulaciones normativas: el derecho (en sí) mismo llega hasta dónde llega el significado convencional determinado de las formulaciones normativas. De forma que donde *hay indeterminación*, donde *no hay significado convencional determinado*, (todavía) *no hay derecho*.
El análisis que precede sugiere tres conclusiones.

1. Desde las diferentes nociones de corrección interpretativa antes consideradas (*supra*, § 4), los vigilianos – los partidarios de una *concepción cognoscitivista parcial* de la interpretación jurídica – resultan sostener: o bien once tesis descriptivas falsas y una tesis descriptivamente sospechosa; o bien diez tesis descriptivas falsas y dos tesis de carácter ideológico (VC1 y VP1).
2. Ninguna de las doce tesis puede formar parte de una concepción genuinamente teórica y verdadera de la interpretación jurídica. No las diez tesis descriptivas, pues son todas falsas. Ni la tesis descriptivamente sospechosa, pues supone una tesis descriptiva falsa. Ni las dos tesis ideológicas, pues no son descriptivas. Desde la perspectiva de la corrección interpretativa, los vigilianos *no* nos ofrecen, pues, *ninguna* solución teóricamente aceptable para el problema *teórico* de la naturaleza de la interpretación jurídica.
3. Lo que los vigilianos nos ofrecen parece ser, más bien, una toma de posición ideológica de corte convencionalista, disfrazada de teoría, en aras de satisfacer una exigencia de carácter práctico: defender una (falsa) representación *moderadamente* objetivista del derecho y *moderadamente* cognoscitivista de la interpretación, así contribuyendo a preservar el mito del derecho como algo que, *por lo menos en algunas partes relevantes*, no depende de las operaciones de los intérpretes.

Referencias bibliográficas

- Bulygin, E. (2007). *Il positivismo giuridico*, Milano, Giuffrè.
- Carrió, G.R. (1965). *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Chiassoni, P. (2007). *Le disavventure della teoria dell'interpretazione*. En Bulygin, E. (2007), xlvihi-lxxi.
- Chiassoni, P. (2019a). *El problema del significado jurídico*, México, Fontamara.

- Chiassoni, P. (2019b). *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Cham, Springer.
- Chiassoni, P. (2021). *The Methodology of Analytic Jurisprudence*, «Analisi e Diritto», 2, 9-47.
- Chiassoni, P. (2023a). *Breviario minimo di argomentazione costituzionale*, «Lo Stato», 21, 1-48.
- Chiassoni, P. (2023b). *Consideraciones de un equilibrista*, «Analisi e Diritto», 2, pp. 117-150.
- Chiassoni, P. (2024). *El realismo jurídico genovés*, Relación presentada al Diplomado “Pensamiento jurídico mexicano, crítica y teoría contemporánea del Derecho”, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Centro Nacional de Derechos Humanos “Rosario Ibarra de Piedra”, México, 25 de septiembre de 2024, y a las “Jornadas latinoamericanas de filosofía del Derecho”, UNAM, Facultad de Derecho, 26 de septiembre de 2024.
- Feigl, H., Sellars, W. (eds.) (1949). *Readings in Philosophical Analysis*, New York, Appleton-Century-Crofts.
- Guastini, R. (2010). *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Bogotá, Externado de Colombia.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (1977). *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, en Hart, H.L.A. (1983), 123-144.
- Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.
- Moreso, J.J. (2014). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Segunda edición ampliada, Lima, Palestra.
- Pino, G. (2021). *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Milano, Giuffrè.
- Rodríguez, J. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons.
- Tarski, A. (1944). *The Semantic Conception of Truth*, en Feigl, H., Sellars, W. (eds.) (1949), 52-84.
- Weber, M. (2010). *Diritto*, Roma, Donzelli, 2016.

Precisiones en torno a la noción de corrección interpretativa

Jorge L. Rodríguez*

Resumen

Pierluigi Chiassoni ha efectuado una contribución de gran relevancia para la discusión en torno a las diferentes concepciones de la interpretación jurídica analizando el concepto de *corrección interpretativa*. En estas páginas examinaré su reconstrucción del concepto puntualizando algunas distinciones adicionales que a mi juicio deberían sumarse a la consideración a efectos de poder extraer conclusiones en torno a la polémica. En particular, propondré diferenciar un sentido interno y uno externo de la noción de corrección ideológica y un sentido amplio y uno restrictivo de la noción de corrección metodológica, y resaltaré la necesidad de desdoblarse el análisis de la corrección interpretativa en el plano de la interpretación en abstracto y en el plano de la interpretación en concreto. Estas precisiones permitirán reevaluar los alcances de las tesis defendidas por las tres concepciones tradicionales acerca de la interpretación en el derecho.

Palabras clave: Concepciones de la interpretación jurídica. Pautas de corrección. Corrección ideológica y metodológica. Interpretación en abstracto y en concreto.

Abstract

Pierluigi Chiassoni's analysis of the concept of interpretative correctness is an important contribution to the discussion on the different conceptions of legal interpretation. In these pages, I will examine his reconstruction of the concept and highlight some additional distinctions that I believe should be taken into account in order to draw conclusions regarding the debate. In particular, I will propose to

* Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, c/25 de Mayo 2855/65, CP 7600, Mar del Plata, Argentina, jorgerodriguez64@yahoo.com. Agradezco a Eugenio Camadro Jauregui, Matías González, Claudina Orunesu y Tobías Schleider por sus observaciones críticas a una versión previa de este trabajo.

distinguish between an internal and an external sense of the notion of ideological correctness and a broad and a restrictive sense of the notion of methodological correctness, and I will emphasize the need to separate the analysis of interpretative correctness into the level of abstract interpretation and the level of concrete interpretation. These clarifications will enable me to reassess the scope of the theses put forward by the three traditional conceptions of legal interpretation.

Keywords: Conceptions of Legal Interpretation. Standards of Correctness. Ideological and Methodological Correctness. Abstract and Concrete Interpretation.

1. Introducción

En su trabajo sobre corrección interpretativa que se publica en este volumen Pierluigi Chiassoni examina el porqué de la persistente discusión sobre la “naturalidad” de la interpretación jurídica y sostiene tres tesis centrales: en primer lugar, que uno de los factores más influyentes que inciden sobre la controversia existente al respecto sería la inadecuación del aparato terminológico-conceptual utilizado; en segundo lugar, que esa inadecuación consistiría en particular en la falta de análisis de la noción de *corrección interpretativa* y, en tercer lugar, que con un poco de clarificación conceptual se podrían evaluar con mayor precisión cada una de las tres concepciones tradicionales sobre la interpretación jurídica, esto es, la concepción determinista (tesis cognoscitivista radical, tesis de la única respuesta correcta o del *Noble Sueño*), la concepción realista (tesis no cognoscitivista, indeterminista radical o de la *Pesadilla*) y la concepción intermedia (tesis de la indeterminación parcial o de la *Vigilia*)¹.

Estoy básicamente de acuerdo con esas tres tesis, en particular con que es preciso analizar con mayor detenimiento la noción de corrección interpretativa y que, refinando el aparato conceptual, sería posible apreciar mejor los alcances de la controversia, algo que creo que Chiassoni logra con su trabajo con su habitual maestría y elegancia. Mi objetivo con estas páginas no es, como creo que tampoco lo ha sido para Chiassoni², profundizar la polémica sobre un tema como el de la interpretación jurídica

¹ Utilizaré aquí las primeras denominaciones (concepción determinista, realista e intermedia) para referirme a las concepciones tradicionales de la interpretación jurídica en lugar de las restantes, en primer lugar, debido a que, como discutiré diferentes tesis que podrían serles atribuidas a cada una de ellas, hablar de “tesis” para identificarlas podría llevar a confusión y, en todo caso, no me parece muy elegante. En segundo lugar, porque el *Noble Sueño*, la *Pesadilla* y la *Vigilia* son denominaciones emotivamente cargadas a favor de la tercera.

² Discutiendo el libro de Chiassoni *El problema del significado jurídico* (Chiassoni 2019) en el marco de las XXXIV Jornadas Nacionales de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, realizadas en noviembre de 2020, recuerdo que en cierto punto hablé de corrección interpretativa, a lo que Chiassoni

sobre el cual tenemos visiones al menos parcialmente diferentes. Si bien inicialmente formularé unas breves consideraciones en réplica a algunas objeciones que ha planteado Chiassoni respecto de ideas que he sostenido, me interesa en particular examinar críticamente los diversos sentidos de corrección interpretativa que Chiassoni ha delineado y sumar algunas precisiones que creo pueden resultar relevantes para la discusión, para luego reevaluar el alcance de las tesis sostenidas por las tres concepciones tradicionales acerca de la interpretación jurídica a la luz de esas precisiones.

2. Consideraciones preliminares

Entre los factores que explicarían la persistencia de la controversia respecto de la naturaleza de la interpretación jurídica Chiassoni alude entre otros a la infiltración o contaminación ideológica que muchas veces infectaría una discusión pretendidamente teórica. Conuerdo aquí en que en esta disputa muchas veces se presentan bajo ropaje teórico lo que no son más que tesis de tipo ideológico o, al menos, que la opción por alguna alternativa teórica descansa sobre ciertos presupuestos ideológicos. En los trabajos en los que me he referido a la interpretación jurídica he intentado no incurrir en ese vicio, aunque reconozco que quizás no lo haya logrado satisfactoria y completamente. No obstante, no creo haber incurrido en esa contaminación ideológica en el caso que señala Chiassoni, quien como ejemplo de este defecto hace referencia al argumento, que yo he defendido, de que las formulaciones normativas o disposiciones jurídicas tienen un cierto significado desde su formulación, antes de la intervención de los intérpretes, pues si no fuera así no existirían normas y la labor de los legisladores se reduciría a producir meras fórmulas verbales. Para Chiassoni, este argumento en realidad revelaría una preocupación ideológica por preservar la dignidad de la legislación.

Debo decir al respecto que sinceramente me preocupa muy poco preservar la dignidad de los legisladores, si es que tienen alguna. Se puede o no aceptar el argumento, pero al menos en el modo en que lo he formulado, no creo haber incurrido en ninguna contaminación ideológica. Lo que he sostenido es que los legisladores u órganos competentes para la producción jurídica dan a conocer ciertos textos o formulaciones normativas, pero no meros signos desprovistos de todo significado sino textos que, en el marco de las convenciones interpretativas existentes dentro de cierta comunidad jurídica, están dotados ya de algún sentido. La función que se persigue con la producción de tales textos no es simplemente manchar papeles sino regular la conducta mediante normas. La circunstancia de que las formulaciones que dan a conocer las autoridades puedan tener casos problemáticos de aplicación,

reaccionó preguntándome algo parecido a “¿En qué sentido hablas de corrección interpretativa?”. Me atrevería a decir que su contribución para precisar esta idea deriva, al menos en parte, de esa duda.

o a veces dar lugar a más de una interpretación, no debe hacer perder de vista que en la gran mayoría de los casos ellas son comprendidas por sus destinatarios, y estos pueden seguirlas y regular su conducta mediante ellas sin la mediación de jueces o juristas. Considérese el siguiente ejemplo: el Poder Ejecutivo argentino remitió recientemente al Congreso, con la esperanza de que fuera aprobada, una ley ómnibus con un sinnúmero de disposiciones, entre las cuales se contaba una reforma procesal que contenía entre otras la siguiente formulación normativa: “El juez o jueza vestirá toga negra y usará un martillo para abrir y cerrar las sesiones o cuando resuelva una incidencia”. El Congreso finalmente no aprobó ese texto. Ahora, para mí es claro que a través de dicho texto el Poder Ejecutivo pretendía decir algo, de hecho algo enteramente absurdo dado que no se compadece en absoluto con nuestras tradiciones y prácticas jurídicas: que los jueces y juezas deberían vestirse y actuar con determinadas formalidades al ejercer sus funciones. Desde luego, de haber sido promulgado, ese texto habría sido materia de interpretación, habrían podido discutirse sus alcances y desarrollarse criterios interpretativos más amplios o restrictivos. Pero el texto tenía, desde su elaboración y en el contexto de las convenciones interpretativas vigentes, cierto significado. Insisto, se puede concordar o no con esto pero no hay aquí ninguna contaminación ideológica.

En segundo lugar, Chiassoni cita como otro factor con incidencia en la persistencia de la discusión en materia de interpretación jurídica a la falta de sofisticación teórica, que se revelaría en la pretensión de realizar investigaciones sin considerar la necesidad de abordar el fenómeno de la interpretación jurídica adoptando enfoques distintos, correspondientes a rasgos diferentes de su complejidad, en particular investigaciones de carácter psicológico, metodológico, institucional y cultural, y cita como ejemplo de ese simplismo teórico la distinción, que también he defendido, entre la “comprensión” como actividad irreflexiva consistente en captar el significado de una formulación jurídica en casos claros, y la “interpretación propiamente dicha”, como actividad reflexiva consistente en establecer el significado de formulaciones jurídicas cuyo significado se haya revelado indeterminado en casos difíciles. Chiassoni sostiene que esta distinción sería producto de centrarse solo en el plano psicológico, dejando de lado las dimensiones discursiva, argumentativa, institucional y cultural. Si se las tomara en cuenta, sería posible advertir 1) que combinando el enfoque psicológico con el institucional, toda formulación normativa sería siempre objeto de una actividad de comprensión irreflexiva a la que siempre seguiría una actividad de interpretación como determinación reflexiva del significado, que podría consistir en confirmar el significado captado o modificarlo³; 2) combinando el enfoque psicológico con el metodológico e institucional, sería un disparate teórico

³ Es precisamente esto lo que tengo en mente al sostener que las formulaciones jurídicas, más allá de que luego sean objeto de reflexión y debate por parte de los intérpretes acerca de sus alcances, tienen desde su producción un cierto significado que puede ser captado por sus destinatarios.

hablar de casos claros de mera comprensión de significados pues siempre habría atribuciones de significados jurídicos que requieren estar jurídicamente justificadas, apoyadas por argumentos que sostengan su corrección, y 3) como la justificación discursiva presupondría reflexión, toda atribución de significado tendría carácter reflexivo, por lo que no habría reflexión solo en los casos difíciles.

Nuevamente, tengo aquí un acuerdo parcial con Chiassoni. Es correcto que la distinción entre captar o comprender un significado e interpretar requiere de mucha mayor elaboración y examen. Pero no me parece en absoluto disparatado hablar de casos claros en los que comprendemos que se encuentran abarcados o excluidos del campo de significado de una norma. Nuevamente un ejemplo: el artículo 76 bis del Código Penal Argentino consagra el instituto de la suspensión del proceso penal a prueba. El artículo es extenso y sus cláusulas han sido materia de controversia entre juristas y jueces acerca de sus alcances. Entre ellas, al establecerse sus condiciones de admisibilidad, se dispone que podrá solicitar la suspensión del proceso “El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años”. Sin embargo, otra de las cláusulas del artículo establece que se podrá conceder la suspensión del proceso “si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal...”. Estas dos cláusulas han dado lugar a diferentes posturas interpretativas acerca de su alcance, algunas más amplias, otras más restrictivas. Sin embargo, un caso en el que el delito imputado fuese el de homicidio agravado, por ejemplo, por haber sido cometido contra un ascendiente, un descendiente o cónyuge, que en el derecho argentino tiene pena de prisión o reclusión perpetua y, por ello, no admite condenación condicional, constituye a mi juicio un caso claro de inadmisibilidad de la suspensión del juicio a prueba.

Es correcto, como afirma Chiassoni, que respecto de toda formulación normativa, a una actividad de comprensión irreflexiva de su significado seguiría una actividad reflexiva que podría consistir en confirmar el significado captado o modificarlo. Pero el punto es que a veces esa posible modificación quedaría excluida de los significados jurídicamente admisibles. Dadas las convenciones interpretativas vigentes en la comunidad jurídica argentina, sostener que resulta admisible aplicar la *probation* a un caso de delito que tiene prevista pena de prisión o reclusión perpetua sería una tesis interpretativa *incorrecta*, lo cual nos lleva a la cuestión central a examinar⁴.

⁴ Chiassoni también objeta la tesis, que a su juicio yo habría sostenido, de que la interpretación jurídica no representaría algo específico con respecto a la interpretación corriente de cualquier enunciado del lenguaje natural, pues considera que esa tesis distorsionaría y brindaría una representación empobrecida tanto de la interpretación en general como de la interpretación jurídica en particular. No tengo nada que responder a esto salvo aclarar que no creo haber sostenido nada parecido a dicha tesis.

3. Las variedades de la corrección interpretativa

Otro de los factores que señala Chiassoni como influyentes en la controversia es la inadecuación terminológico-conceptual que se traduciría en presentar a las diferentes concepciones de la interpretación utilizando términos o conceptos defectuosos, entre los que destaca en particular el concepto de “corrección interpretativa”. A fin de precisar sus alcances Chiassoni diferencia seis nociones en las que podría hablarse de corrección interpretativa: una ontológica, una metodológica, una ideológica, una jurisprudencial, una doctrinal y una cultural. Las recuerdo aquí brevemente:

- 1) *Corrección ontológica*: una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es jurídicamente correcta en sentido ontológico si y solo si N_j es el significado proporcionado para FN_j por el derecho mismo.
- 2) *Corrección metodológica*: una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es jurídicamente correcta en sentido metodológico si y solo si N_j corresponde a un significado en que FN_j puede (aléticamente) ser traducida conforme a las reglas (técnicas, directivas, métodos, criterios) de interpretación utilizables.
- 3) *Corrección ideológica*: una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es jurídicamente correcta en sentido ideológico si y solo si N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j según una cierta ideología del derecho presente en la cultura jurídica.
- 4) *Corrección jurisprudencial*: una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es jurídicamente correcta en sentido jurisprudencial si y solo si N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j según la opinión manifestada por jueces al dictar sentencias u otras decisiones.
- 5) *Corrección doctrinal*: una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es jurídicamente correcta en sentido doctrinal si y solo si N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j según la opinión manifestada por juristas en escritos doctrinales.
- 6) *Corrección cultural*: una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es jurídicamente correcta en sentido cultural si y solo si N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j según la opinión convergente de juristas y jueces.

Las nociones 2) a 6) serían, según sostiene Chiassoni con criterio que comparto, descriptivas y, por lo tanto, los enunciados que predicán corrección en tales sentidos serían susceptibles de verdad o falsedad, dependiendo esa verdad o falsedad de cier-

tos hechos sociales. El estatus de la noción 1), esto es, la de corrección ontológica, es más controvertible. Para Chiassoni, con criterio que también comparto, no habría tal cosa como “el derecho mismo” del que pueda derivarse una cierta interpretación para una cierta formulación jurídica con total independencia de las convenciones interpretativas vigentes en cierta comunidad jurídica, de manera que, interpretada descriptivamente, la afirmación de que una cierta interpretación es correcta en este sentido sería falsa. Y si no se trata de un enunciado descriptivo, debería leerse como un enunciado valorativo formulado desde una cierta postura ideológica que se asume como la única aceptable.

Sospecho que Chiassoni podría pensar que este es el sentido de corrección interpretativa que yo asumiría. Pero ello no es así: cuando pienso en que al menos en ciertos casos puede hablarse de corrección interpretativa, lo que tengo en mira es una pauta de corrección que se deriva de las convenciones lingüísticas existentes en cierta comunidad jurídica, lo cual a mi juicio incluye, como apunta correctamente en una nota Chiassoni, no solo las convenciones semánticas del lenguaje ordinario sino también las específicas convenciones interpretativas que emplean jueces y juristas, esto es, la totalidad de los argumentos, métodos o técnicas de interpretación utilizadas por los operadores del derecho de que se trate, por lo que mis consideraciones se ubicarían en el plano metodológico, no en este plano ontológico. Por ello, y porque en todo caso la noción ontológica de corrección en su lectura más caritativa colapsaría con el plano ideológico (lo que no significa, como luego trataré de explicar, que se identifique con lo que Chiassoni define como corrección ideológica), en adelante prescindiré de la consideración de esta noción de corrección. Solo me parece importante resaltar adicionalmente que resulta un tanto sorprendente que, habida cuenta de las observaciones críticas que Chiassoni formula contra esta noción ontológica de corrección interpretativa, ella aparezca luego en las definiciones de corrección ideológica, jurisprudencial, doctrinal y cultural, dado que ello implicaría que toda vez que se formulen juicios de corrección desde cualquiera de estos cuatro puntos de vista se estaría atribuyendo a jueces o juristas la presuposición de una tesis descriptiva falsa, lo que no creo que pueda sostenerse en todos los casos, o bien se les estaría atribuyendo la adhesión a un juicio valorativo formulado desde una cierta concepción ideológica, lo que en todo caso habría que presentar con claridad en esos términos. Propondré más adelante una rectificación al respecto que me parece más satisfactoria.

Salvo por lo que indiqué en el párrafo anterior, no tengo objeciones contra las nociones de corrección jurisprudencial, doctrinal ni cultural tal como las caracteriza Chiassoni. Sin embargo, a primera vista ellas parecen superponerse, parcialmente en el caso de las nociones de corrección jurisprudencial y doctrinal (al menos en las versiones fuertes que Chiassoni precisa) y totalmente en el caso de la noción de corrección cultural, con la noción de corrección metodológica. Como se dijo, todas estas nociones de corrección interpretativa serían descriptivas, y la verdad o

falsedad de los enunciados que la predicen estaría determinada por ciertos hechos sociales. Pero los hechos sociales que determinan la verdad o falsedad de un enunciado de corrección metodológica, según el cual una cierta interpretación es correcta si se corresponde con un significado en el que la formulación jurídica de que se trate puede ser traducido de acuerdo con las reglas de interpretación utilizables, dependen precisamente de las prácticas interpretativas de jueces y juristas. Contra esto se podría aducir que una cosa es determinar cuáles sean las reglas de interpretación *utilizables* en cierta comunidad jurídica en términos generales en función de las prácticas vigentes (corrección metodológica), y otra diferente es determinar cuáles sean de hecho las *utilizadas* por los operadores jurídicos frente a ciertas disposiciones, a cuyo respecto podría existir convergencia en ciertas reglas pese a la existencia de otras posibles (corrección jurisprudencial, doctrinal y cultural)⁵. Así planteada, la diferencia no me parece sostenible frente a la cuestión de si una cierta interpretación I es correcta o no respecto de una cierta formulación normativa FN, pues en tal caso los criterios de corrección determinados por la práctica efectiva de los operadores descalificarían la corrección metodológica de otros posibles criterios en el caso concreto.

Más promisorio me parece una alternativa diferente para mantener la distinción entre corrección metodológica, por una parte, y corrección jurisprudencial, doctrinal y cultural, por la otra, centrada en lo que podría denominarse *convencionalismo superficial* y *convencionalismo profundo* sobre los criterios de corrección interpretativa⁶. Podría sostenerse que los criterios jurisprudencial, doctrinal y cultural de corrección interpretativa se centran en acuerdos explícitos sobre la aplicación de las reglas de interpretación a una cierta disposición, en tanto que la corrección metodológica está determinada por los criterios que guían el uso de tales reglas. Para poder hablar de corrección metodológica no sería necesario que cada uno de los operadores sea capaz de expresar exhaustivamente las reglas de interpretación aplicables, ni que haya acuerdo perfecto en sus aplicaciones efectivas. La existencia de criterios de corrección metodológica se revelaría en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos reconocidos como interpretaciones metodológicamente correctas, sin que ello signifique que la extensión de dichos criterios se contraiga a esas aplicaciones. El acuerdo mayoritario de los operadores respecto de una cierta aplicación de las reglas de interpretación no garantizaría que esa sea una interpretación metodológicamente correcta, ni la eventual falta de acuerdo implicaría necesariamente que no haya una interpretación metodológicamente correcta, porque lo que haría que una interpretación sea metodológicamente correcta sería el trasfondo de criterios compartidos, no el acuerdo explícito en torno a sus aplicaciones concretas⁷.

⁵ Agradezco a Matías González el haberme señalado este punto.

⁶ Sobre el convencionalismo profundo, véase Bayón 2002.

⁷ Sobre los acuerdos y desacuerdos superficiales y profundos, véase Perot y Rodríguez 2010.

De este modo creo que sí podría justificarse distinguir conceptualmente entre la noción de interpretación metodológica y las de interpretación jurisprudencial, doctrinal y cultural. No obstante, si ese fuera el criterio para distinguirlas, la noción de corrección metodológica se situaría en un lugar muy superior al de las tres restantes a los fines de la discusión respecto de las concepciones de la interpretación. Ya sea por esta razón, ya sea por razones de simplicidad en el análisis, en adelante prescindiré de las últimas tres nociones de corrección interpretativa que presenta Chiassoni.

En cuanto a la noción de corrección ideológica, tampoco tengo objeciones a la caracterización ofrecida por Chiassoni salvo por la incorporación en la definición de la referencia a la corrección ontológica. Debido a esto último, creo que es pertinente aquí hacer una precisión y, consiguientemente, introducir una distinción adicional que estimo que puede resultar de interés. La noción delineada por Chiassoni de corrección ideológica se traduce, como se dijo, en enunciados descriptivos y, por ende, susceptibles de verdad o falsedad. Se trataría, como lo presenta el propio Chiassoni, de enunciados formulados desde un punto de vista externo, dicho esto en lenguaje hartiano. Pues bien, en tal caso, esa noción externa de corrección ideológica debería diferenciarse de una noción interna de corrección ideológica que podría definirse del siguiente modo:

3') *Corrección ideológica interna*: una interpretación-producto N_i de una formulación normativa FN_j es jurídicamente correcta en sentido ideológico interno si y solo si N_i es el significado que se asigna a FN_j desde el punto de vista interno de cierta ideología del derecho.

Predicar corrección ideológica en este sentido interno no constituye una afirmación descriptiva: se trataría de un juicio valorativo formulado desde una cierta postura ideológica, un juicio de adhesión a cierta interpretación bajo determinados presupuestos ideológicos o valorativos. Eso se corresponde con la lectura valorativa de la noción de corrección ontológica que efectúa Chiassoni y, debido a ello, creo que es esta noción de corrección ideológica interna aquello en lo que está pensando Chiassoni cuando introduce en las definiciones de corrección ideológica, jurisprudencial, doctrinal y cultural, la referencia a la corrección ontológica. En cualquier caso, si no es esto lo que tuvo en mira Chiassoni, creo de todos modos que resultaría más claro introducir esta noción de corrección ideológica interna y no la de corrección ontológica en ellas.

Finalmente, en lo que respecta a la noción de corrección metodológica, como adelanté, el sentido en el que a mi juicio correspondería hablar de corrección interpretativa se ubicaría en ese plano metodológico. Sin embargo, la caracterización que ofrece Chiassoni de la corrección metodológica me parece muy débil y, por esa razón, problemática. A mi juicio, una interpretación debería calificarse como meto-

dológicamente correcta si corresponde a *un único significado* en que la formulación en cuestión puede ser traducida de conformidad con las reglas de interpretación utilizables, esto es, cuando el conjunto de las interpretaciones metodológicamente correctas es unitario (algo que para Chiassoni, como veremos, nunca podría ocurrir). Cuando ese conjunto no es unitario hablaría en todo caso de *admisibilidad* de una interpretación, no de su corrección. De hecho, si asumimos, como lo puntualiza Chiassoni, que en el uso ordinario la expresión “corrección” suele equipararse a ausencia de errores, un criterio de corrección definido de un modo tan amplio como el que él propone no parece satisfactorio. Un criterio de corrección respecto de un cierto dominio discursivo debería poder discriminar entre alternativas correctas e incorrectas, y si bien desde luego esto es compatible con que haya más de una alternativa calificable como correcta, a mi juicio existe un umbral mínimo que una noción semejante debería satisfacer: una pauta de corrección no sería adecuada si de acuerdo con ella pueden calificarse como igualmente correctas dos alternativas que son lógicamente incompatibles entre sí. Presentándolo concretamente respecto de la interpretación jurídica, Chiassoni sostiene que toda disposición se presta, desde una perspectiva metodológica, a al menos tres lecturas diferentes: una lectura literal, una lectura extensiva y una lectura restrictiva. Pues bien: supóngase un caso tal que de acuerdo con una interpretación extensiva de una disposición queda comprendido en los alcances de la norma por ella expresada, no así de acuerdo con una interpretación literal o restrictiva. Según la caracterización de corrección metodológica de Chiassoni tendríamos tres alternativas de interpretación metodológicamente correctas pero que, con relación al caso en hipótesis, la extensiva indicaría que se halla comprendido por la norma y, por ello, merece cierta solución, en tanto que de acuerdo con las dos restantes no, y por ello, podría merecer una solución lógicamente incompatible.

Aunque por esta razón no me parece adecuada la caracterización amplia de la corrección metodológica que emplea Chiassoni, de todas maneras no la descartaré y emprenderé el análisis de las diferentes concepciones de la interpretación distinguiendo estas dos nociones. La noción restrictiva de corrección metodológica podría definirse del siguiente modo:

2') *Corrección metodológica en sentido restrictivo*: una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es metodológicamente correcta en sentido restrictivo si y solo si N_j se corresponde con un único significado en que FN_j puede ser traducida conforme a las reglas (técnicas, directivas, métodos, criterios) de interpretación utilizables.

Una última cuestión antes de pasar a reevaluar los alcances de las distintas concepciones de la interpretación. Contra una objeción como la expuesta respecto del sentido amplio de corrección metodológica podría replicarse que, tal como es caracterizada por Chiassoni, la noción de corrección metodológica permite juzgar como

correcta o incorrecta una cierta interpretación de una disposición tomando en cuenta exclusivamente si ella se corresponde o no con alguna regla de interpretación admitida en cierta comunidad jurídica y, por ello, es independiente de la aplicación de esa interpretación respecto de ciertos casos⁸. Ahora bien, de ser así, esto plantea la necesidad de introducir una distinción adicional de relevancia para la controversia: la que media entre *interpretación en abstracto*, u orientada a textos, consistente en la identificación del significado de una formulación normativa sin referencia a casos de aplicación, e *interpretación en concreto*, u orientada a hechos o casos de aplicación, consistente en la subsunción de un caso en el campo de aplicación de una norma previamente identificada⁹. La necesidad de distinguir entre estos dos planos radica en que, como el propio Chiassoni lo presenta, la tesis central de la concepción intermedia de la interpretación distingue entre casos fáciles y casos difíciles y, por ende, es relativa a la interpretación en concreto, no a la interpretación en abstracto.

4. Un análisis en dos dimensiones

Dejando de lado por las razones indicadas las nociones de corrección ontológica, corrección jurisprudencial, corrección doctrinal y corrección cultural, y centrando la atención exclusivamente en los planos ideológico y metodológico, si se distingue entre corrección ideológica interna y externa, por una parte, y entre corrección metodológica en sentido amplio y restrictivo, por la otra, y se discrimina además entre la dimensión de la interpretación en abstracto y la dimensión de la interpretación en concreto, restarían de todos modos ocho diferentes nociones de corrección interpretativa:

- i) Corrección ideológica interna en el plano abstracto
- ii) Corrección ideológica externa en el plano abstracto
- iii) Corrección metodológica amplia en el plano abstracto
- iv) Corrección metodológica restrictiva en el plano abstracto
- v) Corrección ideológica interna en el plano concreto
- vi) Corrección ideológica externa en el plano concreto

⁸ Eso fue de hecho lo que me respondió Chiassoni cuando le planteé la cuestión en Mar del Plata en el mes de octubre del presente año, cuando tuvo la gentileza de recorrer el largo trayecto entre Génova y Mar del Plata para discutir con nosotros su trabajo.

⁹ Cfr., por ejemplo, Guastini 2014: 328-329; Guastini 2017: 34-36. Guastini ha reconocido que la existencia de casos claros de aplicación de al menos algunas normas jurídicas podría determinar que, bajo ciertas condiciones, pudiera considerarse que los enunciados de subsunción, esto es, los enunciados de interpretación en concreto, pueden ser verdaderos o falsos, pero eso nada diría sobre los enunciados interpretativos en sentido estricto, esto es, los relativos a la interpretación en abstracto (cfr. Guastini 2017: 37).

vii) Corrección metodológica amplia en el plano concreto

viii) Corrección metodológica restrictiva en el plano concreto.

Con respecto a las primeras cuatro nociones, su caracterización surge de lo que he dicho en el punto anterior. Con relación a las cuatro restantes, debe aclararse el sentido en que debería entenderse la idea de *solución correcta respecto de un caso* para poder diferenciar el plano de la interpretación en abstracto, que es en el que se presentan las diferentes nociones de corrección interpretativa que introduce Chiassoni y donde la corrección se predica de una interpretación respecto de una formulación jurídica, del plano de la interpretación en concreto, donde lo que nos interesa es evaluar la corrección de la solución que corresponde asignar a un caso respecto de ciertas interpretaciones de ciertas formulaciones normativas. Aquí también se podría introducir una noción amplia y una noción restrictiva de corrección de una solución respecto de un caso del siguiente modo:

Corrección en sentido amplio de la solución de un caso: la solución de un caso es correcta si ella se deriva de alguna interpretación-producto N_j que es correcta respecto de una formulación normativa FN_j .

Corrección en sentido restrictivo de la solución de un caso: la solución de un caso es correcta si de toda interpretación-producto correcta N_j de toda formulación normativa FN_j se deriva una misma solución.

Que una interpretación sea correcta en el marco de estas definiciones podría asumir cualquiera de las lecturas antes indicadas (metodológica amplia, metodológica restrictiva, ideológica interna e ideológica externa).

Si en el caso de la interpretación en abstracto el criterio de corrección metodológica amplio definido por Chiassoni me parecía cuestionable, en el caso de la interpretación en concreto el criterio amplio de corrección de una solución para un caso me parece simplemente inaceptable. Contar con un criterio de corrección respecto de la solución que ha de darse a un caso debería permitir, frente a cualquier solución, determinar si ella es correcta o no. Si de acuerdo con el criterio escogido resulta que más de una solución diferente debería ser estimada como correcta, esto parece equivalente a la ausencia de un criterio de corrección. Es más, el criterio amplio de corrección en este nivel, tal como lo he caracterizado, no permitiría descartar casi ninguna solución de un caso como incorrecta: centrándonos en la corrección metodológica, toda vez que pueda derivarse respecto de un caso alguna solución a partir de alguna interpretación metodológicamente correcta de alguna formulación jurídica, el caso tendría una solución metodológicamente correcta, con total independencia de que de tal modo puedan estimarse como correctas soluciones incompatibles. La única excepción parecería estar dada por el caso de las lagunas

normativas. Si se acepta la posibilidad de lagunas en este sentido, frente a un caso de laguna no habría ninguna solución que pueda derivarse de ninguna interpretación metodológica correcta de ninguna formulación normativa, por lo que no habría solución correcta. Pero tengo incluso dudas sobre si no podría sostenerse que, frente a una laguna, el recurso a mecanismos tales como argumentos por analogía o a contrario permitiría derivar soluciones implícitas a partir de las normas que se admitan como interpretaciones metodológicas correctas de las formulaciones normativas. En tal caso, ni siquiera en el supuesto de lagunas podría descartarse la existencia de soluciones correctas en el sentido amplio. Creo por ello que tenemos aquí razones de peso (incluso de mayor peso que las aducidas para justificar la opción por la corrección metodológica en sentido restrictivo en el plano de la interpretación en abstracto) para descartar el criterio amplio y optar por el criterio restrictivo, de acuerdo con el cual un caso tiene una solución correcta cuando, considerando todas las interpretaciones admisibles de todas las formulaciones normativas, se obtiene un resultado unívoco. De todos modos, tal como lo hiciera en el caso de la interpretación en abstracto, examinaré la corrección interpretativa en concreto tomando en cuenta los dos sentidos.

Con la introducción de sus seis diferentes nociones de corrección interpretativa, Chiassoni evalúa las tesis centrales de estas tres concepciones tradicionales acerca de la interpretación jurídica según se interprete en cada una de ellas a la corrección interpretativa en cada uno de esos sentidos. Sus conclusiones, en apretada síntesis, son las siguientes:

- a) los defensores de la concepción determinista sostendrían seis tesis descriptivas falsas o bien cinco falsas y una (si se interpreta a la corrección ontológica como valorativa) de carácter ideológico, de modo que bajo ninguna de tales interpretaciones podrían ofrecer una concepción genuinamente teórica de la interpretación jurídica: lo que nos ofrecerían en todo caso sería una toma de posición ideológica disfrazada de teoría.
- b) los defensores de la concepción intermedia sostendrían once tesis descriptivas falsas y una descriptivamente sospechosa o bien diez tesis descriptivas falsas y dos ideológicas¹⁰, ninguna de las cuales podría formar parte de una concepción genuinamente teórica de la interpretación jurídica.
- c) los defensores de la concepción realista sostendrían seis tesis descriptivas verdaderas, por lo que se trataría de la única concepción que podría suministrar una teoría adecuada de la naturaleza de la interpretación jurídica.

No comparto esas conclusiones. Diría más: me parece cuanto menos sugestivo

¹⁰ Serían doce y no seis porque la concepción intermedia debería descomponerse en dos tesis, una relativa a casos claros y la otra a casos difíciles.

el hecho de que la simple introducción de seis diferentes nociones de corrección interpretativa tenga el devastador efecto de demostrar que todas las tesis que podrían atribuírsele a cada una de las dos concepciones rivales a la que defiende Chiassoni resulten falsas o engañosas, en tanto que todas las que podrían atribuírsele justamente a la concepción que defiende Chiassoni resulten verdaderas. No voy a intentar emular a Chiassoni ofreciendo diferentes versiones de cada una de las tesis centrales de las tres concepciones de la interpretación de acuerdo con los ocho sentidos de corrección interpretativa que he presentado al comienzo de este punto, porque creo que la cuestión central aquí es que *las diferentes concepciones de la interpretación no utilizan la noción de corrección en el mismo sentido*, algo que el análisis de Chiassoni no permite advertir con claridad, y es precisamente esto lo que vuelve a mi juicio discutibles sus conclusiones. Lo que intentaré hacer es examinar el alcance de cada una de las concepciones de la interpretación primero en el plano de la interpretación en abstracto y luego en el plano de la interpretación en concreto.

En el plano abstracto podría pensarse en caracterizar la tesis central de la concepción determinista (TDA) como relativa a la corrección metodológica en el siguiente sentido:

(TDA) Para toda formulación jurídica existe una y solo una interpretación metodológicamente correcta.

Resulta innecesario aquí precisar si esta afirmación es relativa a la corrección metodológica en sentido amplio o restrictivo porque debido su alcance ambos sentidos colapsarían, solo que en el segundo caso resultaría redundante decir “una y solo una” en lugar de decir simplemente “una”. No obstante, creo que un partidario de esta concepción de la interpretación se inclinaría más bien por el sentido restrictivo de corrección metodológica. La tesis central de la concepción realista en este plano podría presentarse como la negación interna de TDA:

(TRA) Para toda formulación jurídica no existe una sino una pluralidad de interpretaciones metodológicamente correctas.

En este caso claramente se estaría asumiendo la noción de corrección metodológica en sentido amplio; si en cambio se utilizara la noción de corrección metodológica en sentido restrictivo, la concepción realista debería sostener más bien:

(TRA') Para ninguna formulación jurídica existe una interpretación metodológicamente correcta.

Me parece importante resaltar que nada se juega en privilegiar una u otra noción

de corrección metodológica: la tesis de la concepción realista en el plano abstracto puede caracterizarse adecuadamente utilizando cualquiera de esas dos nociones. Y, como veremos, la evaluación de la verdad o falsedad de estas tesis tampoco varía según se emplee uno u otro criterio.

La tesis central de la concepción intermedia, por su parte, podría caracterizarse como la negación externa de TDA:

(TIA) No es cierto que para toda formulación jurídica exista una y sola una interpretación metodológicamente correcta.

Nuevamente, es indiferente si se toma aquí en cuenta la noción amplia o restrictiva de corrección metodológica, solo que resultaría redundante en el segundo caso decir “una y solo una” en lugar de decir simplemente “una”. No obstante, creo que cualquier partidario de la concepción intermedia se inclinaría por asumir la noción restrictiva. TIA es una tesis débil que de hecho resulta implicada por TRA. Si se quisiera presentar la tesis central de la concepción intermedia como opuesta no solo a TDA sino también a TRA, de modo que las tres resulten conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes, TIA debería sustituirse por:

(TIA') No es cierto que para toda formulación jurídica exista una y solo una interpretación metodológicamente correcta, ni tampoco que para toda formulación jurídica exista una pluralidad de interpretaciones metodológicamente correctas.

Como partidario de la concepción intermedia me inclinaría más bien por asumir TIA en lugar de TIA' como la mejor caracterización de la tesis que podría sostenerse desde este punto de vista en el plano de la interpretación en abstracto, y ello debido a que lo que distingue a la concepción intermedia es la defensa de una tesis que se ubica en el plano de la interpretación en concreto, no un cuestionamiento a TRA. Hecha esta aclaración, examinemos qué se puede concluir respecto de las condiciones de verdad de cada una de las tres tesis. TDA es falsa. Si fuera verdadera ello significaría que existiría una correspondencia biunívoca entre formulaciones jurídicas y normas jurídicas, lo que me parece simplemente insostenible, y ello porque muchísimas formulaciones jurídicas (todas diría Chiassoni) admiten más de una interpretación metodológicamente correcta en sentido amplio. O, si se prefiere, muchísimas formulaciones jurídicas son tales que a su respecto no existe una interpretación metodológicamente correcta en sentido restrictivo sino una pluralidad de interpretaciones jurídicamente admisibles.

Chiassoni consideraría verdadera TRA. Ahora bien, la verdad de TRA depende de la aceptación de lo que Chiassoni ha denominado la *tesis de la ambigüedad metodológica universal*. Dicha tesis sostendría que, desde el punto de vista de las reglas de interpretación, todas las disposiciones o formulaciones jurídicas serían ambiguas

puesto que cada una sería susceptible de ser traducida en normas explícitas diferentes y alternativas, “...que conformarían un abanico entre el extremo de la interpretación en hipótesis más amplia y articulada y el de la interpretación en hipótesis más estricta y deflacionaria...”¹¹.

La tesis de la ambigüedad como propiedad universal de las disposiciones jurídicas es muy fuerte, puesto que significa que, respecto de todo sistema jurídico pasado, todo sistema jurídico presente, y todo sistema jurídico futuro, cada una de sus disposiciones admite más de un significado metodológicamente correcto en sentido amplio (yo diría más bien jurídicamente admisible pero no metodológicamente correcto en sentido restrictivo). Podría aceptar que se sostenga que esta tesis es *tendencialmente* verdadera, *probabilísticamente* verdadera, o *derrotablemente* verdadera en el plano empírico. En cambio, que resulte *universalmente* verdadera me parece inaceptable. La existencia de diferentes criterios o métodos de interpretación en el derecho hace que muchas veces (la mayor parte de las veces podría aceptar decir) una misma formulación normativa pueda recibir más de una alternativa de interpretación, pero no encuentro razones para excluir la posibilidad de que frente a cierto texto todos esos diferentes criterios interpretativos convencionalmente aceptados en la comunidad jurídica puedan confluír a su respecto en una sola.

En cuanto al estatus de TIA, ella debería ser aceptada como verdadera, sea que se asuma o no la tesis de la ambigüedad metodológica universal. Si se la asume, tal como lo hace Chiassoni, entonces TIA sería verdadera porque resulta implicada por TRA. Si se considera en cambio que la tesis de la ambigüedad metodológica es solo tendencial, probabilística, o derrotablemente verdadera, TRA debería ser abandonada en favor de TIA.

Como adelanté, el análisis no varía si en lugar del concepto amplio de corrección metodológica se utiliza el restrictivo. TRA' sería verdadera si fuese verdadera la tesis de la ambigüedad metodológica universal. TIA es implicada por TRA' y, por ello, debería ser aceptada incluso por un partidario de la concepción realista. Si se considerara en cambio que la tesis de la ambigüedad metodológica es solo tendencial, probabilística, o derrotablemente verdadera, TRA' debería ser abandonada en favor de TIA.

TRA puede tomarse como una representación adecuada de la idea básica que defienden los partidarios de la concepción realista de la interpretación en términos generales. En cambio, no creo que TIA, ni tampoco TIA', representen adecuadamente la idea básica que defienden los partidarios de la concepción intermedia de la interpretación en términos generales, puesto que como adelanté su idea básica concierne al plano de la interpretación en concreto, no a la interpretación en abstracto. Ahora, si esto vale para la concepción intermedia, con mayor razón vale para la concepción determinista. Al comienzo de estas reflexiones dije que podría pensarse en caracterizar la tesis central de la concepción determinista en el plano abstracto

¹¹ Chiassoni 2019: 172.

como relativa a la corrección metodológica. Pero eso sería un error: TDA no representa en absoluto lo que sostienen los partidarios de la concepción determinista. De hecho, un determinista podría incluso aceptar la verdad de TRA, esto es, que para toda formulación jurídica no existe una sino una pluralidad de interpretaciones metodológicamente correctas. Claro que a ello agregaría que, dentro de esa pluralidad de interpretaciones calificables como metodológicamente correctas o jurídicamente admisibles, una sola es siempre la *verdaderamente correcta*. Simplificando un poco algo que requeriría en verdad un análisis más complejo¹², diría que esa noción de corrección presupuesta por los partidarios de la concepción determinista es la corrección ideológica externa, a la que se suma como presupuesto una concepción objetivista en materia valorativa, ideológica o moral. En la caracterización de la postura de la concepción determinista en el plano de la interpretación en abstracto debería entonces sustituirse TDA por:

(TDA') Para toda formulación jurídica existe una y solo una interpretación ideológicamente correcta en sentido externo.

Pero no solo sería incorrecto atribuir a los partidarios de la concepción determinista un compromiso con una tesis como TDA, sino también pensar que defienden una tesis que puede ser evaluada como verdadera o falsa por referencia a ciertos hechos. Digo esto porque pienso que Chiassoni diría que TDA' es también empíricamente falsa dado el pluralismo ideológico de hecho existente. Pero esto resultaría, creo, nuevamente inocuo para el partidario de la tesis determinista, quien consideraría que aunque de hecho diferentes personas y culturas tengan diferentes ideologías, una sola sería objetivamente correcta. Yo no comparto TDA', pero creo que para refutarla es necesario adentrarse en consideraciones que exceden una simple constatación empírica¹³.

Pasemos ahora al plano de la interpretación en concreto. Aquí podríamos igualmente partir de la atribución a la concepción determinista de una tesis relativa a la corrección metodológica. Descuento que el lector ya podrá imaginar que luego voy a decir que esto sería enteramente desacertado, pero permítaseme tomarlo como

¹² No todos los partidarios de la concepción determinista utilizan el mismo tipo de argumentos para defenderla. Lo expuesto en el texto podría caracterizar adecuadamente quizás posturas como la de Ronald Dworkin y autores similares. En cambio, pensadores como Michael Moore o David Brink defienden una concepción determinista sobre la base del rechazo al convencionalismo semántico y apoyándose en la teoría causal de la referencia, de modo que para una caracterización satisfactoria de tales posiciones habría quizás que introducir una noción adicional de *corrección semántica*. De todas maneras, estos autores asumen también una concepción objetivista en materia valorativa, de ahí la simplificación efectuada en el texto. Para Moore, por ejemplo, existiría una realidad que determinaría respuestas correctas para las cuestiones morales, siendo deber de los jueces apoyarse en esa realidad objetiva para interpretar y aplicar el derecho (cfr. Moore 1985; Brink 1988).

¹³ He intentado hacerlo en Rodríguez 2021: 560-576.

punto de partida pues, a partir del rechazo de esta tesis, creo que pueden caracterizarse satisfactoriamente las tesis correspondientes a las otras dos concepciones de la interpretación en este plano. Recuérdesse que cuando se considera la corrección en el plano de la interpretación en concreto o relativa a casos, lo que está en juego es si la solución del caso puede estimarse como correcta o incorrecta a la luz de las interpretaciones admisibles de las formulaciones jurídicas. Y, como adelanté, esto admitiría una lectura amplia (una solución es correcta si se deriva de alguna interpretación correcta de alguna formulación jurídica) y una lectura restrictiva (una solución es correcta si de la totalidad de las interpretaciones correctas atribuibles a la totalidad de las formulaciones jurídicas se deriva una misma solución). A la concepción determinista podría atribuírsele la siguiente tesis de corrección metodológica en el plano de la interpretación en concreto:

(TDC) Para todo caso existe una y solo una solución metodológicamente correcta.

Antes de seguir corresponde hacer una aclaración. He introducido la distinción entre interpretación en abstracto y en concreto y sostenido que la interpretación en concreto es relativa a casos, pero sin precisar si esa referencia debe ser entendida como referida a casos individuales o a casos genéricos. Tal como suele ser interpretada por quienes sostienen la distinción, creo que la interpretación en concreto se refiere a casos individuales¹⁴. Abrigo no obstante algunas dudas al respecto, y ello debido a que cualquier problema de subsunción individual requiere de cierta descripción del caso individual y, por ello, puede generalizarse como un problema de subsunción genérica. Para poner un ejemplo: si se duda sobre si la prohibición de ingreso con perros a un restaurante alcanza o no a un cierto caso particular en el que una persona pretende ingresar con un perro lazarillo, esa duda interpretativa requiere resolver la cuestión de si cualquier situación semejante en la que esté involucrado un perro de tales características queda o no comprendida en el alcance de la norma, y esto puede igualmente presentarse como una duda sobre el valor de verdad del enunciado interpretativo «La disposición “Está prohibido el ingreso con perros al restaurante” significa que no se puede ingresar al restaurante incluso con perros lazarillos». Debido a estas dudas, sin desconocer que una debida aclaración al respecto podría tener implicancias para algunos aspectos de la discusión, voy a hablar simplemente de “casos” dejando abierta la posibilidad de interpretar la expresión en uno u otro sentido porque creo que en lo sustancial que intentaré sostener ello no tiene relevancia.

La tesis que podría atribuirse a la concepción realista de la interpretación en este plano podría presentarse como la negación interna de TDC, esto es:

(TRC) Para todo caso no existe una sino una pluralidad de soluciones metodo-

¹⁴ Véanse las citas de Guastini efectuadas en la nota 9.

lógicamente correctas.

Por su parte, la tesis central de la concepción intermedia podría presentarse como la negación externa de TDC:

(TIC) No es cierto que para todo caso exista una única solución metodológicamente correcta.

Nuevamente aquí TIC es una tesis débil que de hecho resulta implicada por TRC. Pero, a diferencia de lo que ocurriría en el plano de la interpretación en abstracto, en lo que concierne a la interpretación en concreto sí resulta necesario asignar a la tesis central de la concepción intermedia una formulación más fuerte que se oponga tanto a TDC como a TRC, de modo que las tres resulten conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes. Por ello, TIC debería sustituirse por:

(TIC') No es cierto que para todo caso exista una única solución metodológicamente correcta y tampoco es cierto que para todo caso exista una pluralidad de soluciones metodológicamente correctas.

TIC' es equivalente a:

(TIC'') Existen ciertos casos (los casos difíciles) para los cuales existe una pluralidad de soluciones metodológicamente correctas y también existen ciertos casos (los casos claros o fáciles) para los cuales existe una única solución metodológicamente correcta.

Tanto en TRC como en las tres variantes de TIC el sentido en el que se predica corrección metodológica de una solución es el sentido amplio. Si en cambio se asumiera el sentido restrictivo, TRC debería sustituirse por:

(TRC') Para ningún caso existe una solución metodológicamente correcta.

y TIC'' debería sustituirse por:

(TIC''') Existen ciertos casos (los casos difíciles) para los cuales no existe una solución metodológicamente correcta y también existen ciertos casos (los casos claros o fáciles) para los cuales existe una solución metodológicamente correcta.

Veamos ahora las condiciones de verdad de estas tesis. TDC es falsa. En casos de lagunas normativas, en casos de soluciones contradictorias derivables de distintas interpretaciones de las formulaciones jurídicas, y en casos de pluralidad de

interpretaciones de las que puedan derivarse soluciones distintas respecto de cierto caso, no puede sostenerse que exista una única solución metodológicamente correcta en sentido amplio, o simplemente una solución metodológicamente correcta en sentido restrictivo. Ahora bien, la falsedad de TDC no hace mella alguna a la concepción determinista, porque sería incorrecto atribuir a tal concepción la defensa de TDC. Nuevamente, en el plano de la interpretación en concreto, la concepción determinista podría aceptar TRC, esto es, que para todo caso no existe una sino una pluralidad de soluciones metodológicamente correctas y, sin embargo, afirmar que solo una de ellas es *verdaderamente correcta*, esto es, ideológicamente correcta en sentido externo¹⁵, lo que un partidario de esta concepción apoyaría en la asunción de una concepción objetivista en materia valorativa, ideológica o moral. Por ende, para caracterizar adecuadamente la concepción determinista en el plano de la interpretación en concreto TDC debería ser sustituida por:

(TDC') Para todo caso existe una y solo una solución ideológicamente correcta en sentido externo.

Yo creo que esta tesis debe ser rechazada, pero al igual que en el caso de lo que expresé al examinar el plano de la interpretación en abstracto, para rechazarla hay que controvertir los presupuestos con los que se la pretende defender. No alcanza para ello con ninguna constatación empírica.

¿Qué decir de TRC, esto es, la tesis según la cual para todo caso existe una pluralidad de soluciones metodológicamente correctas? Esta tesis también es falsa, por lo que debería ser rechazada incluso por un partidario de la concepción realista de la interpretación. De hecho, como lo adelanté en una nota, el propio Guastini reconoce su falsedad¹⁶. La razón es simple: en primer lugar, en casos de lagunas normativas no habría ninguna solución metodológicamente correcta. Pero, lo que me parece más importante, es falsa por una segunda razón: el hecho de que diferentes métodos de interpretación puedan producir resultados distintos respecto de cierta disposición y, por ello, puedan ser considerados como metodológicamente correctos en sentido amplio en el plano abstracto, no implica que no pueda haber casos que reciban exactamente la misma solución en todas esas interpretaciones y, por consiguiente, que exista solo una solución metodológicamente correcta. Supóngase que se asume la concepción realista de la interpretación y se acepta en toda su extensión la tesis de la ambigüedad metodológica universal. De acuerdo con ella, toda formulación o disposición normativa, en nuestras experiencias jurídicas, admitiría al menos tres lecturas diferentes: una lectura literal, una lectura extensiva y una lectura restrictiva. Sea una cierta disposición o formula-

¹⁵ Valen aquí las mismas salvedades formuladas en la nota 12.

¹⁶ Véase la nota 9.

ción jurídica a cuyo respecto existen tres interpretaciones metodológicamente correctas en sentido amplio en el plano abstracto: I_1 , I_2 e I_3 , donde I_1 se corresponde con una interpretación literal, I_2 con una interpretación extensiva e I_3 con una interpretación restrictiva. En tal hipótesis, el conjunto de los casos cubiertos por I_3 , esto es, los casos delimitados por la interpretación restrictiva serían tales que a su respecto las tres interpretaciones ofrecerían la misma solución. De modo que respecto de tales casos existiría una única solución metodológicamente correcta, de lo que se sigue que TRC es falsa.

Si esto es correcto, en el plano de la interpretación en concreto la tesis central de la concepción intermedia debería ser aceptada como verdadera, esto es, dicho de modo breve, que hay casos difíciles frente a los cuales no existe una solución que pueda considerarse jurídicamente correcta, pero también casos claros o fáciles frente a los cuales existe una única solución que puede considerarse jurídicamente correcta. Y, nuevamente, esta conclusión es independiente incluso de si se asume la noción de corrección de una solución en sentido amplio o restrictivo.

5. Conclusiones

El recorrido que he transitado con estas reflexiones permite derivar algunas consecuencias que me parecen relevantes en torno a la polémica sobre la naturaleza de la interpretación jurídica. En primer lugar, Chiassoni ha hecho un aporte muy significativo al aclarar diferentes sentidos en los que puede entenderse una noción crucial para esta discusión, como lo es la de corrección interpretativa.

En segundo lugar, he tratado de mostrar que el análisis de Chiassoni debería complementarse con algunas precisiones: distinguiendo entre corrección ideológica desde un punto de vista interno y desde un punto de vista externo, entre corrección metodológica en un sentido amplio y en un sentido restrictivo, y entre corrección interpretativa en abstracto y en concreto.

En tercer lugar, he intentado justificar que, tomando en cuenta esas precisiones, la concepción determinista de la interpretación jurídica debería caracterizarse por la defensa de una tesis de carácter ideológico externo, sumada a una presuposición objetivista en el plano valorativo que resulta altamente controvertible, pero que no podría refutarse simplemente sobre la base de constataciones empíricas. La concepción realista defendería una tesis de carácter metodológico en el plano abstracto, cuya suerte dependería de la plausibilidad de la tesis de la ambigüedad metodológica universal. Finalmente, la concepción intermedia se caracterizaría por la defensa de una tesis de carácter metodológico en el plano de la interpretación en concreto, cuyos alcances parecen difíciles de controvertir.

Estas conclusiones permiten apreciar que, si bien existe una discrepancia muy

profunda entre la concepción determinista y las dos restantes, entre estas últimas las diferencias parecen mucho más sutiles. Los partidarios de la concepción intermedia no necesitan negar la tesis central de la concepción realista, esto es, la tesis de la ambigüedad metodológica universal; incluso podrían aceptarla si se la considera tendencial, probabilística o derrotablemente verdadera. Por su parte, los partidarios de la concepción realista no necesitan oponerse a la tesis central de la concepción intermedia y, de hecho, creo que deberían aceptarla.

Referencias:

- Bayón, J.C. (2002). *Derecho, convencionalismo y controversia*, en P.E. Navarro y M.C. Redondo (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 57-92.
- Brink, D. (1988). *Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review*, «Philosophy and Public Affairs», 17, 105-148.
- Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*, Ciudad de México, Fontamara.
- Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, citado por la traducción al español de A. Núñez Vaquero, *La sintaxis del derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2016.
- Guastini, R. (2017). *Ancora sulla teoria scettica dell'interpretazione*, en R. Guastini, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, Giappichelli, 33-48.
- Moore, M. (1985). *A Natural Law Theory of Interpretation*, «Southern California Law Review», 58, 279-398.
- Perot, P.M. y Rodríguez, J.L. (2010). *Desacuerdos acerca del derecho*, «Isonomía», 32, 119-147.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Pablo, Marcial Pons.

**THE LONG ARC OF LEGALITY.
A DEBATE**

Edited by Luca Malagoli

Foreword

Luca Malagoli*

On 11 and 12 July 2023, braving a particularly annoying heat wave, a seminar took place at the University of Genoa, dedicated to the discussion of a recent and very interesting book.

Complex, fascinating and provocative, *The Long Arc of Legality. Hobbes, Kelsen, Hart*, by David Dyzenhaus, delves into a question at the core of legal-philosophical reflection about the legal order of the modern State: «How is sheer political power transformed into legal right, the right to tell legal subjects – those subject to the state's power – what to do?»¹.

Developing his in-depth investigation, Dyzenhaus engages, as the subtitle of the book suggests, with central figures of the modern legal philosophy, Hobbes, Kelsen and Hart, frequently offering the reader unorthodox and stimulating interpretations of their work.

The essays collected here extend and deepen the observations formulated by the discussants, and object of heated debates (both for the intellectual temperature of the book and for the environmental one) with the author himself.

Luca Malagoli deals with Dyzenhaus' intriguing chapter on Hobbes, who, as mentioned before, is one of the main pillars of the long arc. Contrasting some of the central elements of Dyzenhaus' reading with some tenets of Norberto Bobbio's classical interpretation, Malagoli argues that the latter poses relevant challenges to the former.

Brian Bix focuses on the challenge that Dyzenhaus imposes on himself, pursuing what seems to be a natural law, anti-positivistic position through the examination of the works of three authors – as mentioned, Hobbes, Kelsen, Hart – traditionally associated with both axiologically neutral and legal positivist stances. Reflecting on the many difficulties of this challenge, Bix highlights the important questions about our ideas concerning law and adjudication raised by Dyzenhaus while dealing with it.

Giovanni Battista Ratti deals with some of Dyzenhaus' views on central facets of Hart's theory of law, such as the question of the formal or substantial nature of the

* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, Via Balbi 30/18, 16126 Genoa, Italy, luca.malagoli@unige.it

¹ Dyzenhaus 2022: ix.

fundamental character of constitutions, the analysis of the rule of recognition, and the examination of Hartian legal positivism. While adopting many of Dyzenhaus' useful insights, Ratti arrives often to quite different conclusions.

Alejandro Calzetta chooses to concentrate his attention on "the puzzle of unjust law", that Dyzenhaus take as a starting point of his reflections. Calzetta discusses some of the traditional ways in which legal theorists have framed the puzzle, pointing out their scarce relevance for legal practice, especially regarding adjudication.

The section is concluded by a contribution in which Dyzenhaus provides insightful, stimulating and often challenging responses to the comments and criticisms received. Of course, the conclusion of the debate is only provisional: it is easy to predict that Dyzenhaus's stimulating, controversial and splendid book will occupy the philosophy of law for a long time to come.

The seminar was supported by funding from the European Union under the HORIZON WIDERA project number 101079177, titled "Advancing Cooperation on the Foundations of Law" (ALF). The project is implemented by a consortium of the Universities of Belgrade, Genoa, Lisbon, and Surrey.

References

Dyzenhaus, D., (2022), *The Long Arc of Legality. Hobbes, Kelsen, Hart*, Cambridge-New York- Melbourne-New Delhi, Cambridge University Press.

A Tale of Two Hobbes: Brief Remarks (through Turinese eyes) on the Second Chapter of David Dyzenhaus' The Long Arc of Legality

Luca Malagoli*

Abstract

The paper focuses on some relevant features of the chapter *The Puzzle of Very Unjust Law II: Hobbes* of David Dyzenhaus' *The Long Arc of Legality. Hobbes, Kelsen, Hart* (Cambridge University Press, 2022). The essay discusses some of the key points of Dyzenhaus' fascinating, unorthodox and highly controversial interpretation of Hobbes: namely, the question of «the legal constitution of the Sovereign». By contrasting some elements of Norberto Bobbio's interpretation of Hobbes with the reading proposed by Dyzenhaus, it is emphasized that the latter does not satisfactorily address (and reconstruct) the radical reformulation of the conceptual apparatus of traditional natural law theory operated by Hobbes, especially with regard to central concepts such as the notion of “reason”, the framing of natural law and its relation to civil law, and not least the crucial questions of the limits of the sovereign.

Keywords: Natural Law. Positive Law. Sovereign. Legality. Thomas Hobbes. David Dyzenhaus.

1. Introduction

David Dyzenhaus' *The Long Arc of Legality. Hobbes, Kelsen, Hart* leads the reader through a fascinating, momentous and thought-provoking journey, acutely exploring a cluster of interesting puzzles surrounding one of the core issues of modern legal philosophy – namely, the problem of «explaining the authority of the modern legal state»¹ – through an analysis of the work of three classics of the discipline:

* Istituto Tarelli per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, Via Balbi 30/18, 16126 Genoa, Italy, luca.malagoli@unige.it. I would like to thank Pierluigi Chiassoni, David Dyzenhaus, Giovanni Battista Ratti and Daniele Rolando for their very helpful observations and suggestions.

¹ Dyzenhaus 2022: xi.

Thomas Hobbes, Hans Kelsen and HLA Hart.

So, the journey is quite long and adventurous, its course is far more complex than the elegant linearity of the map suggests at first glance, and the landscape along the road is far too rich in striking elements to be adequately captured in a short article. I will therefore limit myself to a few (rather cursory) reflections on some of the most important elements of the interpretation of Hobbes developed in the second chapter of the book, *The Puzzle of Very Unjust Law II: Hobbes*².

Despite the many interesting features of the chapter itself, such a choice may probably appear too partial and narrow, if compared to the mentioned vastness and richness of the legal-philosophical panorama outlined by Dyzenhaus.

However limited, though, the choice is not without justification.

Hobbes is indeed the starting point of the long arc of legality that Dyzenhaus traces, and above all one of the cornerstones of the book. To fully appreciate the importance of Hobbes in this work, it is perhaps sufficient to point out that in discussing his decision not to choose «Rousseau, Kant or any other classic philosopher of law» as the point of departure of his journey, Dyzenhaus argues for such a preference claiming that «Hobbes is *the* theorist of modern legal state»³.

Furthermore, at least in my understanding, precisely when he approaches Hobbes's work, Dyzenhaus fully displays that fresh look, unabashed by the "orthodox" interpretations, that from the very preface he presents as one of the methodological features of his work⁴.

Now, while this approach is in itself very valuable and even indispensable for (fruitful) philosophical inquiry, I nevertheless have several doubts about various outcomes of Dyzenhaus' fascinating assessment of Hobbes' work.

The reading that the book offers us could perhaps be better understood as a re-interpretation of Hobbes' main ideas through post-Hartian eyes. Indeed, the reader cannot help feeling, at least sometimes, that Dyzenhaus' Hobbes is not only a brilliant disciple of Hart, but also an attentive reader of Fuller, Dworkin and Raz.

This is, of course, far from being a problem: as Friedrich Nietzsche showed long ago, it is intellectually healthy to temper antiquarian history with critical history. So, reinterpretation can be a very useful enterprise in advancing our ideas. Nevertheless, this is a very different endeavor from attempting to read a text in its own cultural context, and it is useful to maintain a sharp distinction between these two processes.

In this sense, and this explains my quasi-Dickensian title, I would like to counter Dyzenhaus' interpretation (I would say: Dyzenhaus' Hobbes) with a different read-

² Dyzenhaus 2022: 88-148

³ Dyzenhaus 2022: 3, at footnote 6.

⁴ See especially a passage of the preface in which the author makes it clear that the interpretations he provides of the classics in which he focuses his treatment are «often against the orthodox understanding of their work, and with Kelsen and Hart at times against their self-understandings» (Dyzenhaus 2022: ix-x).

ing (thus, a different Hobbes), namely that provided by Norberto Bobbio⁵. I am inclined to think that the latter Hobbes is easier to reconcile with central features of (the historical) Hobbes' work than the former.

Indeed, Dyzenhaus does not need at all to be reminded of Bobbio's interpretation, to which in facts he refers on various occasions⁶. But, somewhat surprisingly, he still does not fully engage in a detailed discussion of the reading that Bobbio provides. On the contrary, he dismisses it rather quickly.

However, if the chapter is meant to provide a new, fresh and unorthodox reading of Hobbes, viz an interpretation capable of considering facets of his work neglected by many scholars⁷, then I have the impression that Bobbio's interpretation is a stumbling block on the path that Dyzenhaus purports to follow, a significant alternative reading that presents very strong counterarguments that cannot simply be ignored.

Due to the limitations of the present contribution, I cannot fully address the whole reading of Hobbes that Dyzenhaus offers in his highly detailed and well-reasoned examination, and, thus, I will focus my comments on a specific point, «the legal constitution of the sovereignty»⁸, perhaps one of the central elements of Dyzenhaus' account, and, especially, one around which many of the key notions of his reading of Hobbes' system converge.

The analysis of this topic makes it possible to consider fundamental concepts of Hobbes' system, such as the figure of the sovereign, but also the relationship between civil law and natural law.

In Dyzenhaus' view, contrary in many aspects to the common view, Hobbes' claim would be that «the sovereign's authority is legally constituted both by the public criteria for what counts as law and [...] by the laws of nature»⁹.

More precisely, contrary to those who, like Bobbio, hold that, in Hobbes' work, natural laws provide the ground of the political obligation of subjects, and essentially disappear once civil society is in place and working, Dyzenhaus think that, in Hobbes' system, the «function of the laws of nature is to condition the content of the sovereign's laws in a way which makes it possible for legal subjects to understand its rule as a matter of right rather than unmediated coercive power. [...] The laws of nature

⁵ I'm referring to Bobbio 1993. It is interesting to observe that Bobbio's assessment of the relevance of Hobbes in modern legal philosophy is very much alike that of Dyzenhaus: «if we wish to encompass in one formula the meaning of Thomas Hobbes' political philosophy, we might say that it expresses the first modern theory of the modern State» (Bobbio 1993: 74).

⁶ See, for example, Dyzenhaus 2022: 4, at footnote 10; Dyzenhaus 2022: 100, at footnote 43. More generally, Bobbio is often evoked also in some of the pivotal debates of the chapter three «The Constitution of Legal Authority / The Authority of Legal Constitutions» (Dyzenhaus 2022: 149-223; especially, at 219-222).

⁷ Dyzenhaus 2022: 100.

⁸ Dyzenhaus 2022: 100-121.

⁹ Dyzenhaus 2022: 105-106.

provide a standard of right or justice which is internal to law – the *jus of lex*»¹⁰.

This thesis is perhaps at the core of a “package of points” that constitutes, so to speak, the theoretical framework of Dyzenhaus’ reading of Hobbes.

Such a package consists of three points: «the sovereign is a legally constituted artificial person; Hobbes’s laws of nature are part of the legal constitution of sovereignty; in constituting sovereign authority, the laws of nature condition the content of the civil law in a way which makes plausible Hobbes’s claim that there is an antecedent obligation of obedience to the sovereign such that the subject should regard the law as a public conscience»¹¹. According to Dyzenhaus, jointly the three points concur in showing that, despite the orthodox view and even if Hobbes himself seems to assert the contrary, «the understanding of the Hobbesian sovereign as legally unlimited is wrong»¹².

Thus, I will briefly recall (closely following Bobbio’s arguments) the main features of Bobbio’s interpretations of these components of Hobbes’ apparatus, namely the very notion of “natural reason”, the relationship between natural and civil law and the configuration of the Sovereign. As we will see, the result is a reconstruction of these fundamental notions of the Hobbesian framework that is very different from (and, in many ways, radically alternative to) the one proposed by Dyzenhaus.

2. Natural Law and Civil Law

It is perhaps useful to begin our examination of Bobbio’s interpretation with a helpful methodological note from John Rawls, according to whom, when examining an author, it is important to identify the philosophical problems that the author in question regards as fundamental¹³.

Bobbio seems to follow a quite similar method, in his collection of essays devoted to Hobbes’ work, as he identifies the “leading idea” by which Hobbes’s work is driven as the antithesis “anarchy vs. unity”¹⁴. Hobbes’ philosophical ideal is thus the preservation (not of liberty against oppression), but of unity against anarchy, and his enemy is the dissolution of authority, the disruption of the unity of the state.

¹⁰ Dyzenhaus 2022: 101.

¹¹ Dyzenhaus 2022: 99.

¹² Dyzenhaus 2022: 99.

¹³ «[...] we must try to think ourselves into each writer’s scheme of thought, so far as we can, and try to understand their problem and their solution from their point of view and not from ours. When we do this, it often happens that their answers to their questions strike us as much better than we might otherwise have supposed». (Rawls 2007: 103). A comparative reading of Dyzenhaus’, Bobbio’s and Rawls’ interpretation of Hobbes would undoubtedly be of great interest, but, due to the limited extension of this paper, it has to be postponed to another occasion.

¹⁴ Bobbio 1993: 29.

In this sense, Bobbio remarks that Hobbes employs the more elaborated tools of the natural law tradition (such as the state of nature, the social contract, individual rights, natural law), which are all traditionally used as weapons to limit State power, but, on the contrary, he uses them ingeniously «to build a gigantic obedience machine»¹⁵.

Let's start with natural law.

Bobbio analyzes the many differences between Hobbes' conception and the traditional conceptions of natural law, especially regarding the hierarchical primacy of natural law over positive law¹⁶. In the traditional forms of natural law theory (despite their variances), natural law is superior to positive law, Bobbio notes, in the sense that a positive norm which is contrary to natural law is invalid: the conformity to natural law is, thus, the ultimate test of validity of each norm of positive law¹⁷. However, there is also another version of the theory of natural law that is closer to Hobbes'. Even if we can still maintain here that natural law is superior to positive law, since it is the basis for both its legitimacy and its binding force, there is a fundamental difference.

Indeed, according to this version of what we can dub "the thesis of superiority", natural law constitutes the foundation of validity of the positive legal order *considered as a whole*, instead of the single norms.

After the civil power has been constituted, although on the ground of natural law, the individual norms belonging to the system no longer derive their validity from natural laws, but exclusively from the authority of the sovereign, so that single norms can be valid without conforming to the natural law¹⁸.

Of course, this is the short (and rather superficial) version of the story, but Bobbio offers a meticulously detailed and sophisticated analysis of the topic, especially in his seminal essay *Natural Law and Civil Law in the Political Philosophy of Hobbes*¹⁹. Here I will only mention some of the main steps of Bobbio's analysis, again closely following Bobbio's arguments.

As I mentioned before, one of the most important elements of Hobbes' theoretical construction – and one whose appreciation enables us to fully understand why and how Hobbes, starting from natural law assumptions, arrives to firmly and strongly positivistic conclusions – is the deep reformulation of the conceptual apparatus of the natural law tradition that he develops.

One of the most important cases is that of the notion of "reason".

As Bobbio sharply points out, while in the traditional conceptions the *naturalis ratio* (natural reason) is the faculty that finds the essential truths of the first principles, in Hobbes' instrumental view reason is simply a faculty of calculating and

¹⁵ Bobbio 1993: 171.

¹⁶ Bobbio 1993: 149-171 (especially, at pp. 154-167).

¹⁷ Bobbio 1993: 166.

¹⁸ Bobbio 1993: 167.

¹⁹ Bobbio 1993: 114- 148.

drawing conclusions from given premises²⁰. Therefore, rather than discovering (and thus prescribing) what is good or bad *per se*, it shows what is good or bad (or, rather, convenient or inconvenient) in relation to a specific aim or end. “Shows”, rather than “prescribes”: indeed, as Bobbio highlights, Hobbes states many times that natural laws are improperly called laws, because they are better understood, due to the instrumental notion of reason already mentioned, as prudential rules or technical norms²¹. They do indeed oblige, but only in conscience, *in foro interno*, not in external behavior²²: this is a particularly important point, to which I will return shortly.

The problem is therefore to determine the aforementioned end. According to Hobbes, and again unlike in many traditional versions of natural law, the end in question is not a self-evident truth that imposes itself on natural reason but is deduced by reasoning (a series of logical operations) from premises to consequences, through an examination of human nature²³. Being dominated by the instinct of self-preservation, human beings consider life as the higher value. Therefore, the supreme aim, the ultimate end that the fundamental natural law suggests pursuing is the peace (which allows for the preservation of life)²⁴.

If the given end is the preservation of peace, then the first principle of nature prescribes the institution of the civil society and the state, which is the most expedient instrument for obtaining peace and hence preserving life, thus fulfilling the mandate of natural law. Therefore, the state is built upon natural law and civil laws (produced by the state) are thus justified by natural law itself²⁵.

But, according to Bobbio’s assessment, the Hobbesian revisitation of the traditional natural law conceptual apparatus is even deeper and more finely carved.

As I have mentioned before, in Hobbes’ view, natural laws oblige only in conscience. Bobbio comments that, while this seems *prima facie* to be a rather standard element in natural law doctrines, once again, in Hobbes’ theory there is a crucial difference, and an extremely significant modification of this traditional notion²⁶.

According to natural law doctrines that have a religious (or ethical) matrix, indeed, natural law implies absolute values, and, thus, obligation in conscience is un-

²⁰ Bobbio 1993: 118-119

²¹ Bobbio 1993: 56. On this point, see more in detail Bobbio 1993: 44-46.

²² Bobbio 1993: 45-46.

²³ Bobbio 1993: 120.

²⁴ Bobbio 1993: 120. From such first principle of practical reasoning, all other natural laws can be derived almost in a deductive fashion.

²⁵ Bobbio 1993: 122. See, also, the following passage by Bobbio: «Hobbes has thus relied on the law of nature only as a device, which is all the more effective because of its long-standing and authoritative use in the tradition of political thought. Hobbes employs it to provide an acceptable foundation for the absolute power of the sovereign, and thus to ensure the undisputed supremacy of positive law» (Bobbio 1993: 123).

²⁶ Bobbio 1993: 125.

conditioned and stronger than external obligation, which pertains to positive law²⁷. In Hobbes' conception, on the contrary, "obligation in conscience" means nothing other than that natural laws drive us to desire that they be implemented²⁸. And we are only able to move from merely wishing to implement them to actually implementing them when (and if) we have the certainty that we will not harm ourselves in the process²⁹. For if, as we have seen before, natural laws are relative to a purpose (peace and the preservation of life), then it follows that the obligation arising from them is not unconditional but, on the contrary, is tied to the achievement of that very purpose.

Such a certainty is only provided in civil society, in which human conduct is (not conditionally but) unconditionally prescribed³⁰. As Bobbio points out, Hobbes thus turns the traditional «relationship between internal and external obligations upside down. [In his system,] the obligations [...] unconditioned are those that the citizen assumes towards the civil power»³¹. After the establishment of the state, citizens are bound to an absolute obligation of obedience to the sovereign's commands, purely because these are commands of the sovereign and, notably, in complete independence of any evaluation of the content of the commands in question³².

However, exactly here lies one of the major points of discrepancy between Bobbio's and Dyzenhaus' Hobbesian readings. Dyzenhaus, indeed, fiercely opposes the conclusion that natural law basically disappears after the institution of the civil society.

In his view, on the contrary, the laws of nature maintain a fundamental role, conditioning the content of the laws posited by the Sovereign and, thus, providing a criterion of justice internal to positive law, a criterion that enables the legal subjects «to understand its rule as a matter of right rather than unmediated coercive power»³³. It is interesting to note that Bobbio seems to anticipate such an objection by evaluating the argument that the content of positive law is still provided by natural law, which therefore ultimately seems to retain «a function which is both relevant and irreplaceable»³⁴.

The fact is that, if we go down this road (as Dyzenhaus proposes we should do) towards its logical end, Hobbes ends up almost being a sort of Locke *ante litteram*³⁵. In Locke's view, indeed, the state's principal goal is to enforce, with its coercive power, the set of natural rights and duties that precedes the establishment of the state itself.

²⁷ Bobbio 1993: 126.

²⁸ Bobbio 1993: 126-127.

²⁹ Bobbio 1993: 126-127

³⁰ Bobbio 1993: 127

³¹ Bobbio 1993: 126

³² Bobbio 1993: 126.

³³ Dyzenhaus 2022: 101.

³⁴ Bobbio 1993: 128. This conclusion seems to be corroborated, furthermore, also by a famous passage of *Leviathan*, in which Hobbes states that «the law of nature and the civil law contain each other and are of equal extent» (Hobbes 1998: 177).

³⁵ As Bobbio keenly perceives (see Bobbio 1993: 128).

Accepting a similar view implies, thus, accepting a limited state, something that is quite contrary to the central idea of Hobbes' system³⁶. Thus, even if we resist the almost Lockean reading that Dyzenhaus advocates, we seem compelled to accept that the adoption of a natural law apparatus, even if profoundly refined, was a dangerous move on Hobbes' part, a move due to which relevant structural tensions and rather sinister crackles seem to permeate his theoretical construction.

However, in Bobbio's opinion, such a conclusion is not warranted.

Indeed, if we consider attentively Hobbes' work, we discover that not only does positive law confers legal validity to natural laws but is also considerably involved in the determination of its content. Due to their indeterminacy, indeed, the laws of nature are nothing but «empty formulas, which civil power alone can fill with a specific content»³⁷.

A (crucial) passage of the *De Cive* is very explicit, on this point:

Theft, murder, adultery, and all injuries, are forbid by the laws of nature; but what is to be called *theft*, what *murder*, what *adultery*, what *injury* in a citizen, this is not to be determined by the natural, but by the civil law³⁸.

According to Bobbio, this passage is pivotal because, in it, it is possible to fully appreciate the scope of Hobbes' revisitation of the (traditional) relationship between natural and civil law. While the first argumentative moves of Hobbes appeared to suggest that he was stating that natural law exists but is not binding, it is now clear that, actually, he is striking a much heavier blow to natural law tradition: natural law, indeed, is «so indeterminate as to be inapplicable»³⁹. If it depends on civil law to determine what are theft, murder, injury and so on, then, far from receiving its content from natural law, civil law shapes itself completely.

However, Bobbio warns us, an important problem is still to be discussed, a problem that, at first glance, seems to leave the backdoor of Hobbes' system fully open to natural law⁴⁰.

For Hobbes, positive law lies on (and it is justified by) a preexisting natural order. Therefore, in the case of gaps, when positive law is lacking, natural law returns triumphantly on stage, providing juridical solutions to cases which are not expressly regulated by positive laws⁴¹.

³⁶ Bobbio 1993: 128-129.

³⁷ Bobbio 1993: 130.

³⁸ Hobbes 1983: 101. Curiously, while Bobbio focuses with great attention on this passage in his reconstruction, Dyzenhaus, in his rather quick assessment of Bobbio's position on this (central) point, seems to overlook it (see Dyzenhaus 2022: 100, especially at footnote 43).

³⁹ Bobbio 1993: 131.

⁴⁰ Bobbio 1993: 132-135.

⁴¹ As Bobbio remarks, here we can find probably the most significant difference between Hobbes'

But, of course, as already observed, to be applied to concrete cases, natural law must be interpreted. And the authorized interpreter is, not surprisingly, the sovereign, through the person of the judge: it is at the judge's discretion to identify, determine and specify the content of natural law. The sovereign as legislator thus completely shapes the meaning of natural law by creating civil laws, while the sovereign as judge completely determines the meaning of natural law by deciding a question that is not regulated by the legislative power⁴².

To conclude this brief account of some of the key points of Bobbio's reading of Hobbes, we have now to take into considerations the question of the Sovereign and of its (alleged) limitations.

3. A Limited Sovereign?

Concluding his interpretative *tour de force* (both fascinating and controversial) on the topic of "the legal Constitution of the Sovereign", Dyzenhaus states that, contrary to the whole argumentative line developed by Bobbio, «the sovereign as ultimate judge is constrained by the laws of nature, not because it owes duties to its subjects, and despite the fact that Hobbes rejected arguments for the separation of powers. Rather, the constraints come about because of the duty the judges owe to the sovereign to interpret enacted law in the light of their understanding of the laws of nature»⁴³.

Leaving aside the (various) interpretative problems generated by this reading, I would like, at least, to emphasize that it fails to match Bobbio's main challenge: the (radical) indeterminacy of natural law.

However, Bobbio's analysis of Hobbes' system offers also other notable points to be considered regarding the configuration of the sovereign and, especially, the relationship between the sovereign and natural law that, when carefully considered, appear to put to test Dyzenhaus' reconstruction⁴⁴.

Hobbes states very clearly that, while citizens are subject to civil laws, the sovereign himself is not bound to comply with civil laws⁴⁵. However, Hobbes states also very clearly, and apparently very orthodoxly (in a traditional natural law perspective), that the sovereign is bound to observe natural law⁴⁶. Once again, thus, it seems

theory and rigorously positivistic theories (Bobbio 1993: 133).

⁴² Bobbio 1993: 135-136.

⁴³ Dyzenhaus 2022: 136. Dyzenhaus also adds that «[...] the sovereign as first and ultimate judge can either preclude or override such interpretations. However, that does not make the constraints cease to be such; it simply makes them overridable by very explicit words» (ibidem).

⁴⁴ Bobbio 1993: 136-141.

⁴⁵ Hobbes 1983: 99-100; Hobbes 1998: 176.

⁴⁶ Hobbes 1998: 141.

that at the core of Hobbes' system lies a notable tension, that, apparently, paves the way for Dyzenhaus' reading⁴⁷. However, in Bobbio's interpretation, Hobbes avoids even this last pitfall set by traditional natural law theories.

To assess the (real) effectiveness of natural law regarding the Sovereign, let's consider, Bobbio suggests⁴⁸, the two varieties of intersubjective relationship that the sovereign establishes: international relations (i.e. relations with other sovereigns), and internal relations (i.e. relations with his subjects).

As for international relations, in regard to the other sovereigns, the Sovereign finds himself in the same condition as an individual in the state of nature. In other words, he cannot be sure that he will not harm himself if he respects natural law; he cannot be sure that other sovereigns will respect natural law, at least until he and other sovereigns have established a power superior to them all, a power capable of exercising coercive power over those who do not abide by natural law.

As for internal relations, in regard to the subjects, Hobbes states very clearly that, by entering the social contract, every subject bound himself to do all that the sovereign commands, and to avoid all that the sovereign forbids. Every subject considers the actions of the sovereign as his own, thus granting the sovereign the power to establish what is just and what is unjust. It follows, therefore, that the sovereign cannot commit an injustice toward his subjects⁴⁹.

But what if a sovereign violates natural law, for example condemning an innocent to death? Well, the fact is that, in such a case, he commits a wrong toward God, not toward the subjects⁵⁰. And, since no wrong has been committed toward subjects, they do not have the right of resistance, i.e. to react justly and legitimately to an act that is considered unjust and illegal⁵¹.

⁴⁷ See, in this regard, Dyzenhaus 2022: 105-106.

⁴⁸ Bobbio 1993: 138.

⁴⁹ Bobbio 1993: 139.

⁵⁰ Both Bobbio and Dyzenhaus refers to a famous, biblical example of *Leviathan*: «And the same holdeth also in a sovereign prince, that putteth to death an innocent subject. For though the action be against the law of nature, as being contrary to equity, (as was the killing of Uriah, by David) yet it was not an injury to Uriah, but to God. Not to Uriah, because the right to do what he pleased, was given him by Uriah himself: and yet to God, because David was God's subject; and prohibited all iniquity by the law of nature. Which distinction, David himself, when he repented the fact, evidently confirmed, saying, To thee only have I sinned» (Hobbes 1998: 141-142). Dyzenhaus is especially interested in discussing the example (see Dyzenhaus 2022: 123-127), devoting many ingenious, strenuous (and perhaps also a bit tortuous) interpretive efforts to show that adopting such example was a rather clumsy choice, by Hobbes, because «the story cannot be on Hobbes's own terms an exercise of power through law» (Dyzenhaus 2022: 125). Despite the reading which he attempts to foster, however, Dyzenhaus himself recognizes that while Hobbes was clear that David violated the laws of nature, his point was that the subject is precluded from bringing the sovereign to account, that is, from punishing it, because whatever the sovereign does is authorized by the subject [...] Subjects cannot then claim that the sovereign has injured them or treated them unjustly» (Dyzenhaus 2022: 124).

⁵¹ Bobbio 1993: 139-140.

There is, of course, a notable exception, derived from the very premise of Hobbes' system: as already mentioned, such fundamental value is (preservation of) life. The right to life is, thus, inalienable, and, consequently, the duty of obedience ends when the order of the sovereign threatens the subject's life, for example in the case of a death sentence.

But, unlike Beccaria⁵² (who will start from Hobbesian assumptions, while rejecting Hobbesian conclusions), Hobbes does not conclude that capital punishment is unjustifiable. On the contrary, the sovereign has the right to sentence a subject to death who, in his judgment, deserves it. The point is that the covenant between the sovereign and the subject has been broken, at that moment, and both are back in the state of nature⁵³. The sovereign has the right to use force to see his order carried out, in the same way that John Dillinger has the right to try to run faster than the bullets of the marshals, as well as to shoot back.

The elements until now briefly (and rather superficially) recalled help us to understand a last, extremely significant revisitation of the traditional natural law conceptual apparatus that, according to Bobbio, Hobbes operates.

Despite the efforts of Dyzenhaus to suggest otherwise⁵⁴, indeed, as Bobbio acutely observes, completely lacking, in Hobbes' works, is a theory of the abuse of power.

That's not surprising: abuse consists in going beyond established limits, and, therefore, «there cannot be abuse where there are no limits»⁵⁵. Thus, as Bobbio points out, Hobbes rejects, once again, a traditional and even vexed distinction: that between pure and corrupts forms of government, between king and tyrant⁵⁶. This is a particularly important step that once again demonstrates the powerful innovation and radical reformulation of the natural law apparatus developed by Hobbes. Such a reformulation, when fully appreciated, seems to pose extremely significant challenges to the fascinating yet controversial reading that Dyzenhaus proposes to us.

⁵² And as, nowadays, Luigi Ferrajoli does, starting from social-contractarian, and especially Hobbesian, assumptions and explicitly criticizing those authors, like Hobbes, who, on the same basis, justified, on the contrary, the death penalty (see Ferrajoli 2016: 200-203).

⁵³ Bobbio 1993: 140-141.

⁵⁴ See, especially, Dyzenhaus 2022: 120-121.

⁵⁵ Bobbio 1993: 59.

⁵⁶ Bobbio 1993: 59-60. As Bobbio points out, indeed, in Hobbes' view, a (legitimate) reason for subjects to regard themselves as exonerated from the duty of obeying to the Sovereign, rather than the excess of his power is the lack of it. Indeed, a sovereign (being it a man or a civil person) who is no longer capable of protecting the subjects, avoiding the collapse again in the state of nature, is no more fulfilling its task, and subjects are therefore absolved of their obedience. See, on this point, Hobbes 1998: 147: «The obligation of subjects to the sovereign, is understood to [114] last as long, and no longer, than the power lasteth, by which he is in what cases able to protect them. For the right men have by nature to protect subjects are themselves, when none else can protect them, can by no covenant be absolved of their relinquished».

4 Concluding Remarks

As I mentioned at the outset, the brief length of an essay cannot hope to do justice to even a single chapter, let alone Dyzenhaus' volume in all its fascinating complexity, especially one as dense, provocative and stimulating as that devoted to Hobbes. I hope, however, to have picked up at least some of the key elements on which Dyzenhaus bases his interpretation, and at the same time to have given some of the reasons that make Bobbio's Hobbes, at least in my opinion, still more convincing than the Hobbes that Dyzenhaus proposes to us.

Of particular relevance are the (significant) revisions of the traditional natural law theory's apparatus that, according to Bobbio, Hobbes develops.

Among the most notable of these revisions we find: the reformulation of the very notion of "natural reason", which, as before mentioned, for Hobbes is nothing more than a faculty of calculating and of drawing conclusions from certain premises; the depletion of the (traditional conception of) natural law, whose (radical) indeterminacy is often highlighted by Hobbes; the revision of the traditional relationship between natural and civil law; the abandonment of the traditional theory of the abuse of power.

Minimizing these radically innovative elements of Hobbes' system, Dyzenhaus' reading ends up being often uneconomical, unduly emphasizing tensions internal to Hobbes' systems that, after such an invigorating treatment, require complex (and sometimes convoluted) interpretative efforts to be solved.

For sure, I am not claiming at all that the system of Hobbes is always perfectly consistent and exempt from any structural tension. On the contrary, as also Bobbio recognizes⁵⁷, Hobbes' theoretical construction is far from the consistency of a (completely) positive law theory and, furthermore, Hobbes didn't explore all the possible consequences following from the natural law premises based on which he built his system.

Still, it seems to me that the Bobbian reading of Hobbes is best suited to make sense of the logical rigor, the overall internal coherence, the brave novelty and the intellectual audacity of the path that leads Hobbes, not without dangerous turns and rather adventurous passages, from natural law premises to positive law conclusions.

Reading Dyzenhaus' captivating prose, one sometimes wonders why this author did not choose Locke directly as the starting point of his journey instead of going to such lengths to elaborate this quasi-Lockean Hobbes. No less classic than Hobbes, Locke (at least, that's my impression) would have fit Dyzenhaus' picture far better and also been far less controversially open to reinterpretation through Hartian eyes.

However, enough with the idle curiosity of the reader. Luckily, the author decided otherwise, presenting us with a controversial, interesting and thought-provoking

⁵⁷ Bobbio 1993: 167.

Hobbes, which, surely, will be among the many reasons of the widespread attention, the heated debates and the influential reflections that Dyzenhaus' remarkable book, it is easy to predict, will not fail to generate.

References

- Bobbio, N. (1993). *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition* (Translation by Daniela Gobetti of N. Bobbio, *Thomas Hobbes e il diritto naturale*, Torino, Einaudi, 1989), Chicago-London, The Chicago University Press.
- Dyzenhaus, D. (2022). *The Long Arc of Legality. Hobbes, Kelsen, Hart*, Cambridge-New York- Melbourne-New Delhi, Cambridge University Press.
- Ferrajoli, L. (2016). *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale* (first edition 2014, edited by Dario Ippolito and Simone Spina), Napoli, Editoriale Scientifica.
- Hobbes, Th. (1983). *De Cive (the English Version, 1651, Latin Version 1642)*, ed. By Howard Warrender, Oxford-New York-Toronto, Oxford University Press.
- Hobbes, Th. (1998). *Leviathan* (1651), edited and introduced by J.C.A. Gaskin, Oxford- New York, Oxford University Press.
- Rawls, J., (2007). *Lectures on the History of Political Philosophy*, ed. by S. Freeman, Cambridge-London, Harvard University Press.

Legality as Such: Further Thoughts on David Dyzenhaus, *The Long Arc of Legality*

Brian H. Bix*

Abstract

The subtitle of David Dyzenhaus's book, *The Long Arc of Legality*, is: *Hobbes, Kelsen, Hart*. And Dyzenhaus's ultimate objective in the book is seemingly a natural law or anti-positivist position. In particular, the text puts forward a distinctive view of the moral content of law and "legality". Attempting to get to that destination via three figures (Hobbes, Kelsen, and Hart) associated with both amoral and legal positivist positions seems like a strange strategy, or perhaps just a difficult self-imposed challenge, and thus an opportunity to show mastery. Despite, or perhaps *because of*, that difficulty, the book is a very impressive achievement, raising fundamental questions about the way we think about adjudication in particular and law in general.

Keywords: David Dyzenhaus. H.L.A. Hart. Thomas Hobbes. Hans Kelsen. Legality.

It is said of the great American judge and legal commentator, Oliver Wendell Holmes, that when he sat on the United States Supreme Court (which he did for 30 years, from 1902 to 1932), he «like[d] to needle his fellow justices in conference by saying, "I will admit any general proposition you like and decide the case either way"»¹. In part, this reflected Holmes' famous (American legal realist-style) view, expressed in a well-known dissenting opinion, that «[g]eneral principles do not decide concrete cases»². But another part of that quotation (whether real or apocryphal), reflects the superiority of Holmes's mind to that of most of his fellow Justices (at least until Louis Brandeis joined Holmes on the Court in 1916; Brandeis would serve until 1939). One can also imagine this sort of intellectual game and challenge at "The Metaphysical Club" (where Holmes attended with other luminaries of New England intellectual life, though, it appears that Holmes

* Frederick W. Thomas Professor of Law and Philosophy, University of Minnesota, 19th Avenue South, Minneapolis, MN 55455, United States, bix@umn.edu.

¹ Budiansky 2019b: p. 243; see also Budiansky 2019a.

² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905) (Holmes, J., dissenting).

may only have appeared for a brief period³) or some other comparable venue.

The thought of intellectual challenges taken up by the vastly learned, attached to a particular and important theoretical point to be made, comes to mind when revisiting David Dyzenhaus's monumental work, *The Long Arc of Legality*⁴. I focus especially on the subtitle of the text: *Hobbes, Kelsen, Hart*. Dyzenhaus's ultimate destination is what, at least at first glance, appears to be a natural law or anti-positivist position: «[T]o be legal, to count as valid law, law must be interpretable in a way which respects ... fundamental principles» (3). So, attempting to get to that destination via three figures associated with both amoral and legal positivist positions seems like a strange strategy, or perhaps just a difficult self-imposed challenge, and thus an opportunity to show mastery.

Consider the three theorists chosen. Thomas Hobbes is associated with the extreme view that subjects have an obligation to obey the State (*Leviathan*) in almost all circumstances, even when the rules and actions of the State are deeply immoral. This is because, in Hobbes' view, any other attitude would lead to the chaos of a stateless society, "the war of all against all"⁵. The only restrictions Hobbes offers on such obedience is that no one need assent to orders for their own death; no one would rationally give up the right of self-defense, to defend one's own life, as part of a social contract⁶. Also, connected with that contract, if the Sovereign breaks the terms of the agreement, by not securing basic order, then subjects are also no longer bound⁷.

For Hans Kelsen, it appears to be central to his "Pure Theory of Law", that, as he wrote, «[a]ny content whatever can be law; there is no human behaviour that would be excluded simply by virtue of its substance from becoming the content of a legal norm»⁸. Kelsen's analysis of the nature of law is general and abstract, about general form rather than particulars of substance. And H. L. A. Hart had also written in abstract terms about the general nature of law. He sharply criticized the German theorist Gustav Radbruch for believing that rules could lose their status as "law" when they were deeply immoral⁹.

As stated, Dyzenhaus appears, like Holmes, to give himself a seemingly impossible task, to start from theorists conventionally believed to be hostile to the idea that

³ Menand 2001: 201, 216.

⁴ Dyzenhaus 2022. References to that book will appear in the text as page numbers within parentheses.

⁵ Hobbes 1909: Part I, ch. 13, at 98 («this warre of every man against every man»); see also Kavka 1983.

⁶ Hobbes 1909: Part I, ch. 14, at 101-102 («And therefore there be some Rights, which no man can be understood by any words, or other signes, to have abandoned, or transferred. As first a man cannot lay down the right of resisting them, that assault him by force, to take away his life»). Hobbes seems also to ascribe to subjects a right of disobedience when the subjects' families or honor are at stake. Lloyd and Sreedhar 2022: § 9

⁷ See, e.g., Barker 1951: p. 92 n. 1; Lloyd and Sreedhar 2022: § 9.

⁸ Kelsen 1992: § 28, at 56.

⁹ Hart 1958: 616-621. On Radbruch, see, e.g., Radbruch 2006a, 2006b.

there are substantive restrictions on (what can count as) law, and, starting from the works of such theorists, still come up with an argument for just such restrictions. Obviously, the task would have been far different – and much more straightforward – had Dyzenhaus grounded his work on the ideas of well-known natural law theorists or anti-positivists, like John Finnis¹⁰, Lon Fuller, Ronald Dworkin, Nigel Simmonds, Mark Murphy, or Robert Alexy (many of these theorists get some mention in *The Long Arc of Legality*, but none are subject to the detailed focus given to the amoral or legal positivist theorists mentioned in the subtitle).

As I wrote in my earlier review of this work in the journal *Ethics*¹¹, Dyzenhaus's ability to weave what appear to be stray threads of arguments, often from more obscure sources¹², into an unconventional but tenable view, is impressive, but, as I also noted, these contrarian readings of the amoral and legal positivist theorists will not convince everyone. But it is important to remember that Dyzenhaus's primary objective here is *not* exegetical. It is *not* essentially about fighting it out, reference by reference, to determine what Kelsen *really* advocated¹³, or what Hobbes *really* meant (which is not to say that I think that Dyzenhaus is just making things up; he has genuinely found these contrary themes and ideas hidden in the corners of these theorists' works, and his *is* an important challenge to conventional readings of these theorists). The ultimate objective of *The Long Arc of Legality* is to support an argument about the nature of law, the nature of legality, and the implications it has for how judges, legislators, and legal subjects should respond to unjust law: all of this may hold up regardless of what we might conclude regarding the historically-most-accurate understanding of any particular theorist.

It is crucial to note that, when we leave the details of interpreting particular texts and look at matters in a more general (and more abstract) way, the basic argument seems strong. The underlying question is whether it is in fact true that law can have *any content* – here, again, we are properly indifferent as to whether this near-quotation from Kelsen (that law *can* have *any content*) represented Kelsen's most settled view on the question or not. Dyzenhaus's basic assertion is that law, *qua* law, involves certain principles, certain constraints, certain promises, that there is a

¹⁰ The book includes an Appendix, which offers to explain the absence of Finnis from the text (435-443). Though the disagreement is described as one about different approaches to law and legal theory, much of the Appendix details policy positions Finnis has advocated, positions with which Dyzenhaus (understandably) takes strong exception.

¹¹ Bix 2023.

¹² For example, a key piece of Dyzenhaus's argument about Kelsen comes from a quotation from a (previously untranslated) 1924 article, where Kelsen states that the basic norm «corresponds to a certain degree with ... [the] social contract ...». (161, quoting Hans Kelsen, "Die Lehre von den drei Gewalten oder Functionen des Staates" (1924), reprinted in Klecatsky, Marcic and Schambeck 1968: 1625, 1652 (Dyzenhaus' translation)).

¹³ At one point, Dyzenhaus comments: «I must acknowledge that my interpretation of Kelsen is unorthodox» (163).

the sort of mutual restraint, «a relationship of reciprocity between ruler and ruled» (17), as indicated both by the social contract tradition and, more recently, by Lon Fuller’s “principles of legality” (“inner morality of law”)¹⁴. The view is that if “legality” means something, if it has substantive content (I leave the Fullerian question of required procedural or process-based standards¹⁵ aside for now), then Dyzenhaus is correct that legal officials – and, particularly, judges – should re-interpret or refuse to enforce certain norms, “in the name of law”.

Recall Hart’s famous phrasing, that law must be understood as being something more than the «gunman situation writ large»¹⁶. This was part of a hermeneutic-style argument against John Austin’s command theory, a criticism that the latter theory was not able to account for the way in which some subjects took an internal point of view to law, viewing the law as giving them reasons for action. Although, notice that this argument from Hart operates at one step removed: that the theorist should take into account the fact that (*some*) subjects *accept the law, treat the law* as giving them reasons for action. Why should we care about the attitude of individuals, especially if such attitudes might be mistaken?

Hart’s hermeneutical point – that theorists should take into account the attitude of actors – makes obvious sense when speaking about simple purposive activities, like games. One only starts to understand a game one is watching when one knows basic information about purposes: Are the players trying to win? What is needed for a win? What counts as a score?, etc. While law is clearly a purposive social activity, it is not purposive in the simple or straightforward sense that (say) chess or football is.

John Finnis’s critique of Hart was along these lines: that a theorist should not just focus on, or incorporate *any subject’s view* that happened to accept the law or consider it as giving reasons for action, but should instead focus on those instances where the acceptance was *justified* as a matter of morality, as a matter of practical reason¹⁷. When Hart says that law is more than the gunman situation writ large, he might be taken as making the same sort of sociological or psychological point about people’s attitude towards law¹⁸. As Dyzenhaus points out, at various points Hart seems to view law not merely as something that others *treat* in a particular way, but as something that regularly *deserves* such treatment. In Dyzenhaus’s characterization of the view, law (the State) «wields authority rather than sheer coercive power» (357).

The stark alternative to Dyzenhaus’s position, an alternative which I think the book might have given more attention to, is the argument that law has *no* necessary or implied content, that it involves, on its own, *no* express or implied promise to sub-

¹⁴ Fuller 1969.

¹⁵ See Fuller 1969; see also Gardner 2012: 195-220 (on Fuller).

¹⁶ Hart 1958: 603.

¹⁷ Finnis 2011: 3-18.

¹⁸ Cf. Tyler 2006; see also Schauer 2015 (arguing that most obedience is based on coercive sanctions for disobedience).

jects, and that it can contain the most egregious immorality (or procedural irregularity) and still be “law”, “legal”, or “a legal norm”. Dyzenhaus does mention the way that Hart at times seems to treat law as «morally inert» (74-75). Lon Fuller, back in 1958, clearly senses the way in which Hart (and other legal positivists) seem to want to have it both ways on the moral status of law. Here is Fuller on Hart’s view:

On the one hand, we have an amoral datum called law, which has the peculiar quality of creating a moral duty to obey it. On the other hand, we have a moral duty to do what we think is right and decent. When we are confronted by a statute we believe to be thoroughly evil, we have to choose between those two duties. [¶] If this is the positivist position, then I have no hesitancy in rejecting it. The “dilemma” it states has the verbal formulation of a problem, but the problem it states makes no sense. It is like saying I have to choose between giving food to a starving man and being mimsy with the borogoves¹⁹.

Hart *does* seem to want to have it both ways. Or, perhaps, he seems to want to have it one way at one phase of his argument, and a different way during a different phase of his argument.

Again, though, the proper focus is *not* the exegetical one of trying to determine Hart’s most authentic or most settled views, but one of trying to find the position that is most defensible. For many people, the picture of law as «morally inert» (whether attributed to Hart or not) is too deeply unattractive – and this is, in part, because the label of “legality” seems to carry at least a residual, and positive, moral content²⁰. However, a more substantive argument is needed to transform intuitive revulsion, or simple intuition, into a persuasive philosophical analysis.

Dyzenhaus does have some responses to the law as morally inert option. The book suggests that while such a position *might* be tenable to citizens facing a legal system they consider to be oppressive and unjust, it is not tenable for an official within a system. As regards a citizen viewing the law as morally inert, there is here an analogy with Hans Kelsen’s suggestion that an anarchist would not presuppose the Basic Norm, and (thus) would not see the actions of legal officials in a normative way²¹. As regards an official in a legal system, whose task it is to apply the system’s laws to its subjects, the matter is different. Consider this argument from Joseph Raz:

I have contrasted accepting a rule concerning the behaviour of the agent (“I ought not to buy sweets”) and accepting a rule concerning the behaviour of another (“He ought not to buy sweets”). I can believe in the validity of the first for reasons

¹⁹ Fuller 1958: 656.

²⁰ For apparent empirical support, see Flanagan and Hannikainen 2022, critiqued by Himma 2023: 359-363.

²¹ Kelsen 1992: § 16, at 34.

of self-interest or convenience. But I cannot justify a belief in the validity of the second by such reasons²².

That is, when one tells *someone else* what to do, one must be (implicitly) claiming that there is a moral reason for that prescription. Dyzenhaus offers a similar comment: «[F]rom the internal point of view of a legal official charged with interpreting the law, the answer to a question about what the law requires must be the judge's good faith and best shot of showing... that the answer is based on principles which justify it to those whom it affects» (212, footnote omitted).

Yet, it is important to note that not everyone accepts the simple move from official actions to (believed or assumed) moral reasons for action. Matthew Kramer famously wrote of a hypothetical country, «Despotia», where «the norms which establish legal requirements are imperatives rather than prescriptions» and «the pronouncements that affirm legal duties ... do not necessarily advert or profess to advert to any more reasons-for-action»²³.

Officials might in fact view law, qua law, as morally inert. This is not, by the way, applicable only to dictatorships or amoral officials. The officials may have entirely mundane and good-faith views: e.g., that law is to be evaluated by its compliance or non-compliance with (external) morality, and that where the two conflict, officials will face a moral dilemma, having to choose between the injustice of the law on the one hand, and, on the other hand, some combination of the officials' oath to enforce the law and whatever good consequences follow (in a Hobbesian way, or otherwise) from the robust presence of this, or perhaps any, legal system.

There is also the probing question about legal status raised in Javier Gallego's review of this book²⁴ – a question not only for Dyzenhaus, but indeed for a wide range of theorists, from the American legal realists to Gustav Radbruch to Ronald Dworkin to Mark Greenberg: when or in what form does law (begin to) “exist”: when enacted and/or promulgated, when the judge announces it, when the norm in question passes some “legality” test, or when it passes some moral test (in Dyzenhaus's terminology) “external” to the law? Gallego argues that the disagreements among theorists here may be ultimately metaphysical²⁵. However, as Brian Leiter has pointed out, such fading into metaphysics may indicate a badly wrong turn somewhere in our analysis, and we are well advised to return to the sort of practice-focused analysis advocated by H. L. A. Hart and others.²⁶ But Gallego's point – against theorists generally, not just against Dyzenhaus – is that jurisprudential views about the enforcement of law often hide in their premises about law aspects of their

²² Raz 1984: 130.

²³ Kramer 1999: 89.

²⁴ Gallego 2023: 471-473.

²⁵ See Gallego 2023: 472-473.

²⁶ Leiter 2020.

conclusions regarding what judges should be enforcing.

Dyzenhaus, in *The Long Arc of Legality*, does inject substantive moral or moral-like content into the idea of “legality”, even if it involves a «pragmatist account of morality» (357) (as Dyzenhaus himself hints, a topic worthy of a large book of its own, and certainly beyond the matters I can give due consideration to in the present short article). However, it is useful to remember that “legality” is a quirky (as well as somewhat amorphous) attribute. As Leslie Green and Thomas Adams write: «A [musical] fugue may be at its best when it has all the virtues of fugacity; but law is not best when it excels in legality; law must also be just. A society may therefore suffer not only from too little of the rule of law, but also from too much of it»²⁷. And consider also the famous words of Grant Gilmore:

Law reflects but in no sense determines the moral worth of a society. The values of a reasonably just society will reflect themselves in a reasonably just law. The better the society, the less law there will be. In Heaven there will be no law, and the lion will lie down with the lamb. The values of an unjust society will reflect themselves in an unjust law. The worse the society, the more law there will be. In Hell there will be nothing but law, and due process will be meticulously observed²⁸.

Green and Adams and Gilmore may be indicating something distinctive about law and legality. Perhaps that quality, that essence, is neither morally inert, on the one hand, nor, on the other hand, sufficiently morally positive to create obligations to obey for the law’s subjects or significant constraints on the actions of judges.

Throughout *The Long Arc of Legality*, the text returns persistently to the question it puts in the mouths of demanding legal subjects (and in the imagination of self-conscious judges, worrying in good faith about the perception of legal subjects): «“But, how can that be law for me?”» (e.g., 121). The question to be considered is how much emphasis, and what sort of intonation, to be given to “law” in that query. Consider, in rough analogy, United States Chief Justice Marshall’s famous comment in an important early U.S. Supreme Court case, that «we must never forget that it is *a constitution* we are expounding»²⁹. Chief Justice Marshall’s quotation regarding constitutional interpretation has been endlessly repeated, but with those quoting it drawing quite different lessons from the fact that what is being interpreted is «*a constitution*». The question of how «that can that be *law* for me» might warrant only a reference to the regulation being of a certain kind or having followed a certain procedure, or a particular approach to regulating behavior, or meeting a particular moral standard, depending on whom one asks.

²⁷ Green and Adams (2019): § 4.2.

²⁸ Gilmore 1977: 110-111. For some additional cautionary notes about (the rule of) law, see Horwitz 1977.

²⁹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 407 (1819).

Conclusion

As this article indicates, *The Long Arc of Legality* offers a complex set of arguments on a series of issues central to our understanding of law and of state legitimacy. It will warrant intellectual exchanges like the ones in the present journal for a long time to come. As I wrote in my earlier review: «the edifice *The Long Arc of Legality* constructs is undoubtedly impressive, and those of us working in legal philosophy cannot ignore the challenges that the work raises».³⁰

Bibliography

- Barker, E. (1951). *Essays on Government*, Oxford, Oxford University Press, II ed.
- Bix, B. (2023). *Book Review*, «Ethics», 133, 2, 307-310.
- Budiansky, S. (2019a). 'Interview with Ronald Collins', *ScotusBlog*, March 28, 2019, <https://www.scotusblog.com/2019/03/ask-the-author-the-great-oracle-of-american-legal-thought-revisiting-the-life-and-times-of-justice-holmes/> (last accessed, 6 May 2024).
- Budiansky, S. (2019b). *Oliver Wendell Holmes*, New York, W.W. Norton.
- Dyzenhaus, D. (2022). *The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law & Natural Rights*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press.
- Flanagan, B. and Hannikainen, I. (2022). *The Folk Concept of Law: Law Is Intrinsically Moral*, «Australasian Journal of Philosophy», 100, 1, 165-179.
- Fuller, L.L. (1958). *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, «Harvard Law Review», 71, 4, 630-672.
- Fuller, L.L. (1969). *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven: Yale University Press.
- Gallego, J. (2023). *Legal Positivism's Internal Morality*, «Oxford Journal of Legal Studies», 43, 2, 456-474.
- Gardner, J. (2012). *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press.
- Gilmore, G. (1977). *The Ages of American Law*, New Haven, Yale University Press.
- Green, L. and Adams, T. (2019). *Legal Positivism*, in Zalta, E. N. (ed.), «Stanford Encyclopedia of Philosophy», <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>.
- Hart, H.L.A. (1958). *Positivism and the Separation of Law and Morals*, «Harvard Law Review», 71, 4, 593-629.

³⁰ Bix 2023: 310.

- Himma, K.E. (2023). *Replacement Naturalism and the Limits of Experimental Jurisprudence*, «Jurisprudence», 14, 3, 348-373.
- Hobbes, T. (1909). *Leviathan*, Oxford, Oxford University Press (originally published in 1651).
- Horwitz, M.J. (1977). *The Rule of Law: An Unqualified Human Good?*, «Yale Law Journal», 86, 3, 561-566.
- Kavka, G. S. (1983). *Hobbes's War of All Against All*, «Ethics», 93, 2, 291-310.
- Kelsen, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory* (B. L. Paulson and S.L. Paulson, trans.), Oxford, Oxford University Press.
- Klecatsky, H., Marcic, R. and Schambeck, H. (eds.) (1968). *Die Wiener Rechtstheoretische Schule: Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*, vol. 2, Vienna, Europa Verlag.
- Kramer, M. (1999). *In Defense of Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press.
- Leiter, B. (2020). *Critical Remarks on Shapiro's Legality and the "Grounding Turn" in Recent Jurisprudence*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3700513.
- Lloyd, S.A. and Sreedhar, S. (2022). *Hobbes's Moral and Political Philosophy*, in Zalta, E.N., Nodelman, U. (eds), «The Stanford Encyclopedia of Philosophy», <https://plato.stanford.edu/entries/hobbes-moral/>.
- Menand, L. (2001). *The Metaphysical Club*, New York, Farrar, Straus and Giroux.
- Radbruch, G. (2006a). *Five Minutes of Legal Philosophy* (B.L. Paulson and S.L. Paulson, trans.), «Oxford Journal of Legal Studies», 26, 1, 13-15.
- Radbruch, G. (2006b). *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law* (B.L. Paulson and S.L. Paulson, trans.), «Oxford Journal of Legal Studies», 26, 1, 1-11.
- Raz, J. (1984). *Hart on Moral Rights and Legal Duties*, «Oxford Journal of Legal Studies», 4, 1, 123-131.
- Schauer, F. (2015). *The Force of Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Tyler, T.R. (2006). *Why People Obey the Law*, Princeton: Princeton University Press.

Three Puzzles on the Foundations of Law

Giovanni Battista Ratti*

Abstract

In this essay, I analyse some of Dyzenhaus's views on Hart's theory of law, which he formulated in his book *The Long Arc of Legality*. In particular, I examine the question of the formal or substantive nature of the fundamental character of constitutions, the reconstruction of the rule of recognition as the ultimate rule of a legal order and its internal or external character in relation to such an order, and the possibility that Hartian legal positivism emerges from the "gunman writ large" explanation advocated by the imperative theory of law. A concluding coda is devoted to analysing the debate between inclusive and exclusive forms of positivism as Dyzenhaus sees it. In addressing these issues, I draw largely on Dyzenhaus's insights, but often come to different and sometimes even opposite conclusions.

Keywords: David Dyzenhaus. HLA Hart. Rule of Recognition. Legal Positivism.

Foreword

One of the main theses of David Dyzenhaus's rich and densely argued book, *The Long Arc of Legality* (LAL for short), is that legal positivism, despite all appearances, contains or is a theory of legitimate political authority, not only in the sense that it reconstructs the law as something different and more complex than a simple set of institutional directives backed by coercion, but also in the sense that it deploys a series of tools which rest on the idea of constitutionalizing the law, in turning its absolute power and potentially arbitrary content into a legally limited one, against

* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, Via Balbi 30/18, 16126 Genova, Italia, gbratti@unige.it.

The research was supported by funding from the European Union under the HORIZON WIDERA project number 101079177, titled "Advancing Cooperation on the Foundations of Law" (ALF). The project is implemented by a consortium of the Universities of Belgrade, Genoa, Lisbon, and Surrey.

the tradition inaugurated by Bentham and Austin. Law is not only “might”, but also “right”, as Dyzenhaus recurrently affirms.

To support this thesis, Dyzenhaus analyses in detail the works of Thomas Hobbes, Hans Kelsen and HLA Hart. In his view, if we read them correctly, we can see that they all made contributions that more or less explicitly took positivism out of the gunman situation writ large and turned it into a kind of constitutionalism (i.e. the idea that legal power has limits). His book can thus be seen as a kind of approximation to a positivist mindset, though not in the sense that Dyzenhaus has become a full-fledged “methodological positivist”¹ (i.e. someone committed to a value-neutral, objective, conceptual reconstruction of law), but in the other sense that foundational thinkers in the positivist tradition – such as Hobbes, Kelsen and Hart – are closer to constitutionalism than it might first appear, and that positivism is better suited than other theories to address the relations between law and morality (something that is lost in the one-system theory developed by Dworkin in recent years, where law disappears and everything becomes morality)².

Dyzenhaus’s book is a monumental work, rich in sophisticated arguments and profound insights. I cannot do it justice in an essay of a few pages. I will limit myself here to Dyzenhaus’s interpretation of some of Hart’s tenets which can be found in chapter 3. In particular, I will deal with some issues related to the final layers of legal orders, issues that I have always found congenial because they have a logical component related to the possibility of slipping into a problem of infinite regress, as well as the question of whether Hart has really succeeded in overcoming the gunman situation writ large.

These questions are: 1) the formal or substantive nature of the fundamental character of constitutions; 2) the reconstruction of the rule of recognition as the ultimate rule of a legal order; and 3) the possibility for Hart’s legal positivism to get out of the “gunman writ large” explanation.

I will argue that Hart was not so successful on the last issue, whereas he was a (partial) innovator on the second issue (the rule of recognition), even though not for the reasons for which he is normally credited with having changed legal theory. Regarding the first issue, I will argue that Hart’s theory, read through the lenses of the primary/secondary rules dichotomy as applied to different types or layers of norms, can easily accommodate a substantive constitutionality, but that Dyzenhaus is right in affirming that, as it was formulated, Hart’s theory is full of ambivalence regarding the status of the ultimate norms of the system.

In a coda, I will also say something about the interesting remarks Dyzenhaus

¹ The *locus classicus* is Bobbio 1961. For an interpretation of Bobbio as a mainly ideological positivist, see Dyzenhaus 2025.

² This idea is reminiscent of Scarpelli’s (1965) view that legal positivism is better understood as an ideological stance in favour of the positive law of liberal and democratic states.

makes in the first appendix about the post-Hartian debate between inclusive and exclusive legal positivism, about which I happen to have not dissimilar ideas to Dyzenhaus as far as legal theory is concerned, so that our main (and most important) difference is to be sought at the level of metaethics.

1. The Bases of Constitutionality

Dyzenhaus poses two questions about the foundations of the constitutionality of a legal system. One concerns the question of whether the constitution lies within or outside the legal order. I will not address this question in this section, because I will deal with a similar question concerning the rule of recognition in the next one. However, I am inclined to the view that, for conceptual reasons, the constitution is a set of valid rules of the system that are recognized as independent norms belonging to the legal order by extensive identification, in the sense made clear by Eugenio Bulygin (1991).

The other question is presented as follows:

there seem to be two rival versions of the basis of constitutionality, of its fundamentality. Is it a set of formal authorization rules authorizing legislators, judges and other legal officials to make, interpret and implement the law or is it a set of substantive principles materially limiting what officials, including legislators, are permitted to do, for example, by entrenching individual rights against the state, as in a bill-of-rights legal order? (LAL, 190)

The natural answer for positivists, as Dyzenhaus envisages, is that *it is both*. But this is problematic according to him:

The answer ‘both authorization rules and substantive principles’ is vulnerable to the following challenge. In a parliamentary legal order, there are authorization rules: the formal and procedural rules of ‘manner and form’ the parliament must follow to make law. But there may seem to be no substantive principles, at least none which limits the parliament’s authority to make a law with any content. So, the answer to the question of constitutionality might appear to be the one which Hart would offer: necessarily authorization rules and contingently, in addition, substantive principles. Hartian legal theory, that is, both rejects Austin’s claim that a bill-of-rights constitution is not law properly so-called and purports to be agnostic on the question whether a legal order should have such a bill-of-rights constitution. However, Hartian legal theory is committed to the view that the legal order of a modern legal state will contain formal authorization rules in its ‘secondary’ rules. (LAL, 191)

Within this framework, Dyzenhaus argues that «the rule of recognition is an at-

tempt to express a political commitment to confining the constitution to such [formal] rules in an apparently neutral fashion» (LAL, 194) – an attempt that, according to Dyzenhaus, is doomed to failure due to the ambiguity of the concept of the rule of recognition as used in legal positivism³.

My view on this point, following the insights of Guastini (2014: 57-8), is that constitutions and statutes (or more generally: non-constitutional precepts) have different conceptual requirements. This is due to the fact that constitutions consist primarily of norms on legal production, conferring law-creating powers, and are therefore directed at state bodies, while statutes consist primarily of rules of conduct that are directed at citizens. While a constitution without power-conferring rules (i.e. secondary rules), which grant the state organs the power to enact, amend and repeal norms, would be meaningless, it is possible to design a constitution without substantive rights or principles (i.e. without primary rules or rules of conduct). In contrast, statutes are usually aimed at the general public and are therefore mainly (but of course not exclusively) formed by primary rules. It would be pointless to have norms that are directed at the general public without primary rules among them. A system consisting only of norms of competence would be pointless for controlling human behaviour at this level.

Within the constitution, primary rules – under the guise of substantive principles – are usually used to limit the discretion of the delegated lawgiver, as Dyzenhaus notes, so that primary rules are also part of the strategy of how legal power is to be organized. The existence of primary rules in the constitution may thus be seen as an indirect way of removing some of the legislator's power. However, these substantive norms can also be seen, especially in relation to social rights, as norms that impose an obligation on state bodies to actively carry out certain actions that are necessary for the fulfilment of certain rights. These norms – which both prohibit the creation of certain norms with a certain content or oblige the state power to enact rules that realize social rights – are thus an indispensable technique when it comes to setting negative and positive limits to legislative competence. From the point of view of positivism, there is no reason why there should or should not be primary rules in constitutions. The fact that secondary rules play a major role does not mean that primary rules cannot act here as second-order instruments to limit the legislature's competence.

Contrary to this possible solution of the conundrum, Dyzenhaus affirms that «legal positivists seem committed to the claim that the legal constitution should ultimately be one which consists only of formal authorization rules» (LAL, 194). And, very interestingly, he adds: «Perhaps, then, the legal positivist answer to the question of constitutionality is that the constitution of every legal order is fundamentally its rules of change, that is, its formal authorization rules» (LAL, 199). And this for political rather than technical reasons: Hart and his followers are seen by Dyzen-

³ I shall address such an ambiguity mainly in the next section.

haus as formal legal constitutionalists who demand on substantive grounds that the legislature has the last word when it comes to settling disagreements over rights, and this cannot be the case if the legislature is obliged to follow the substantive rights set out in a constitution when such disagreements arise. If the Constitution consists only of formal rules (i.e., Hart's rules of change) and it is sufficient to determine which rules belong to the legal order, what is the fate of the rule of recognition? It seems that it loses its identificatory aspect and simply turns into the acceptance of the legal order by a certain number of subjects who are supposed addressees of the norms of such an order. This leads to the conclusion that in Hart's view, as reconstructed by Dyzenhaus, the constitution is legal, that it should be limited to formal rules of authorization, such as one finds in a parliamentary legal order, and that, once so limited, the law made by parliament enjoys legitimate authority (LAL, 203). But, Dyzenhaus argues, «Once the concession is made that the constitution is legal and that it is the locus of legitimate authority, it is difficult [...] to confine the constitution to formal authorization rules» (ibid.). This is so because Hartian legal positivism abound in ambivalences:

legal positivism holds that the constitution is legal, but is ambivalent about whether its authority is located in or outside of legal order. That ambivalence leads to another, about whether whatever gives the constitution authority (an ultimate rule or a basic norm) is itself in or outside the legal order. Moreover, in this register legal positivism still tends to cling to the claim that the constitution either should be or is in fact limited to formal authorization rules, though in its attempts to rise above the constitutional theory fray, it is usually compelled to concede that the constitution can contingently (though perhaps unwisely) contain substantive principles (LAL, 203).

Dyzenhaus is surely right when he says that Hart's positivism is ambiguous on all these points. In my view, many of its problems are due to the introduction of non-neutral notions, such as those of the internal point of view (which is a normative standpoint having to do with the application of rules by virtue of their acceptance by their addressees), the minimum content of natural law, authority, or judicial virtues. To address some of these notions, I will turn in the next section to what Dyzenhaus calls the mystery of the rule of recognition. Once we have solved this puzzle, a clearer theory of law seems to emerge.

2. A Mystery Riddle

Is the rule of recognition inside or outside the legal order? This is the riddle Dyzenhaus poses to legal positivism (LAL, 195), with the unconcealed intention of

showing that Hart does not arrive at a stable solution to this question⁴. This paves the way for a reconsideration of Hart's main idea by Dyzenhaus as a formal restatement of «the normative commitments of this political constitutionalist tradition» (LAL, 193).

As we have seen previously, Dyzenhaus attributes a political dimension to Hart's conception of the rule of recognition, but the problem of its position regarding the legal order can fruitfully be seen also from a purely conceptual perspective. On this reading, this question can be reformulated as follows: if the rule of recognition is the ultimate rule and at the same time a *legal* rule, there is no possible source for it other than itself. In other words, is the rule of recognition self-referential? This seems to be the tombstone of positivism, for if the rule of recognition provides the recognition criteria for the rules of the system and is itself a rule of the system, it will end up establishing the criteria of its own identification, so that there is either an infinite loop with the rule of recognition requiring a perpetual identificatory ascent, or a dogmatic decision that discards other possible sets of criteria of identification which are compatible with the facts they are inferred from. The first consequence is due to the fact that, if we have, say, a set of criteria C1 "All valid rules of the system are this rule and all the rules identified by criteria x, y, z", we shall now ask on what basis the self-identification of the criteria as valid law is made, and this requires of course searching for other criteria C2 saying that "All valid rules of the system are this rule and all the rules identified by criteria C1", and so on. The second consequence is caused by the fact that, if we want to avoid such an infinite regress, we shall pick an identificatory rule justifying a certain practice, but there are many rules capable of justifying a certain practice, so that "identifying the rule of recognition" would mean choosing one possible inducted rule to the detriment of all the other possibly inducible rules of recognition.

However, I will show that there is no such tombstone for legal positivism. The puzzle is easy to solve from a formal point of view if we resort to some good old-fashioned set-theoretic methods and notions.

What is recognized by the rule of recognition is not a set of rules, it is rather a *sequence* of sets of rules⁵. Any sequence is identified by a set of criteria that lay down the conditions for a set to be part of the sequence, but such criteria are not a part of the sequence themselves. To use a mathematical example: the Fibonacci sequence is determined by a set of criteria that make it possible to determine the numbers contained in the sequence, but these criteria are not themselves part of the sequence.

⁴ LAL, 194: «it seems that both political constitutionalists and legal positivists must suppose that there are constitutional rules which determine what counts as valid legislation. Hence, the idea of a thin legal constitution is implicit in their position. The rule of recognition is an attempt to express a political commitment to confining the constitution to such rules in an apparently neutral fashion, an attempt which I argue fails».

⁵ Bulygin 2015: 127.

The same happens with the rule of recognition of a legal system: it determines the criteria, but it is not part of the sequence of sets which is identified by the criteria. If this is true, the rule of recognition can only stand outside the legal order, since it is itself the means by which the legal order is identified. And it can only be identified retrospectively, since norms, unlike numbers, are not mere conceptual entities, but provisions that are enacted by normative authorities in a specific spatial and temporal context. Incidentally, it should be noted that once we reconstruct retrospectively a particular set of criteria that determine the conditions for a set to belong to the sequence, nothing conceptually hinders the possibility of this sequence branching into different alternative sequences with respect to possible new criteria introduced over time into the original set of criteria.

Rules of change play also an important role here, because they provide the set of criteria by means of which momentary legal systems are identified. So, the rule of recognition is the set of criteria according to which the sequence of momentary sets – each one determined by means of the applicable rules of change – is determined. This is not the way Hart explicitly conceives of the relations within a legal order, but I hold that Hart kicked off a way of thinking that leads exactly to these conclusions. The rule of recognition, so understood, is a set theory notion, that correctly developed can lead to a fruitful explanation of how a legal system is structured.

In addition to this notion, though, there is the idea of a rule of recognition being a customary rule or practice imposing on judges the obligation to obey the law or at least to use the criteria to identify legal norms that are used by other judges. On this reading, the rule of recognition is *internal* to the legal system, for two reasons. First, it depends on judges, that are active inside the legal system (in this sense, the rule of recognition supervenes on judicial practice). Second, and consequently, it is a customary *norm* practiced within the legal system, used to guide one's behaviour and to criticize others' deviant behaviour. Notice that between the two rules of recognition there is a unilateral conceptual relation. One need an identificatory rule of recognition in order to spot a customary, obligation-creating, rule of recognition, but not vice versa. In my opinion, one should retain the first notion of the rule of recognition and abolish the second as a useless duplication of the supreme rules of the legal system (generally the Constitution).

However, I think that Dyzenhaus would probably reply that this duality of the rule of recognition, far from being a solution of the puzzle, is a confirmation of his views and exposes once more Hart's moral ingredients. Hart, according to Dyzenhaus, pursued a research project seeking the bases for legitimate authority and found his route to a rapprochement with natural law through his sketch of a minimum content of natural law which he thought leads to a qualification of the positivist claim that the law can have any content. This means that the criteria included in the identifying rule of recognition are partially pre-established (as in any other natural law theory, of course) and cannot be simply induced from practice

(LAL, 159). Furthermore, he affirms that Hart has set out the “judicial virtues” such as impartiality and neutrality in considering the alternatives, consideration for the interests of all concerned and the endeavour to apply an acceptable principle as a reasoned basis for the decision (Ibid.). This leads to the claim that, unlike Hart’s followers that suppose the introduction of the rule of recognition was a revolutionary moment in the history of legal theory which allows philosophy of law to discard much if not all of its prior theoretical attempts to articulate the “key to the science of jurisprudence”, Hart’s rule of recognition was novel «only in that the way in which he elaborated the rule reintroduced the constitutionalist idea to his own tradition» (LAL, 153). So, my arguments would miss the target if Dyzenhaus is right. The real important ingredient for Dyzenhaus is that of acceptance by the legal subjects (viz. the internal point of view). According to Dyzenhaus, authority cannot be limited to the officials of the legal order, since it presupposes the acceptance of the law by those to whom the law is applied. The perspective of the individual legal subject is therefore one of the essential building blocks of the legal order, and

[this] inclusion is part of an attempt to understand legal order from the position of legal subjects who wish to make sense of the norms of their order as binding as well as valid, as norms they obey because they accept the norm’s authority, not because they fear the sanctions following non-compliance. Their perspective is an essential component of what we saw Hart called the ‘complex congruent practice’ of acceptance constitutive of the authority of a legal order (LAL, 170).

Here I think that my way of understanding Hart and David’s part. In his view, Hart’s theoretical errors or ambiguities show that he was aiming at a political theory of law under the guise of a general theory of law. In my view, Hart’s errors should be corrected by some sort of return to empiricism and logical analysis. These latest observations lead me to emphasize a further point concerning the presence in Hart of an element of imperative theory that he tries so hard to overcome and which Dyzenhaus insightfully considers and critically examines.

3. Held Up without a Gun?

One of the impressions I have always had from reading Hart is that his model is just a “gunman writ large” model with apparently no gun. The “gun element” – the threat – is replaced by the internal point of view, which gives a kind of feeling of being under the gun because the people close to you think they are actually under the gun. It’s like being trapped in a cage of shadow bars.

What is very interesting for my sketchy impression is that Dyzenhaus provides an argument to back it up. The internal point of view «provides a reason for acting in a

certain way» (LAL, 196) and especially for judges «from the internal point of view of a legal official charged with interpreting the law, the answer to a question about what the law requires must be the judge's good faith and best shot at showing both that the legal order speaks with one voice on the question and that the answer is based on principles which justify it to those whom it affects» (LAL, 212). Moreover, as we have seen, Dyzenhaus holds that the position of an official is hardly separable from a relationship with the subjects of the law, because the officials bear the burden of justification when the subjects ask an official: "But, how can this be law for me?" (LAL, 405).

As Dyzenhaus observes, following an idea of Raz (1993), «Hart also cannot escape the charge [...] that his own theory of authority is ultimately a sanction-based one because it relies on the informal sanction of criticism officials face when they deviate from the accepted practice of applying secondary rules, albeit not the sanctions which apply to subjects for non-compliance with primary rules» (LAL, 163).

If also subjects cannot but take the internal point of view, it is clear that sanctions are spread all over the legal system and it's justifiable to understand this situation as one in which we have "the threat of a gunman situation writ large".

Moreover, we can note that the minimum content of natural law, which Dyzenhaus (LAL, 169) emphasizes in terms of its importance for the existence of law, requires that law contain rules that protect some basic human goods. Even if this protection does not necessarily have to be through sanctions, it is clear that this is the main way to ensure it. By combining the two theses, the situation is therefore very similar to that of the gunman writ large situation.

So Dyzenhaus and I agree on the diagnosis, but probably disagree on the cure. While I would suggest that Hart drop the internal point of view and the notion of the rule of recognition as a customary practice, because they lead him to contradictory results on the one hand (i.e. to the denial and maintenance of the imperative theory of norms) and to a kind of paradox on the other, as we have seen, Dyzenhaus would certainly suggest the opposite and emphasize the importance of refining this notion in order to better grasp the question, fundamental for him, of how a law can be binding on a legal subject.

Dyzenhaus affirms about this point:

when one drops Hart's commitment to a static model of law, the Separation Thesis is no longer tenable, as he came close to recognizing. If juridical norm production, including the element of official interpretation, is a complex and dynamic mix of attention to enacted law, minimum natural law content and intrinsic principles of legality, there is a necessary connection between law and morality. The conception of morality here is that proposed by pragmatists and it is the conception we need to make sense of law's claim to authority, which can't be anything but a claim to legitimate authority (LAL, 391).

Here we come to our main point of contention, which – I argue – is a methodological one. While Dyzenhaus thinks that if Hart is wrong, it is because he has not paid enough attention to the political consequences of his theoretical theses, so that one can construct a “good” Hart by eradicating the errors and making him a kind of natural lawyer, I would take a different path and try to save Hart from himself, in the sense of eliminating, or at least clarifying, all those notions that, unclear and confused, negatively affect his theory. And in particular I would clarify the notion of acceptance, which plays a very central role in Hart’s theory and his stress on the internal point of view.

As Bobbio astutely observed in 1965 in reference to Hart’s essay on legal obligation⁶, that he presented at a conference in Bellagio, one can assume that, for a single rule, the acceptance of the authority responsible for its observance is sufficient if, among the recipients of the rule, those who observe the rule do so exclusively in a state of passive obedience. However, it is implausible that acceptance by the officials alone is sufficient to make the order as a whole binding and not simply coercive. Lest we fall into a fallacy of division, Bobbio rightly adds that acceptance of the system as a whole does not mean that all rules of the system are accepted by all recipients of the rules. Many rules may only be followed by all out of habit or fear of coercion, and perhaps even systematically violated by some. By accepting Bobbio’s remedies, Hart’s theory would be better equipped to counter Dyzenhaus’s critique, since it would now be possible to sketch a spectrum of legal orders that differ according to whether they are accepted or not. The ideal types of this spectrum are the democratic system, in which both officials and laypersons generally accept and abide by the rules, and the tyrannical system, in which officials accept the rules but the other addressees merely conform to them. Where on this spectrum the gunman situation writ large is located is not clear, but it certainly resembles a tyranny more than a democracy, although we should not lose sight of the fact that even in democracies many basic laws (such as tax laws or labour law) are normally observed for fear of sanctions⁷. But in any case, contrary to what David suggests, we would not have abandoned the value-neutral, analytical theory of law in order to engage in a political conception of legitimate authority.

4. A Coda to Dyzenhaus on the Exclusivism/Inclusivism Schism

In the book’s first appendix, Dyzenhaus addresses the famous schism between exclusive and inclusive legal positivism caused by the need to respond to Dworkin’s

⁶ Bobbio 1966; Hart 1966.

⁷ This is why, for example, Art. 75.2 of the Italian Constitution prohibits referendums aimed to repeal tax laws.

famous challenge to the separation thesis⁸. As Dyzenhaus (LAL, 423) aptly puts it, inclusive legal positivism claims that «if the rule of recognition of a legal order contingently includes moral criteria for the identification of law, and if in any hard case on the application of the criteria there is one answer to the legal question posed in the case, that answer should be deemed fully determined by law», whereas defenders of the exclusivist view claim that «law properly so-called is law determined by facts. If moral considerations are involved, judges by definition have discretion and their decisions are not determined by law. This is so even if it is the case both that the constitution obliges judges to take the considerations into account and there is an obvious ‘right answer’».

Dyzenhaus rightly notes that the success of Dworkin’s challenge to Hart’s positivism is in fact demonstrated by the schism itself. He also claims that the success is also demonstrated by the combination of the fact that the exclusive camp’s insistence that judges exercise quasi-legislative discretion in hard cases is inconsistent with judges’ legal practice, and secondly by the inclusive camp’s concession that Dworkin’s interpretive theory of law is practically correct (at least in the legal systems in which we work).

I agree that inclusive legal positivism is almost the same as Dworkin’s theory and as such is hardly positivist. Moreover, Dworkin’s theory ends up being much more empiricist (since it is based on the analysis of actual judicial decisions) than inclusive positivism, when the separation thesis becomes the astonishingly weak (counter-empirical and with the flavour of a thought experiment) thesis that it is sufficient to imagine a legal system in which the fact of being a moral principle is not a condition for the legal validity of a norm.

As for exclusive legal positivism, at least in its Razian version, I agree with Dyzenhaus that it is generally just a roundabout way of stating the command theory of law.

Even if I agree on many points, I am not convinced about the conclusion which Dyzenhaus reaches, according to which «Austin was thus the true founder of exclusive legal positivism, with Raz his main heir» (TAL, 429). I do not agree for a simple, but very significant reason. I think Dyzenhaus here, following the general debate on the positivist schism, is mixing what Bobbio (1961) called methodological positivism with theoretical positivism. As a way of approaching the study of law, says Bobbio, legal positivism is characterized, methodologically, by the clear distinction between real law and ideal law, or, what is the same, between law as fact and law as value, between law as it is and law as it ought to be, and by the conviction that the law with which the jurist must concern himself is the former and not the latter. Legal positivism, when understood as a theory rather than a methodology, tends to explain law in terms of coercion and command and to regard it as a closed legal system (even if other explanations are possible).

⁸ Dworkin 1978: 14-45.

Dyzenhaus seems to squeeze these two aspects – like virtually all the participants in the debate on positivism and antipositivism do – into one issue when he equates Austin’s methodological thesis (describing law is a different activity from evaluating it) with Hart’s separation thesis, which is widely read as an assertion about the sources of legal systems (i.e. as an ontological question). Dyzenhaus affirms that «Austin’s claim [is] that the ‘existence of law is one thing; its merit or demerit another’. As we have seen, Hart made this claim central to his tradition, though he expressed it rather differently in his Separation Thesis that there is no necessary connection between law and morality» (LAL, 428). In my opinion, these are two quite different claims: the first says that law should be studied as a set of facts (and it may well be that among these facts one finds evaluations or values), the second says that it cannot be that the content of law depends on morality, since it can only depend on the facts. While Austin upholds the first claim, he is not, as far as I can see, committed to defending the second claim. It’s not clear to me whether Raz upholds the first claim (my impression is that he does not), but he certainly upholds the second claim. So in a sense, if they can be called “exclusivist”, they are so in two very different ways. While Austin rules out that moral judgments can appear in the value-neutral study of law, Raz rules out that moral norms can be among the sources of law.

One last point must be mentioned. Dyzenhaus’s thesis that “judges exercise quasi-legislative discretion in hard cases is inconsistent with judges’ legal practice” sounds very dubious to me, not because the exclusivist thesis is too strong, but because it is too weak. I think judges exercise discretion not only in hard cases (whatever this expression can mean), but in every case. The fact that judges tend to conceal this feature of their work and talk as if there is always settled law in every matter cannot be taken as justification for denying that there are strong conceptual reasons for believing that someone who exercises a power that can hardly be limited (especially in the case of a supreme or constitutional court) cannot avoid exercising a quasi-legislative function. In my opinion, legal theorists should try to demystify these ways of speaking instead of taking them at face value. We are interested in what judges do, not what they say they do. The Dworkinian idea that there is always settled law in any matter thanks to an objective morality lurking under the surface of explicitly enacted law is, in my view, an argument that begs the question, since it presupposes what it is supposed to prove: that there is such an objective morality whose norms can be readily identified, and that those norms have a bearing on what judges should decide as a matter of law⁹. But that is a topic for another occasion.

⁹ For my defence of ethical scepticism, see Ratti 2021 and Ratti, Redondo 2024.

References

- Bobbio, B. (1961). *Sul positivismo giuridico*, «Rivista di filosofia», LII: 14-34.
- Bobbio, N. (1966). *Considerazioni in margine*, «Rivista di filosofia», LVII: 235-246.
- Bulygin, E. (1991). *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, «Doxa», 9: 257-279.
- Bulygin, E. (2015). *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth.
- Dyzenhaus, D. (2022). *The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart*, Cambridge, Cambridge University Press (LAL in the text).
- Dyzenhaus, D. (2025). *Norberto Bobbio and HLA Hart: An Introduction*, «Jurisprudence» (forthcoming).
- Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, II ed.
- Hart, H.L.A. (1966). *Il concetto di obbligo*, «Rivista di filosofia», LVII: 125-40.
- Ratti, G.B. (2021). *Bertrand Russell and the Paradox of the Committed Emotivist*, «Russell: the Journal of Bertrand Russell Studies», 41: 5-31.
- Ratti, G.B., Redondo, M.C. (2024). *Legal Positivism*, in L. Burazin, K.E. Himma, G. Pino (eds.), *Jurisprudence in the Mirror: The Common Law World Meets the Civil Law World*, Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (1993). *HLA Hart (1907–1992)*, «Utilitas», 5: 145-156.
- Scarpelli, U. (1965). *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità.

Once More unto the Breach, Dear Friends, Once More. The Puzzle of Unjust Law between Theoretical and Practical Realities: A Brief Comment on *The Long Arc of Legality*

Alejandro Daniel Calzetta*

Abstract

The present work is a commentary on the idea of “Puzzle of Unjust Law” that David Dyzenhaus uses as a starting point of the initial discussions of his book, *The Long Arc of Legality*. The main argument of the commentary is that the traditional ways of understanding the puzzle, notwithstanding their importance for traditional legal theory, are almost irrelevant for legal practice, especially when we are talking about adjudication. It will be argued that so-called “very unjust laws” are dealt with by judges in a non-puzzle-like way and, on the contrary, mere unjust laws result in more complicated cases for judges, cases that demand more argumentation than the very unjust laws that legal theory tends to worry about.

Keywords: Unjust Laws. Legal Theory. Legal Practice. Non-cognitivism. Legal Argumentation.

0. Introduction

On 2023, David Dyzenhaus (“DD” from now on) published his last book, *The Long Arc of Legality*. This most excellent and interesting work was discussed at length in a workshop held at the master’s programme on *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* of the University of Genoa during July of 2023.

One of the main arguments of the book is that of the role of the so-called “Puzzle of Unjust Law”, which is analysed by DD from a myriad of perspectives, particularly those of H.L.A. Hart, Ronald Dworkin and, last but not least, that of the Grandfather of Legal Positivism himself, Thomas Hobbes.

* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza. Università degli Studi di Genova. Via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, calzetta2009@gmail.com.

I’m indebted with Lisandro Gómez for his comments on the draft of this work and to Ignacio Colombo Murúa for pointing me in the direction of Fallos: 347:1137. I also wish to express my thanks to Giovanni Battista Ratti and Luca Malagoli for inviting me to participate in the workshop about *The Long Arc of Legality*.

What follows is an attempt to present in a more systematic approach my comments on the way in which DD deals with the problem of the Puzzle of Unjust Law (“PUL” from now on) that were presented at the aforementioned workshop, especially those regarding the practice of adjudication by the judiciary of cases regulated by unjust laws as opposed to the theoretical elucubrations of legal academics and professors regarding the Puzzle.

My conclusions, if those can be spoiled, are that the centrality to the Puzzle of Unjust Law as a practical problem is practically non-existent. Notwithstanding it’s theoretical centrality in “legal positivistic” discussions on how to proceed in cases where unjust laws are present, judges do not seem to see a real problem in when manifestly unjust laws regulate said cases. On the contrary, such cases, for most judges, fall between the categories of so-called “easy cases”. Judges have more problems in dealing with cases that are regulated by not-quite-so-unjust laws.

To that end, I will proceed in the following way: first, an attempt at reconstruction of what the PUL can mean will be attempted and a formulation of it will be offered (section 1). Then some consideration on what we may call “unjust law” will be attempted, from the perspective of the PUL and in general (section 2). After that, proceeding by examples, I’ll try to show that the cases that academia usually refers to when mentioning the PUL are mostly unproblematic for judges and, on the contrary, they “suffer” more when dealing with not-quite-so-unjust laws (section 3). The present work will end with some conclusions (section 4).

1. The Puzzle of Unjust Law. A Brief Account of an Unclear Problem

1.1. Clarification of What “Puzzle of Unjust Law” Could Mean

DD begins his book with an obvious truth. The so-called PUL has been discussed ad nauseum since time immemorial¹. And probably all kind of jurist worth his salt has discussed it, either in public, in private or in writing, at least once in her life.

It is a recurring problem, probably *the* recurring problem of legal philosophy². One is tempted to say, along with Shakespeare, «Once more unto the breach, my dear friend once more!»³.

Notwithstanding how many times this problem has been pronounced uninteresting or trivial, it refuses to die.

It resists all the attempts to consign it to the dustbin of problems of legal theory because the problem in itself seems simple but, in reality, it is quite a confusing one.

¹ Dyzenhaus 2022: introduction and 41-48.

² Specially for the legal philosophy of philosophers, as Bobbio would say it.

³ Henry V, Act III, Scene I.

The fact that a subject or a problem has been discussed by everyone does not mean that said problem is a clear one or that its formulation is clear. The case of PUL is, I am afraid, one of such cases for there can be several formulations of it⁴.

For instance, one could frame it as such:

- i) Is a very unjust law part of the Law?
- ii) What is the duty of a judge regarding very unjust laws?
- iii) Does the duty of a judge to adjudicate cases regulated by the Law includes the duty to apply very unjust laws in such cases regulated by them?
- iv) Do very unjust laws really regulate cases or due to their property of being unjust they must be excluded from the category of laws that regulate cases?
- v) *Ad infinitum, ad nauseum*.

Just to mention a few *possible* formulations of the problem.

Other problems of the PUL as a problem is to determine if it is a legal problem or a moral problem.

For example, take formulation iii). One could answer the following to the question it poses and remain none the wiser:

Why, yes. Legally speaking, the duty of a judge of adjudicating cases regulated by Law includes the duty to apply very unjust law in such cases that are regulated by them. That does not mean that a judge, morally speaking of course, ought to do so.

That answer both from a legal and a moral point of view is a correct one, but it does not resolve the PUL in the slightest. This is also, famously, Hart's 1958's answer to the PUL⁵.

It is interesting that when DD refers to the question that if is there a PUL he does not give a clear-cut formulation of the PUL, instead referring to a family of problems that all could be grouped under the umbrella of "PUL".

This, in some cases, can be a wise decision. It is not uncommon for some academics (Radbruch comes to mind⁶) to give a particular formulation of the PUL not out of intellectual curiosity but with the intent and purpose of using it a battering ram against an "enemy" position, school or theory (his attempts to battle legal positivism after the second world war). That is, more times than not, PUL formulations follow an ideological agenda instead of a theoretical one.

⁴ During his sketch of the importance of the PUL for legal positivism some overly broad considerations of what the PUL could be taken to be are put forward (mainly in the form of almost historical reconstructions of several debates), but no clear-cut formulations are given. See Dyzenhaus 2022: 48 ss.

⁵ Hart 1983: 77-78.

⁶ For an excellent reconstruction of Radbruch so-called formula and his general philosophy see chapters 5 through 7 of Paulson 2023, an Italian collection of several of his essays on the matter of Radbruch. Of course, valuations of Radbruch so-called formula as a mere ideological ram against positivism are my own.

There is no such thing as a PUL but a possible family or a set of PULs. There are many things and problems, from a legal, moral, theoretical and ideological point of view that deals with laws considered unjust and very unjust.

So, a clarification, at least from the point of view of the present work is in order.

In what follows I will understand PUL under the following formulation:

What judges must do when they identify an unjust law? Must they use it to adjudicate cases or must they disapply it?

This formulation of the PUL is judge-based. It deals with the duties of a judge as an adjudicator. It does not deal with ontological questions, such as formulation “i)” above, as I consider such a question an uninteresting one. It is a reading of the PUL in the Hartian tradition of 1958, tradition that DD discusses at length. That is my main reason for adopting it.

1.2. Two Readings of Our Formulation of the PUL

A formulation of the PUL such as the one given at 1.1 has two possible (and obvious!) readings: a legal and a moral one.

From the legal point of view, that of legal obligations the answer to a set of questions such as

- i) *What judges must do when they identify a unjust law?*
- ii) *Must they use it to adjudicate cases or must they disapply it?*

Are for i) “yes” and for ii) “also yes.”

As I have argued recently⁷ the *legal* duty to apply valid positive law is constitutive of the concept of “judge”, at least since the French Revolution up to today. Legally speaking, the PUL is not a puzzle at all but a puzzling question instead.

Interestingly, the Corte Suprema de la Nación of Argentina (“CSJN” from now on) recently issued a ruling in which it shares, quite vehemently, the opinion expressed here. The CSJN says in Fallos: 347:1137⁸ that a case in which the Cámara de Casación (“CdC” from now on) decided to disapply a law that it considered unjust is contrary to the duties of a judge because it implies a violation of

⁷ Calzetta 2024: 42-43.

⁸ This is the traditional way to reference and to quote legal rulings from the Argentinian CSJN. “Fallos” is the name of the total collection of rulings issued and also published by the CSJN. The whole name of the compilation is *Fallos de la Corte Suprema de la Nación Argentina* (“Sentences or Rulings of the Supreme Court of the Argentine Nation” would be an accurate translation). The numbers represent the volume and the page in which the ruling is published. So, in this case we are referring to the legal ruling published in volume 347, page 1137. *Fallos* began being published in the 1860s.

the constitutional mandate to recognize the supremacy of the laws above the individual criteria of the magistrates⁹.

Here the CSJN is clear. The duty of a judge is to apply valid positive law, his own criteria be damned... at least from the legal point of view¹⁰.

From a moral reading the thing changes.

From a moral point of view, it is not so clear cut how one must answer questions such as i) and ii).

It depends on our moral considerations and how we value the role of the judge and the action of the adjudication of cases according to positive law how we will answer those two questions.

That is a truly interesting problem and a real puzzle. So, I will be preferring the moral reading of the aforementioned formulation of the PUL instead of the legal one.

In a way, the moral reading of a PUL such as the one I formulated in 1.1 is the Hartian reading of the problem, as DD argues so well in the initial pages of his book.

In section IV of his 1958 Holmes Lecture, Hart deals head on with a variant of the PUL similarly crafted as the one in the present work. The problem was that of the applicability of nazi law, particularly if judges ought to consider these laws as duty imposing during the time they belonged to the German legal system and if they must take them into account while adjudicating.

Hart reconstructs this challenge as a moral version of the PUL:

The third criticism of the separation of law and morals is of a very different character; it certainly is less an intellectual argument against the utilitarian distinction than a passionate appeal supported not by detailed reasoning but by reminders of a terrible experience. For it consists of the testimony of those who have descended into Hell, and, like Ulysses or Dante, brought back a message for human beings. Only in this case the Hell was not beneath or beyond earth, but on it; it was a Hell created on earth by men for other men¹¹:

⁹ Fallos: 347:1137, vote of Justice Rosenkrantz, paragraph 11 *in fine*. In the ruling the CSJN expands at length why the ruling of the CdC decision (204/21, especially the vote of judge Mahíquez) is a mistaken one from the legal – and I emphasize *legal* – point of view. The CdC is the highest appellate court on penal matters in Argentina at federal level, just below the CSJN. The CSJN is highest court of the land both for ordinary matters and constitutional judicial review. Constitutional judicial review in Argentina is not centralized. The translation from that portion of Fallos: 347:1137 is mine.

¹⁰ Some people, mistakenly, would say that this is “a positivistic ruling.” There is no such thing as that, at least there isn’t if we interpret “positivism” as what Bobbio called “methodological positivism” (Bobbio 1996: section 2, ch. 1 & 7) and I call “positivistic attitude” (Calzetta 2024: 43-45). In reality this could be construed as a formalistic ruling. “The judge must follow the letter of the law and just the letter of the law” is the common formalistic creed. That this ruling is a formalistic one is not surprising, considering that the current majority of the CSJN (3 out of 4 justices, the fifth post being vacant right now) are of a formalistic bent.

¹¹ Hart 1983: 72. Hart’s choice of language is interesting. Referring to Dante’s hell and how this particular problem does not constitute an intellectual argument. It is clear to me, that in this point, Hart

And concludes, together with Bentham and Austin, that there is not a duty to apply such unjust laws¹².

So, it is the moral reading of the PUL which poses a real puzzle to legal academia and judges alike (although both of them treat the problem in quite different ways).

Of course, the problem of the PUL presupposes another problem, that if one can determine objectively when a law is just or unjust.

I do not think that that problem can be resolved satisfactorily.

2. Just and Unjust Law in the Eye of the Beholder

2.1. Some Brief Initial Considerations

The problem of determining the justice of a thing, or its lack thereof, is as old as time. As old as the PUL itself. I will not pretend to resolve it here, far from it. I'm just going to espouse my position regarding its probable impossibility of satisfactory resolution. For questions of space and time I'm not going to make a reconstruction of all possible metaethical positions in existence that impinge on the matter, and I'll assume that the reader knows them and what we understand "metaethics" to mean (broadly).

I'll confess right away that my metaethical posture is something between ethical scepticism and subjectivism (which are *not* the same thing), without a clear decision between the two.

From a personal ethics perspective, I have a predilection for utilitarianism in its classical sense. I do not consider it to be objectively true, just the best possible ethics that we have built so far, and I choose it consciously. This will maybe influence what I'm going to say here, maybe not.

2.2. The Just and the Unjust before the Bench

Dealing with the PUL, especially in the formulation chosen above, tends to involve dealing with judges. Is at the judge's bench where the PUL becomes a real puzzle but in more ways than it usually referred to.

Most often than not, the PUL is treated as the problem of unjust laws and, in my formulation, the problem of the applicability of said laws.

But that problem presupposes another one: the problem of determining the lack of justice of a law or a set of laws.

frames the whole problem as a moral one. See, also, Dyzenhaus 2022: 59-61 where Hart's approach to a solution to the PUL involve some considerations of what I would call Hart's moral ideology of the application of the law, which involves what he calls "natural procedural justice" and "principles of objectivity and impartiality" in the application of the law. In another work I call this sign of a kind of Ideological Positivism in Hart's part. See, Calzetta 2024: 38, note 24.

¹² Hart 1983: 73.

In theoretical discussions the problem of determination tends to be ignored. Maybe it is to be expected. What the theoretical minded person (Hart, Dworkin, Bentham, Austin, Shapiro, and maybe DD himself)¹³ cares about are what the judges must do when confronted with unjust laws. That is their problem, and it is understandable.

On the other hand, the judge has first to argue that a law is unjust in order to then decide what to do with it. The PUL, from the point of view of the judge, is a double-edged problem.

Judges *must* argue in favour of the interpretations that they offer qua judges¹⁴. In the case of the PUL said argument must do the following: a) determine that the relevant law of the case is either just or unjust; b) apply it or disapply it accordingly to the results of “a”).

While doing that, the judges often produce the most unexpected results. Take, for instance, the CSJN leading case *Saguir y Dib*¹⁵.

A person was in a dire need of an organ transplant. The only possible donor was his sister, who was underage. She was 17 years and some months old, almost 18 years old. The law that regulated organs transplants at the time stipulated that the coming of age for organ donation was 18 years old. The CSJN justices, arguing from the point of view of a systemic interpretation of said law¹⁶, determined that the law in question was an unjust law for *that case in particular*, because it did not contemplate a more holistic view of the concept of “coming of age”. Therefore, the CSJN decided that the 17-year-old girl was mature enough to be considered an adult *for the purpose of the transplant* and, therefore, they decided to authorize it¹⁷. The case was decided with incredible expediency. Less than a day from presentation to CSJN ruling.

This case is interesting for our purpose for many a reason.

Firstly, the law that was declared unjust was one that almost no one, before the case, would have considered it so. It not the same as the classic examples that legal theory tends to offer when we talk of unjust laws (i.e. the nazis). It was a law about coming of age, something that tends to be a number almost chosen at random between 18 and 25 (at least in most jurisdictions)¹⁸.

Secondly, the law was not considered unjust *erga omnes* but unjust for said case and *due to the facts of the case*. It was a relative “unjust”, not an absolute. If not for

¹³ Just to mention people mentioned by DD while framing the problem of the PUL.

¹⁴ See, again, Calzetta 2024: 42-43.

¹⁵ Fallos: 302:1284.

¹⁶ That is, an interpretation of the transplant law in accord with the rest of the legal order. Doing such a thing in its totality is, of course, an impossibility (*Hercules be dammed!*), but that is what judges who indulge in systemic interpretations tend to claim.

¹⁷ Saguir and Dib ended in tragedy. Both siblings died.

¹⁸ This whole idea of unjust laws and what they are typically considered to be (something akin to nazi law) could be read as a typical case of underinclusion in Schauer’s sense (see Schauer 1991). At least in the ideology and beliefs of legal theorists. I thank Lisandro Gómez for the pointer.

said facts, the law in question would probably have not been considered unjust at all. The case was composed by such a particular set of facts that rendered unjust (for the case) a thing so innocuous as a coming-of-age regulation.

Thirdly, the determination of injustice is not just a gut-determination of injustice, such as the one described by Hart when referring to nazi law¹⁹. It is a more complex and subtle one that requires a lot of arguing in order to be demonstrated. Basically, this is an unjust law for this case because its application (rejecting the donation) would result in the death of a person that could otherwise be saved.

That is the point of departure of the CJSN, their gut-feeling.

But, in order to demonstrated and to defeat the law, the CSJN built a systemic interpretation that completely reframed, for the case, the notions of coming-of-age and of the *de facto* capacity of legal persons, just to name a few.

It is important to remark that cases like this one are quite common. Not always judges adjudicate cases just by legal reasons²⁰ (as Fallos: 347:1137 demonstrate) alone but also from personal moral considerations that they try to frame into the law by way of legal argumentation such as *Saguir y Dib*.

The PUL is mainly a problem of legal interpretation and argumentation²¹, it deals with mainly determining when a law is unjust in very subtle and specific ways and just for particular cases only.

Mostly this is due to the facts of the case than by “just” or “unjust” properties of the law in itself. Cases such as this happen every day and what can be considered just or unjust varies due to the interpreter of the case, and that means also the interpreter of the facts of the case.

Justice is in the *Eye of the Beholder*, and not only in regarding substantive laws.

Take, for instance, a case adjudicated by Eugenio Bulygin when he was an appellate judge at the Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Nación. (“Cámara” from now on)²².

An Old Lady was a passenger on a bus in the city of Buenos Aires. The bus got itself in a traffic collision with other vehicles. The Old Lady got injured as a result. She hired a lawyer to obtain some compensation for her injuries. Sadly, for her, her

¹⁹ I believe we can all agree, at least I hope that we do, that nazis were evil and their laws were also evil and, therefore, unjust. Even Sceptics or Subjectivist can agree to that. For more arguments on the matter see Chapoutot 2018.

²⁰ I’m using “reason” in very lax way. By no means I’m referring to so-called “reasons for action”.

²¹ The terms “legal interpretation” and “legal argumentation” tends to be considered as synonyms by lawyers and jurists alike. That is mistaken. “Legal interpretation” is the discovery (if you are a cognitivist) or the adscription (if you are a realist) of a meaning (sometimes a set of meanings) to a legal provision or text. “Legal argumentation”, on the other hand, means the offering of reasons to support or not to support a given interpretation of a legal provision of text. See Guastini 2014: 31-53 & 261-299 for more.

²² Sadly, I wasn’t able to find the sentence, but the facts of the case and Bulygin’s solution to it was told to me several times by different persons that I trust. Notwithstanding that we can say *se non è vero, è ben trovato*.

lawyer was so stupid (Bulygin's words) that everything that can be done wrongly in a lawsuit was perpetrated by him.

Obviously, the Old Lady lost the case. The stupid lawyer filed an appeal, and it eventually reached Bulygin's desk. Bulygin, while reviewing the file of the case, reached the conclusion that nothing could be done to reverse the decision under appeal.

The stupid lawyer was so bad at his craft that nothing could be done. At least not regarding the substantive law of the case. Regarding procedural laws something could be achieved.

There is a law in the procedural code that establishes that the party that loses a legal proceeding has to pay the expenses of the proceedings. Bulygin ruled that, due to the sheer idiocy of the stupid lawyer, something that the old lady couldn't have known beforehand, it was unjust for her to pay for the expenses of the proceedings.

So, he said, he was going to *create* a new norm for the case: *in situations of sheer stupidity of the lawyer who represents one of the parties in a legal case said lawyer will have the obligation to pay for expenses of the proceedings from his pocket if the case is lost due to his stupidity.*

This involved the defeat of the original legal expenses law.

What Bulygin did is similar but different from what the CSJN did in *Saguir y Dib*. Between the both of them I believe that we cover the whole of possible approximations of the PUL from the bench.

Both approaches involve defeasibility and a great deal of legal argumentation. The judge, after deciding that a norm or a law is unjust for a specific case can and often will do two possible things.

The first will be to defeat the legal norm that governs the case, changing the result completely from what was originally legislated, as in *Saguir y Dib*.

The second would be to accept the result that was originally legislated but to modify or disapply (both involve norm-creation from the bench) a subsidiary norm in order to bring some relief to the party that must suffer the injustice, as in the case of the Old Lady.

3. How Very Unjust Laws Are Dealt with in Practice

"This is all fine and good but what about the real important cases?" one may be tempted to ask, "what about the cases involving very unjust norms? Morally repugnant norms? What about them?"

Paradoxically, notwithstanding the perspective of some legal theory, those are the cases in which the PUL is practically irrelevant.

In practice judges tend to deal with very unjust laws in a very swift manner, the kind of arguments that they must offer to justify their decisions tends to be poorer in the cases of very unjust laws that in those cases were the justice or lack thereof is

a matter of subtlety or opinion.

This could be easily explained. It is due to the way in which we are educated since childhood to consider some things just, other unjust and some very unjust.

Let's expound on that.

3.1. An Operative System of Morality

The following two propositions, I believe, could be considered true enough to be taken as a set of common-sense assertions about men and morality²³.

- i) Humans in a society tend to have very different opinions regarding the morality of certain actions.
- ii) Notwithstanding that, there seems to be some general agreement regarding the morality of some actions in particular such as consider them very unjust.

The truth of both of these propositions can be considered paradoxical. That it's not the case. The paradox is just a result of appearances, and it does not run deep in our moral makeup.

A way of explaining this is Mackie's²⁴. Since childhood we are exposed to what by way of metaphor, we may call a formatting of our minds that shapes our general outlook on moral issues, especially in those cases that a society consider to be extremely egregious, like the nazis for instance.

That moral education could be said to consist of – again, by way of metaphor –, in the installation of a sort of Moral Operative System that conditions our opinions and beliefs in the most extreme cases of moral misconduct, while leaving sufficient space of us to form the rest of our moral opinions.

That Moral Operative System could be defined as a set of beliefs shared by (almost all) the members of a given community which are inculcated in said members from a very early age. It is akin to learning grammar during the school years.

That system predisposes us to respond to certain conducts, labelled extremely immoral or very unjust, in a certain way and to demand little proof or argumentation from those that claim that said conducts are very unjust.

It is not the case that proof or argumentation are never considered, but that we

²³ This is a very brief detour made just to briefly explain a point. I cannot expound fully on these matters due to space constraints. To those that consider these explanations insufficient I can only say that I'm sorry.

²⁴ Mackie 1977: 42-46. Nowadays, in which moral objectivity (at least in academia) seems to be more forceful than ever, quoting Mackie could be considered something *démodé*. While I acknowledge that I do not share in such an opinion. The truth or falsity of a proposition does not depend on *doxa* nor academic fashion. That is specially the case when we are dealing with philosophical questions. In such cases the "truth" is something that is almost impossible to ascertain. At most we must conform ourselves with the power of the arguments behind the assertion. In cases such as this I believe that Mackie remains unchallenged.

lower our standards of evidence and argumentation before those situations. This is something that happens matter-of-factly, and here it's not the place to consider if this fact is a "good" or a "bad" one.

Judges, being human, also have the same Moral Operative Systems as (almost all) the rest of the members of the community from where they belong. Therefore they, more often than not, respond to the "very unjust" in the same way as the rest of the community.

Of course, not all judges and not all persons react this way. Some would require more proof and more arguments that what is required by the Moral Operative System, but they are in the minority.

3.2. Very Unjust Laws in the Practice of the Courts

An interesting case in which to show this is the CJSN "*Simón*" case²⁵. In that case, the CSJN declared both the Law of Due Obedience and the so-called Full Stop Law unconstitutional. Both laws were dictated to limit and to put an end respectively to the prosecutions of crimes committed during the Argentinian military dictatorship of 1976-1983.

The Law of Due Obedience limited the responsibility of said crimes to just the heads of the military and other security agencies, excluding from prosecution officers of inferior rank, other subalterns and the like.

The Full Stop Law put an end to the prosecutions of said crimes altogether²⁶.

In "*Simón*" the CSJN argued at length what to do with said laws, that were (and are) considered very unjust by almost all the Argentine population. At that time the CSJN consisted of nine justices. Seven of them voted in favor of declaring the laws unconstitutional, one against, and one refused to vote.

Interestingly the arguments of both the majority and the lone dissenter are not moral arguments but legal ones and both dealt with the same issue: the existence of or nonexistence of norms of international law that impose the duty on Argentina of breaking the principle of legality and to retroactively prosecute the criminals from the dictatorship.

The arguments of the majority were mere enunciations of the existence of said norms and of the duty of Argentina, after the reform of the Constitution in 1994, to conform with the mandates of the international community. Several references to *Ius Cogens* norms were made but not a clear clarification of them was offered.

On the contrary, the dissenter affirmed that said norms of international law could only be applied if they conform with the Constitution, quoting article 27 of

²⁵ Fallos 328:2056.

²⁶ There were two exceptions: forging the identity of a minor and forced disappearance of minors.

said legal document, and therefore they cannot bend the principle of legality consecrated in article 18. He also quoted article 31 which, in his interpretation, puts norms of international law below the Constitution itself.

Notwithstanding the fact that I share in the opinion that said laws were unconstitutional I cannot help to acknowledge the weakness of the arguments offered from the majority. Merely enunciating the existence of *Ius Cogens* norms does not make them real and, also, by itself does not defeat the arguments of the dissenter justice. Said arguments are legally relevant and ought to be refuted. It does not happen here because the judges are quite sure of the gross injustice of said laws and they do not feel that that fact requires additional proof or argumentation.

Therefore, dealing with laws such as these is not a PUL for them. It something that can be dealt with matter-of-factly. Almost like a nuisance, as most people share in the opinion that said laws are very unjust and do not merit obedience. Of course, the motivation of the majority is moral, it is based in their Moral Operative System, but as judges they must justify it by legal means. They do so, but in an extremely weak manner.

This way of dealing with what the judges consider very unjust law is not new. The same happened, in a way, during the trial of king Louis XVI, just to mention a historical example.

As Rosler puts it, the French Revolution, who was quite proud of the insertion of the principle of legality in the Declaration of Rights of Man and Citizen, was more than willing to cast it aside when prosecuting Louis²⁷. And that not only was the case of the prosecutor but that of judges as well during that process. Once they detected something that, according to their Moral Operative System, could be considered as “very unjust” the demands for strong evidence and strong argumentation tends to go down.

Judges tend to use their moral criteria more than their legal criteria in order to adjudicate said cases.

The case that we saw in section 2, when the CSJN – in Fallos 347:1137 – squashed the ruling from the Cámara, do not usually happen in cases of extreme injustice, or very unjust law.

The way that the courts tend to deal with such cases is, if the wording can be allowed, unpuzzle-like. In a way, we can say, cases of *very unjust law* are akin to easy cases for judges, and cases of mere unjust law are, due to the demands of careful argumentation on the judges, akin to hard cases²⁸.

²⁷ Rosler 2022, p. 161.

²⁸ Raz said one time that the distinction between easy and hard cases was more or less useless. There are some cases that are considered hard by legal theory that are extremely easy for judges to resolve, and vice versa.

4. An Attempt at a Conclusion

Given the two preceding sections of the present work, it seems to me that the obsession, in a way, of legal theory with *very unjust laws* and the PUL is misguided.

Cases of very unjust laws could appear difficult in theory, specifically because of the moral issues involved in them and how those could be considered to be some sort of challenge to legal positivism²⁹ and the like. But in practice, in real life, judges do not seem to really fret about them. On the contrary, it is with cases of mere injustice that they tend to be more fussy, more careful in argumentation. I believe that this opens a new way of understanding the PUL.

An approach closer to legal practice and one who follows more closely the demands of legal interpretation and argumentation is “the new way” that I think that we must pursue regarding this problem. A way that has been neglected because the pull of gross injustice is more notorious than mere injustice in our laws.

Given the fact that mere unjust laws are more prevalent than very unjust laws and that the former seem to be more puzzle-like than the latter, at least to judges, I believe that, regarding the ways in which the PUL is studied, legal theory must course correct. That is all³⁰.

References

- Bobbio, N. (1996). *Il positivismo giuridico* (1961), Torino, G. Giappichelli Editore.
- Calzetta, A. (2024). (LP*) Revisited. On John Gardner's Reduction of Legal Positivism, «Analisi e diritto», 1/2024.
- Chapoutot, J. (2018). *The Law of Blood. Thinking and Acting as a Nazi*, Cambridge (Mass.), Belknap Press.
- Dyzenhaus, D. (2022). *The Long Arc of Legality. Hobbes, Kelsen, Hart*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Hart, H.L.A. (1983). *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in Id., *Essays*

²⁹ I do not share the view that said issues could be considered as a challenge in any way to legal positivism. Said view, seems to me, is rooted in a misunderstanding of what legal positivism is. I cannot expound on my views here, but I dealt a bit with this issue in Calzetta 2024.

³⁰ DD begins the first chapter of his book quoting Dworkin on why the PUL has no practical importance (Dyzenhaus 2022: 41). DD considers that Dworkin is wrong on the issue. He is right, of course Dworkin is wrong. But he is not wrong for saying that the PUL is merely a verbal dispute. It is not. He is wrong for not taking into proper account what judges do when confronted with unjust laws. As I have tried to show, they do different things to different kinds of unjust laws. Some of them pose a problem to the practice of law, others do not.

- in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.
- Mackie, J.L. (1977). *Ethics. Inventing of right and wrong*, London, Penguin.
- Paulson, S. (2023). *La filosofía del diritto di Gustav Radbruch* (Eds. Bersier Ladavac, N., Chiassoni, P., Sardo, A.), Milano, Mimesis.
- Rosler, A. (2022). “¿Quién dice humanidad quiere engañar? Legalidad, legitimidad y crimen universal durante el juicio a Luis XVI” in Id., *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de Derecho*, Buenos Aires, Editores del Sur.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, Oxford, Clarendon Press.
- Shakespeare, W. (1599). *The Chronicle History of Henry the Fifth: with his battle fought at Agincourt in France. Together with Ancient Pistol*.

Legal Rulings

- Agüero, Julio César s/ incidente de recurso extraordinario, CSJN, Fallos: 347:1137
- Saguir y Dib, Claudia, CSJN, Fallos: 302:1284
- Simón, Julio Héctor y Otros s/ privación ilegítima de la libertad, CSJN, Fallos: 328:2056
- Vázquez, César y otros s/ recurso de casación, Cámara Federal de Casación Penal, FCB 27987/2014/TO1/CFC1 (registro 204/21)

A Response to Four Critics of *The Long Arc of Legality*

David Dyzenhaus*

Abstract

The four participants in the panel on my book offered very different critiques, so I responded to them separately. But, as will be clear from my responses, I have learned from all of them much about not only the arguments I made which attracted their criticism, but also about how to take forward those arguments in my future work. My first response to Luca Malagoli focuses on how best to interpret Hobbes. My responses to both Brian Bix and Giovanni Battista Ratti relate mainly to differences in methodology. Finally, I respond to Alejandro Daniel Calzetta's challenge based on the problem of unjust law.

Keywords: Hobbes. Norberto Bobbio. HLA Hart. Legal Positivism. Natural Law. Unjust Law.

The four participants in the panel on my book offered very different critiques, so I will for the most part respond to them in separately below. But as will be clear from my responses, I have learned from all of them much about not only the arguments I made which attracted their criticism, but also about how to take forward those arguments in my future work.

1. Luca Malagoli

In *A Tale of Two Hobbes: Brief Remarks (through Turinese eyes) on the Second Chapter of David Dyzenhaus, The Long Arc of Legality*, Professor Luca Malagoli says

* University Professor of Law and Philosophy, Faculty of Law, University of Toronto, 78 Queen's Park, Toronto, Canada, M5S 2C5, david.dyzenhaus@utoronto.ca. I thank Giovanni Battista Ratti and Luca Malagoli for organizing the panel on my book during the 2023 master's programme on Global Rule of Law and Constitutional Democracy in the Faculty of Law of the University of Genoa.

that it is surprising that I did not «fully engage in a detailed discussion» of Norberto Bobbio's interpretation of Hobbes¹. I regard Bobbio as not only one of the leading political and legal philosophers of the last century, but also as one of its best Hobbes scholars, so I agree that a full engagement with his wonderful essays on Hobbes is a most worthwhile undertaking. But the chapter of my book devoted to Hobbes was not the place to do this, nor is it appropriate here to write as much as would be required to respond fully to Luca's provocative yet constructive critique of my chapter on Hobbes. Indeed, he has inspired me to one day take up the challenge of a closer engagement with Bobbio, not only his essays on Hobbes, but also those essays set in the perspective of his sophisticated and complex general legal theory². For now, I will confine myself to a response to Luca's main argument.

The aim of the chapter on Hobbes in my book is to present in its best light the common orthodox view to which Bobbio and most other leading Hobbes scholars subscribe and then to show both why my unorthodox view makes better sense of more of the text than they manage and why Hobbes considered the correct design of legal order to be crucial to the normative mission of the modern state. In this regard Luca's title is instructive, though not precisely in the way he supposes. For him *A Tale of Two Hobbes* is about two conflicting interpretations, my interpretation of Hobbes as a pioneer of our conception of the modern rule-of-law state, in which an account of natural law plays a role, and Bobbio's interpretation of Hobbes as a positivistic absolutist with the role of natural law confined to underpinning the legal subject's duty of obedience to law. But that's not the real issue. Rather, the issue is that Hobbes himself, as Bobbio was very aware, told both tales and the problem for Hobbes scholars is whether these can be reconciled. I believe the tales can be reconciled and offer extensive text-based arguments to show that Hobbes's laws of nature amount to something equivalent to the fundamental principles of legality the American legal theorist Lon L. Fuller argued must be observed if a legal order is to be maintained and, if maintained, give rise to an «inner morality» of order that establishes «a bond of reciprocity» between ruler and ruled³.

However, Luca does not consider any of these arguments, nor the textual evidence for them. Instead, he quips that my «Hobbes is not only a brilliant disciple of Hart, but also an attentive reader of Fuller, Dworkin and Raz»⁴. But that's not the way my argument works. Rather, it sets out Hobbes's legal theory and then interprets the debates in philosophy of law of the twentieth century in the light cast by that theory. Here I find instructive the advice of one of the most eminent philosophers of our time, Thomas Nagel, who criticized an author of a book on the phi-

¹ *Supra*: 127.

² For a first attempt at getting to grips with Bobbio's general legal theory, see Dyzenhaus 2025.

³ Fuller 1969: 38-44.

⁴ *Supra*: 126.

losophers of the Enlightenment, including Hobbes, for saying that we should resist the temptation to think that such philosophers speak «our language and live in our world». Nagel pointed out very effectively that the issue «isn't that they speak our language, but that we speak *their* language, because our world has been significantly formed by them»⁵. My book is thus an extended argument that we need to recover the rich resources in the language of Hobbes's legal theory in order to become better speakers ourselves of our contemporary version of *his* language. This legal theory Hobbes set out most elaborately in *Leviathan*.

That *Leviathan* is my main source for my view is of some significance. Before the war, Hobbes scholarship, particularly in Europe, tended to take Hobbes's *De Cive* as its main text and Bobbio explains that his own journey as a Hobbes scholar began in 1948 when he revised an Italian translation of the book and edited it for publication⁶. While he often referred to *Leviathan*, I think it fair to say that for him *De Cive* remained the main text. So much is reflected in the argument of his *Natural Law and Civil Law in the Political Philosophy of Thomas Hobbes* on which Luca relies in his attempt to refute me.

Luca adopts Bobbio's claim that the laws of nature are «empty formulas, which civil power alone can fill with specific content», a claim which Bobbio bases on the following passage from *De Cive*: «Theft, murder, adultery, and all injuries, are forbid by the laws of nature; but what is to be called *theft*, what *murder*, what *adultery*, what *injury* in a citizen, this is not to be determined by the natural, but by the civil law»⁷. He says that in my «rather quick assessment of Bobbio's position on this (central) point», I seem to «overlook» this «crucial» passage⁸.

But both he and Bobbio fail to notice that even in *De Cive* this passage occurs in chapter VI, where Hobbes is discussing the rights of sovereign authority, not the earlier chapters II and III where Hobbes sets out the laws of nature. In addition, Hobbes in this passage says the crimes he lists are forbidden by the law of nature, and that it is up to the civil power to give them content, not that they themselves are laws of nature. Hence, it cannot follow from a passage about criminal law that the laws of nature are «empty formulas, which civil power alone can fill with specific content», only that the laws of nature require that the sovereign establish a system of criminal law and give specific content to the individual laws. Indeed, it does not even follow that these criminal laws are empty formulas. Imagine a sovereign who commands that marriage is a union of a man and a woman, that marriages will be invalidated if not consummated, that adultery is a crime punishable by death, and the law prohibiting adultery defines it as sexual relations between a lawfully wedded

⁵ Nagel 2023: 229. Emphasis in the original.

⁶ Bobbio 1993: viii.

⁷ *Supra*: 132; Bobbio 1993a: 130-1, quoting Hobbes 1998: 6.16, 86.

⁸ *Supra*: 132.

husband and wife. Hobbes would be aghast if his legal theory committed him to the position that subjects should think that this law on adultery is not only correct law, but also required by the laws of nature. Indeed, his chapters in *Leviathan* on crime and punishment are clear that the content of the criminal law of the modern rule-of-law state is structured by the laws of nature set out in chapters 14 and 15.

That Bobbio and Luca fail to notice these important features of Hobbes's position, present in *De Cive*, but much more pronounced in *Leviathan*, has much, I think, to do with the inevitable influence of the assumptions that come from the particular traditions of thought in which we all operate, in their case the mindset of civilian lawyer attuned to Kelsen and the mindset of someone like Hobbes operating within the common law tradition. I am of course keenly aware of Hobbes's opposition to Sir Edward Coke, one of the leading exponents of the common law tradition, an opposition which Bobbio charted in his *Introduction to De Cive*⁹. But Hobbes himself, as I have argued elsewhere¹⁰, could not but help being deeply marked by that tradition in ways that Bobbio and others from his tradition are disposed to overlook.

In *Natural Law and Civil Law in the Political Philosophy of Thomas Hobbes*, Bobbio does notice that the passage on which Luca relies from *De Cive* is not to be found in *Leviathan*, saying that «[n]ot only does Hobbes expunge it from *Leviathan*, he also assigns a much greater role to natural law». It follows, Bobbio thinks, that the thesis of «empty formulas» «holds only for *De Cive*»¹¹. What then does he make of this greater role for natural law? While he suggests that we should be cautious in seeing in Hobbes's theory a rigorously positivistic system *tout court*, «which is still centuries away», he proceeds to throw caution to the winds. He does so by pinning on Hobbes the Kelsenian thesis that Hobbes confronts this problem of the greater role by portraying judges as filling in the «gaps in the legal order» that arise when the civil law is indeterminate, that is, deciding on the basis of their subjective views of right and wrong¹². Natural law, on this account, amounts to judicial moral subjectivism.

But that is far from what Hobbes sets out in his account of the judicial role, which is not one of “gap-filling”, but of “interpretation”. Useful here is Bobbio's observation in an essay on HLA Hart in which he offers as an example of the «confusion» that arises when philosophers try to communicate across language barriers and between traditions, the fact that European philosophers of law tend to make a distinction, which Anglo-American philosophers of law do not, between «legal order» and «legal system». Bobbio illustrates the distinction thus

⁹ Bobbio 1993b: 110-13.

¹⁰ Dyzenhaus 2021.

¹¹ Bobbio 1993a: 132.

¹² Bobbio 1993a: 132-36.

Two works (of considerable value) on the legal system have appeared in a short time: *The Concept of a Legal System* by Joseph Raz¹³ and *Normative Systems* by Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin.¹⁴ If you think that the two works deal with more or less the same topics, you are mistaken: the two works are fundamentally different in content. But this is precisely due to the fact that one work deals mainly with problems that we would rather classify under the label of legal order, while the other one examines and discusses mainly while the other one examines and discusses mainly the problem of gaps, which is one of the fundamental problems of the theory of legal order as a system¹⁵.

However, in Hobbes's case, the distinction is useful mainly because it brings to the surface that he contests it, as do Fuller and Dworkin centuries later. As I set out in my book, Hobbes states that before validly enacted laws can become binding, there is another «very material» condition to be met: the laws have to be given an «authentique Interpretation», a condition necessary because «All Laws, written, and unwritten, have need of Interpretation»¹⁶. In stating this condition as one that must be fulfilled for a legal order to function, Hobbes makes the interpretability of laws, which for Bobbio is a phenomenon belonging to inquiry into legal system, into an existence condition of legal order.

Moreover, Hobbes emphasizes that the judge's duty is to give a «reasonable interpretation», which is the interpretation that accords with the laws of nature lest he insult the sovereign by supposing that his intention could be other than «Equity». If the judge cannot reach a reasonable judgment, he should «respit Judgement till he have received more ample authority»; the judge should, that is, defer judgment and consult the sovereign¹⁷. Thus, legislative intention is for Hobbes a matter of construction by judges in light of their understanding of the laws of nature, which makes his account of judicial interpretation of statute law quite similar to that put forward by the common lawyers, save for Hobbes's hostility to precedent. But even that hostility is qualified because Hobbes did not oppose a doctrine of precedent when it comes to «mutable» laws or statutes¹⁸. Even a mistaken interpretation by a judge of statute law binds into the future. It is true that its force into the future depends on the sovereign permitting this state of affairs to persist. However, this marks no practical disagreement with the common lawyers since they also think that the persistence of such precedent is conditional on the legislature not choosing to overrule the judgment.

¹³ Raz 1970.

¹⁴ Alchourrón, Bulygin 1971.

¹⁵ Bobbio 2025b.

¹⁶ Dyzenhaus 2022: 111-15; Hobbes 1994: xxvi. 20, 180.

¹⁷ Hobbes 1994: xxvi.26 183.

¹⁸ Hobbes 1994: xxvi.24 181.

I'll close this part of my response by noting that Bobbio differed from both Kelsen and Hart in that he recognized «the ethical postulates of legal positivism»: «i.e. the principle of legality, order as the main objective of the state, certainty as the value of law, were developed in the eighteenth century by liberal doctrine, from Montesquieu to Kant, in order to curb despotism, that is, as a brake against the arbitrariness of the prince, as a defence of individual liberty against the excessive power of the executive, as a guarantee of equal treatment against privilege»¹⁹. In my book, I argue that with such recognition the differences between legal positivism and theories of law of the sort put forward by Fuller and Dworkin begin to vanish. Moreover, it follows that legal officials should understand their role in interpreting the law as seeking to further these «ethical postulates», not conceived as extra-legal considerations, but as principles intrinsic to legality. That is an understanding from what Hart called the «internal point of view»²⁰; and that viewpoint, as Fuller and Dworkin argued, regards the exercise as interpretation of what the law requires, not as one that amounts to filling in gaps because the law has run out.

2. Brian Bix

In *Legality as Such: Further Thoughts on David Dyzenhaus, The Long Arc of Legality*, Professor Brian Bix presents for the most part a reconstruction of the methodology of my overall argument. His account is not only generous, but also really helpful to me in understanding what I was trying to achieve, and so I'm most grateful. Here I will focus on the two challenges he identifies.

The first is that Brian sketches a «stark alternative» to my position which I did not sufficiently confront: «the argument that law has *no* necessary or implied content, that it involves, on its own, *no* express or implied promise to subjects, and that it can contain the most egregious immorality (or procedural irregularity) and still be “law”, “legal”, or “a legal norm”»²¹. He illustrates this with an example taken from philosopher of law Matthew Kramer of a hypothetical country, «Despotia», where «the norms which establish legal requirements are imperatives rather than prescriptions» and «the pronouncements that affirm legal duties ... do not necessarily advert or profess to advert to any more reasons-for-action»²².

Here I confess that I have trouble understanding why this hypothetical should trouble me. Kramer says further that the

¹⁹ Bobbio 2025a.

²⁰ Hart 1994: 88-9.

²¹ *Supra*: 143. His emphasis.

²² Kramer 1999: 89.

Despotian officials do not mince words when they invoke the directives which they enforce. Their assertions of those directives amount to variations on a circular theme: “You [the addressees] must do these things because the prevailing norms enjoin you to do them”. Thus, since the requirements imposed by the Despotian regime will be characterized by officials and other people as legal duties, the pronouncements that affirm legal duties in such circumstances do not necessarily advert or profess to advert to any moral reasons-for-action²³.

Kramer is defending here Hart’s position that legal duties are only contingently moral duties and his target is Joseph Raz’s claim that a legal order must claim legitimate authority, even though it may not have it, and that officials must therefore ally themselves with that claim. In enforcing the law, the officials are at least pretending that when they say to X «You have a legal duty to do ...» they are implying that «You have a legal duty to do ... because you have a moral duty»²⁴.

I may be collateral damage if Kramer is correct because I do ally myself with Raz in this debate with Hart insofar as I accept that if we are going to explain the authority of law, as both Hart and Raz following him thought it incumbent on philosophy of law to do, Raz is correct that the task is to explain law’s legitimate authority, and thus I reject Hart’s position that the authority of law should be explained without any reference to legitimacy. However, the way I just put things also indicates my alliance with Hart insofar as Hart does not seek, like Raz, to explain the authority law *claims*, but the authority law *has* as law. That leaves me with the difficult task of explaining why it is that all actual legal orders are to some significant extent legitimate; and I do undertake that task, mainly in chapter 5 of my book.

I will not summarize my argument there other than to say that the chapter seeks to vindicate Fuller’s argument, sketched in my response to Luca Malagoli, by reverting to a social theory of ideal types of state that shows that legal orders lose their quality of legality as they lose their ability to answer the question that I argue throughout the book should be central to philosophy of law: the legal subject’s question, «But, how can that be law for me?» Of course, if Kramer’s Distopia is a genuine counterexample to my argument, I am in serious trouble. Here are the main reasons why I think I can remain untroubled.

The first relies on Hart’s *Jhering’s Heaven of Concepts* in which he expresses his affinity to that great German lawyer’s distrust of philosophy of law when it confines itself to inquiry in such an ethereal space and urges us to embrace «the need to return to earth»²⁵. But Hart’s call to philosophers of law is ironic given that his legacy in philosophy of law is conceptual analysis which disdains inquiries into the real world of law as “parochial”. Notice that an inquiry that takes place in the heaven

²³ Kramer 1999: 89.

²⁴ Raz 2983.

²⁵ Hart 1983: 277.

of concepts is one susceptible to counterexample from the hell of concepts, that is dystopian counterexamples. Since my inquiry is one on earth, my first reason is that I simply don't care about feats of imagination that go to show that things would be different if, for example, legal theory focused not on actual legal orders, but on orders as imagined in dystopian novels.

The second reason does enter into the conceptual game. Kramer needs to explain what "must" means in «You [the addressees] must do these things because the prevailing norms enjoin you to do them». If it means «because otherwise you will be punished», he would be assuming a command theory of law and, according to both Hart and Raz, failing to address law's dimension of authority. So I think that when he says «Their assertions of those directives amount to variations on a circular theme», the "must" refers to nothing outside of the command. If that's right, I am baffled.

When I was a small child and questioned one of mother's prescriptions with "Why?" she would respond «Because Y is a crooked letter and you can't make it straight». I understood of course that I might be punished in some way if I did not obey. But I did not understand the response itself until later in life, which was precisely the point. That is, she was saying something like: «You are too young to understand now, but my say so suffices because as your mother I'm an authority over you, and that's because of my superior wisdom and experience and general devotion to your interests, as evidenced in my judgments about what's in your interests, all of which makes me a legitimate authority». All claims to legitimate authority, indeed to authority as such, are elliptical in this way.

That brings me to the third reason. In his debate with Raz, Hart confessed that the idea of morally inert norms entailed in his theory is deeply unsatisfactory²⁶. In my book, I argue at some length that when Hart and Raz following him made the issue of law's authority central to their inquiry into the nature of law, they found themselves caught in a dilemma between an account of authority which seemed vacuous because legal obligations are seen as morally inert, as in Hart, and one that came perilously close to a natural law account which builds moral aspirations into the concept of law, as in Raz. They both saw the need for a way out of this dilemma but could not offer one. My book as a whole is devoted to the task of making such an offer.

Brian's second challenge is that my legal theory faces a problem for legal theory in general – «that jurisprudential views about the enforcement of law often hide in their premises about law aspects of their conclusions regarding what judges should be enforcing». I think the answer here is not to hide. One needs to make explicit the value-basis of one's theory so that it can be properly contested, as we saw Bobbio did above when he stated the ethical postulates of legal positivism. This challenge in fact has little or no purchase against those who with me, for example, Fuller and Dworkin do not subscribe to the myth of value-free analysis.

²⁶ Hart 1982: 266-68.

3. Giovanni Battista Ratti

I agree with almost all of Professor Giovanni Battista Ratti's most generous set of reflections so will focus on the few points of difference. But I would also like to mention that the source of my inspiration for my critique of Hart's rule of recognition is the same as his, that is, Riccardo Guastini's perceptive account of Hart, itself inspired by Bobbio²⁷.

In regard to the points of difference, I can be brief. Giovanni charges me with having confused methodological positivism with theoretical positivism. But, as I mentioned above, I think such distinctions are useful only because they make explicit that some approaches to philosophy of law reject the distinction in question. I also wonder about the utility of affirming, as Kelsen did, that all judgments about what the law requires involve a moment of choice or discretion. That is trivially true and so not at stake in the debate between exclusive and inclusive legal positivists, though I will repeat my claim in my book that I do not think there was anything ever much at stake in this debate.

The only important difference is that Giovanni thinks Hart's positivism can escape some of the problems I pose by ditching the "internal point of view" and the issue raised by the introduction of that idea in having to account for "acceptance" as constitutive of the authority of legal order. Here my response is that the theory that would emerge after such steps would bear little relation to what Hart set out in *The Concept of Law*, so I find it difficult to see how this suggestion helps Hart.

In addition, I think I may have a different understanding from Giovanni's of Bobbio's critique of Hart's ideas of the internal point of view and acceptance. As I understand Bobbio, he was not in any way suggesting that Hart should ditch these ideas because of the problems they raised for him, only that Hart needed to confront these problems fully. The argument of my book that philosophy of law needs to explain the legitimate authority intrinsic to legal order, and that Hart's positivism can be understood as an attempt to do just that, seems to me one way of confronting these problems. This argument is very effectively summarized in Giovanni's essay and in general his account of what I was trying to achieve will be most useful as I try to take the project of my book forward.

4. Alejandro Daniel Calzetta

Professor Alejandro Daniel Calzetta's paper focuses on what I call «the puzzle of unjust law» by setting out his own position on this topic. Since he does not address my formulation of the puzzle, and since it drives the whole argument of

²⁷ Dyzenhaus 2022: 219-22.

my book, I first set it out and then conjecture how his position might address it.

At the very outset of my book, I claim that the puzzle of unjust law is central to philosophy of law. It arises when the content of a law is deeply immoral, yet it appears that because the law is valid it has some normative force such that officials, including judges, are under an obligation to apply and enforce it, and subjects are under an obligation to obey it. That puzzle is derivative of a deeper puzzle – the puzzle of legal authority. It arises when one regards law as both a matter of right and might²⁸.

However, it arises if and only if one supposes that law is more than might. If with Bentham and Austin one reduces law to coercion, or with Alf Ross to predictions about implementation, there is no puzzle. Hence it arises only for those philosophers of law who do not make that reduction since they think it is incumbent on philosophy of law to explain law as a matter of authority. Since Hobbes, Hart, Kelsen, Raz, Fuller, and Dworkin accept that explaining the authority of law is perhaps the central task for philosophy of law, they are all confronted by these puzzles. In my book, I try to draw on resources common to all of them to offer an analysis of the puzzle of unjust law that arrives at an attractive explanation of law's authority as legitimate.

As far as I can tell, Alejandro accepts something like Hart's position that a judge is under a morally inert legal duty to apply an unjust law and under a moral duty not to apply it. Hart would add in *The Concept of Law* that the judge in such a dilemma should heed the call of moral duty and not apply the law²⁹. I say "something like" because Alejandro, in contrast to Hart, seems to endorse a very strong non-cognitivist position according to which the claim that there is a moral duty is merely an expression of subjective preference. It would follow that the only available objectively determinable duty is the one to apply the law. Hence, the judge should apply it. But, as both Fuller and Dworkin pointed out, if the legal duty is morally inert or weightless, it is hard to make sense of this kind of position, whether Hart's version or the version that I think one can infer from Alejandro's paper³⁰. Note that Hart in his last reflections on this topic confessed that his account of legal duty is unsatisfactory³¹.

Since such puzzles trigger the whole argument of a long book, I will not attempt here to summarize it. I do, however, think that two parts of my response to Luca Malagoli may be helpful. The first, also invoked in my response to Brian Bix, is my sketch in chapter 5 of a social theory of ideal types of state that shows that legal orders lose their quality of legality as they lose their ability to answer the question that I argue throughout the book should be central to philosophy of law: the legal subject's question, «But, how can that be law for me?» My second is to Luca's Bobbian account of Hobbes in which I claim that for Hobbes the reasonable interpretability

²⁸ Dyzenhaus 2022: 1-5, chapter 1.

²⁹ Hart 1994: 211.

³⁰ Dyzenhaus 2022: 74-75, note 77 at 171.

³¹ Hart 1982: 266-7.

of the law is an existence condition of legal order. Together these may address the position Alejandro has in mind since the first may address his claim about “easy cases” of unjust laws and the second his contrast class of «not-quite-so-unjust laws»³².

Moreover, when Alejandro gives examples of the second, he exposes a rather severe tension in his argument. On the one hand, from his own account it seems clear that the judges in these matters found through an exercise of interpretation legally cogent reasons to avoid an unjust conclusion. On the other hand, Alejandro’s non-cognitivism obliges him to assert that «[j]ustice is in the eye of the beholder»³³, that is, this was just an expression of subjective opinion disguised as a judgment about what the law required, the kind of judicial moral subjectivism I identified above. If, as Hart rightly urged, we need to take the internal point of view of judges seriously in order to understand law in the register of authority, we also, as Dworkin famously argued, need to take seriously their view that their conclusions about what the law requires are fully determined by law.

My sense from Alejandro’s paper, and also from Giovanni Battista Ratti’s, is that for them philosophy of law should be done from a position that espouses non-cognitivism about ethics and correspondingly a theory of law that reduces law to some supposedly observable facts, for example, coercion or implementation. In my view, that position has the great virtue of making the choice in philosophy of law clear. Either a legal theory that does without any account of law’s authority or one that seeks to understand not, as Raz would have it, that law necessarily claims legitimate authority, but why law has the legitimate authority it claims. The latter claim is the argument of my book and I’m most grateful to my four critics for prompting me to attempt some clarifications here.

References

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, New York, Springer Verlag.
- Bix, B. (2025) *Legality as Such: Further Thoughts on David Dyzenhaus*, The Long Arc of Legality, in this volume.
- Bobbio, N. (1993). *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition* (Translation by Daniela Gobetti of N. Bobbio, *Thomas Hobbes e il diritto naturale*, Torino, Einaudi, 1989), Chicago, Chicago University Press.
- Bobbio, N. (1993a). *Natural Law and Civil Law in the Political Philosophy of Thomas Hobbes*, in id., 114-148.

³² *Supra*: 164.

³³ *Supra*: 168..

- Bobbio, N. (1993b). *Introduction to De Cive*, in Id., 74-113,
- Bobbio, N. (2025a). *Aspects of Legal Positivism*. (Translation by Giovanni Battista Ratti of “Sul positivismo giuridico” in (1961) LII *Rivista di filosofia* 14), «Jurisprudence», forthcoming.
- Bobbio, N. (2025b). *On Secondary Rules*. (Translation by Giovanni Battista Ratti of *Per un lessico di teoria generale del diritto*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 47-55), «Jurisprudence», forthcoming.
- Calzetta, A.D. (2025). Once More unto the Breach, Dear Friends, Once More. *The Puzzle of Unjust Law between Theoretical and Practical Realities: A Brief Comment on The Long Arc of Legality*, in this volume.
- Dyzenhaus, D. (2021). *Thomas Hobbes and the Rule by Law Tradition*, in J. Meierhenrich, M. Loughlin (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, edited by, Cambridge, Cambridge University Press, 261-277.
- Dyzenhaus, D. (2022), *The Long Arc of Legality. Hobbes, Kelsen, Hart*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Dyzenhaus, D. (2025), *Norberto Bobbio and HLA Hart: An Introduction*, «Jurisprudence», forthcoming.
- Fuller, L.L. (1969). *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press.
- Hart, H.L.A. (1982). *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1983). *Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 265-277.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law* (1961), Oxford, Clarendon Press, II ed.
- Hobbes, Th. (1998). *De Cive* (the English Version, 1651, Latin Version 1642), edited and introduced by Richard Tuck and Michael Silverthorne, Cambridge, Cambridge University Press.
- Hobbes, Th. (1994). *Leviathan* (1651), edited and introduced by Edwin Curley, Indianapolis, Hackett.
- Kramer, M. (1999). *In Defense of Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press.
- Malagoli, L. (2025). *A Tale of Two Hobbes: Brief Remarks (through Turinese eyes) on the Second Chapter of David Dyzenhaus, The Long Arc of Legality*, in this volume.
- Nagel, T. (2023). *Analytic Philosophy and Human Life*, New York, Oxford University Press.
- Ratti, G.B. (2025): *Three Puzzles on the Foundations of Law*, in this volume.
- Raz J. (1970). *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press.
- Raz, J. (1983). *Legitimate Authority*, in Id., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 3-33.

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di gennaio 2025