

ESTUDIOS

E

PERFORMATIVIDAD Y DERECHO

CUESTIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS

PABLO BONORINO (ED.)



INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO

III ARANZADI

Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+i TED2021-129152B-C44 financiado por MICIU/AEI / 10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU/ PRTR, y del Proyecto de I+D+i PID2022-136352NB-I00 financiado por MICIU/ AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa». También se benefició de las ayudas a GPC de la Xunta de Galicia al grupo AGAF. Recoge los resultados derivados de jornadas técnicas especializadas y directamente relacionadas con las actividades de investigación, innovación y transferencia de dichos proyectos celebrados durante el año 2024 en la Universidad de León, Universidad de Vigo, Universidad de Mar del Plata y Universidad de La Plata. Algunos de ellos fueron presentados — en forma embrionaria— como ponencias en el Congreso Mundial de la IVR2025 celebrado en Seúl en el mes de julio. Los capítulos contenidos en esta obra fueron sometidos a revisión previa por pares con sistema doble ciego.



© Pablo Bonorino, 2025

© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/>

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-12270-2025

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1162-539-5

ISBN versión electrónica: 978-84-1162-538-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

Página

CAPÍTULO 1

PRECEPTOS JURÍDICOS REALIZATIVOS Y PSEUDOREALIZATIVOS

JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ	17
1. Introducción	17
2. Las emisiones realizativas	20
2.1. <i>Hacer lo que se dice</i>	20
2.2. <i>Reconsideración de los actos ilocutivos</i>	23
2.3. <i>Actos o efectos explícitos</i>	25
2.4. <i>Condiciones de éxito</i>	29
2.5. <i>Teorías explicativas</i>	31
2.5.1. Tesis semántica	32
2.5.2. Tesis del reconocimiento de la intención	33
2.5.3. Tesis del soporte institucional	34
2.5.4. Discusión	38
2.6. <i>Los realizativos y la cultura jurídica</i>	40
3. Preceptos jurídicos realizativos	43
3.1. <i>Ejemplos constitucionales</i>	45
3.1.1. México	45
3.1.2. España	46
3.1.3. Argentina	47

	<i>Página</i>
3.1.4. Casos especiales	48
3.2. Efecto jurídico de los preceptos realizativos.....	50
4. Preceptos jurídicos pseudorealizativos	53
4.1. Problemas de procedimiento.....	54
4.2. Problemas de ejecución.....	56
4.3. Problemas de seguimiento	58
5. Apéndice sobre preceptos jurídicos cuasirealizativos	59
6. Bibliografía	62

CAPÍTULO 2

EL CARÁCTER PERFORMATIVO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LA IGUALDAD

FRANCO GATTI.....	67
1. Concepto y concepciones acerca de la igualdad.....	67
1.1. El concepto de igualdad	68
1.2. Concepciones acerca de la igualdad	70
2. La igualdad en el derecho.....	73
3. La interpretación de la igualdad en el derecho: el modelo de los códigos interpretativos	78
3.1. Enunciados normativos y normas jurídicas.....	78
3.2. Formalismo y escepticismo en materia interpretativa	79
3.3. El modelo de los códigos interpretativos	81
3.4. Códigos interpretativos en materia de igualdad.....	82
4. Colofón: más allá de la equiparación	85
5. Referencias bibliográficas	87

CAPÍTULO 3

EL VALOR PERFORMATIVO DE LAS NORMAS Y DE LAS DISPOSICIONES NO NORMATIVAS

JOSÉ ANTONIO SENDÍN MATEOS	91
1. Introducción. Sobre la performatividad de algunos enunciados del derecho	91
2. Sobre normas y disposiciones jurídicas.....	96
3. Enunciados normativos con valor performativo: las normas constitutivas.....	103
4. El valor performativo de las disposiciones no normativas .	107
4.1. <i>Disposiciones estructurales</i>	107
4.2. <i>Disposiciones categorizadoras</i>	109
4.3. <i>Disposiciones aclaratorias</i>	111
4.4. <i>Disposiciones declaratorias</i>	111
4.5. <i>Disposiciones puramente constitutivas</i>	112
4.6. <i>Disposiciones derogatorias y disposiciones promulgatorias ..</i>	113
4.7. <i>Disposiciones realizativas o performativas</i>	114
5. Las disposiciones no normativas y las antinomias	116
6. Reconsideración final	119
7. Bibliografía	119

CAPÍTULO 4

PERFORMATIVIDAD Y DERECHO. EL CASO DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE LA DEFENSA DE LA ESCUELA NAVAL MILITAR DE MARÍN

XOSÉ MANUEL PACHO BLANCO.....	121
1. Introducción	122
1.1. <i>La performatividad como presupuesto del funcionamiento del Derecho.....</i>	122

	<i>Página</i>
1.2. <i>Un supuesto de análisis: El Centro Universitario de la Defensa de la Escuela Naval Militar de Marín adscrito a la Universidad de Vigo</i>	124
2. De la realidad normativa a la práctica constitucional. El derecho a la lengua en la administración pública	124
2.1. <i>Marco normativo general del proceso administrativo y su interpretación constitucional.</i>	124
2.2. <i>La normativa militar y la Jurisprudencia constitucional sobre el particular</i>	128
3. Normas de aplicación y doctrina del tribunal constitucional en la lengua en el derecho a la educación.	131
4. Disposiciones normativas reguladoras del centro universitario de la defensa de la escuela naval militar de Marín ...	138
4.1. <i>La normativa de la Universidad de Vigo en la cuestión lingüística.</i>	138
4.2. <i>La normativa de la Escuela Naval Militar de Marín y las lenguas</i>	139
4.3. <i>El acuerdo de adscripción a la Universidad de Vigo</i>	140
5. El bilingüismo como presupuesto performativo en el del centro universitario de la defensa	141
6. Bibliografía	143

CAPÍTULO 5

IDEOLOGÍA Y DERECHO. SOBRE LOS SESGOS SEXISTAS EN LOS ARGUMENTOS DE UNA SENTENCIA JUDICIAL DEL FUERO PENAL ARGENTINO

ANDREA N. LOMBRANA	147
1. Introducción	147
2. Estudios de caso	152
2.1. <i>El delito cultural en Lonco Luan</i>	152
2.1.1. El caso	152
2.1.2. Análisis del caso	155

	<i>Página</i>
2.1.3. Los sesgos ideológicos de la sentencia.	159
2.2. <i>La maternidad de Débora</i>	163
2.2.1. El caso	163
2.2.2. Análisis del caso	168
2.2.3. Los sesgos ideológicos de la sentencia.	171
2.3. <i>La pobreza de Rodolfo</i>	174
2.3.1. El caso	174
2.3.2. Análisis del caso	177
2.3.3. Los sesgos ideológicos de la sentencia.	180
3. Conclusiones	185
4. Referencias bibliográficas	190

CAPÍTULO 6

¿ES POSIBLE NO INTERPRETAR? LA ACTITUD ANTIHERMENÉUTICA EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA

JUAN MANUEL PÉREZ BERMEJO	197
1. Introducción	197
2. Tesis negadoras del carácter necesario de la interpretación	200
2.1. <i>Teorías normativas</i>	201
2.2. <i>Teorías empíricas</i>	207
2.2.1. Tesis empíricas radicales	209
2.2.2. Tesis empíricas moderadas	213
3. La comprensión de conceptos y su trasfondo inferencial. . .	217

CAPÍTULO 7

PERFORMATIVIDAD SOCIOECONÓMICA DE LA REGULACIÓN JURÍDICA SOBRE PARQUES EÓLICOS

SANTIAGO SALVADOR GIMENO	225
1. Introducción	225

2. Los constantes conflictos entre los parques eólicos marinos y la pesca	228
3. Los planes de ordenación del espacio marítimo	231
3.1. <i>Acerca de la naturaleza y del carácter vinculante de los Planes de Ordenación del Espacio Marítimo</i>	232
3.2. <i>El Principio de Legalidad</i>	235
3.3. <i>Sobre la ordenación de la eólica marina y la pesca</i>	238
4. El proyecto de real decreto por el que se regula la producción de energía eléctrica en instalaciones ubicadas en el mar	242
5. Impacto socio-económico de los parques eólicos marinos sobre la pesca en Galicia	246
6. Algunas propuestas inspiradas en el derecho comparado ..	248
7. Conclusiones	251
8. Referencias bibliográficas	253

CAPÍTULO 8

EL RAZONAMIENTO Y LA PREFERENCIA JUDICIAL REALIZADA SOBRE HECHOS INDECIBLES

ABRIL USCANGA BARRADAS	257
1. Introducción	257
2. Los límites del razonamiento y la preferencia judicial	258
2.1. <i>La inevitabilidad de la preferencia judicial</i>	260
3. El problema de justificación de la preferencia	262
4. Lo indecible y lo indecidible desde la teoría jurídica	266
5. ¿La esfera de lo indecible es coto vedado?: supuestos de la indecidibilidad	268
6. Los silencios más fuertes en el derecho	272
7. Crisis de la razón judicial	276
8. Conclusiones	278
9. Bibliografía	279

CAPÍTULO 9

**EL RETROCESO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS:
CÓMO UNA MINORÍA CONSERVADORA LOGRÓ
IMPONER SU AGENDA**

CLAUDIA ZULEMA ROBLES-GÓMEZ.....	281
1. Introducción	281
2. Anticoncepción y aborto en la jurisprudencia estadounidense	283
2.1. <i>Jueces virtuosos, apolíticos e imparciales.....</i>	284
3. La argumentación en el voto conservador: observando al juez Thomas.....	288
3.1. <i>El primer cisma: Planned Parenthood v. Casey (1992).....</i>	291
3.2. <i>¿Qué hacen los médicos?: Stenberg V. Carhart (2000).....</i>	294
3.3. <i>¡Qué hacen los médicos!: Gonzales contra Carhart (2007) ...</i>	296
3.3.1. <i>Creemos que los anticonceptivos también son un pecado: Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc. (2014).....</i>	300
3.3.2. <i>Una victoria para el acceso al aborto: Whole Woman's Health v. Hellerstedt (2016)</i>	303
4. Serpientes y escaleras: DOBBS V. Jackson women's health organization (2022)	305
5. Conclusiones	312
6. Referencias bibliográficas	314

CAPÍTULO 10

**COMUNICACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. DEL
SOLILOQUIO AL DIÁLOGO ARGUMENTATIVO EN EL
LITIGIO JUDICIAL HISPANOAMERICANO**

AMÓS ARTURO GRAJALES	317
1. La cultura del litigio judicial y la ausencia del factor comunicacional	317

	<i>Página</i>
2. Comunicación, argumentación y conflicto	322
3. La comunicación en el litigio judicial	326
4. La ausencia de preocupación por el «ruido». o, dicho de otro modo: el «ruido» que no hace «ruido»	333
5. Algunas reglas prácticas de la argumentación que merecen ser respetadas si se pretende solucionar un conflicto	335
6. A modo de no conclusión	337
7. Bibliografía	340

CAPÍTULO 11

LA PRUDENCIA EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DECISORIA

LUIS ARIEL SALANUEVA BRITO.	343
1. Planteamiento	343
2. La prudencia	347
2.1. <i>Definición y objeto</i>	347
2.2. <i>Partes de la prudencia en general</i>	348
3. La prudencia jurídica	349
4. Caso, proceso y sentencia. Modelo del suelo del litigio y del árbol de la sentencia	350
4.1. <i>El Caso</i>	350
4.2. <i>Proceso y sentencia.</i>	352
4.3. <i>Modelo del suelo del litigio y del árbol de la sentencia.</i>	353
5. Partes de la prudencia jurídica	355
5.1. <i>Deliberación jurídica</i>	355
5.2. <i>Juicio jurídico</i>	357
5.3. <i>Mandato jurídico</i>	357

	<i>Página</i>
6. Autores que sostiene la racionalidad del contexto de descubrimiento	358
6.1. <i>Andrés Ibáñez</i>	359
6.2. <i>Ubertis</i>	359
6.3. <i>Taruffo</i>	359
6.4. <i>Puntos relevantes de las teorías</i>	360
7. Conclusiones	361
8. Referencias bibliograficas	365

CAPÍTULO 12

LA DIMENSIÓN PERFORMATIVA DEL CONCEPTO DE MUERTE: REVISIÓN DE LOS CRITERIOS DE MUERTE CEREBRAL

JAVIER DIEZ-GARCÍA	367
1. Introducción	367
2. Evolución histórica de la concepción de la muerte	369
3. La regulación de la muerte en la normativa mexicana	385
4. El principio pro persona como regla de actuación	391
5. La posibilidad de la responsabilidad penal en el actuar médico	397
6. Conclusiones	405
7. Referencias bibliográficas	407

Capítulo 2

El carácter performativo de la interpretación jurídica de la igualdad¹

FRANCO GATTI

Universidad Nacional de Rosario, Argentina

SUMARIO: 1. CONCEPTO Y CONCEPCIONES ACERCA DE LA IGUALDAD. 1.1. *El concepto de igualdad*. 1.2. *Concepciones acerca de la igualdad*. 2. LA IGUALDAD EN EL DERECHO. 3. LA INTERPRETACIÓN DE LA IGUALDAD EN EL DERECHO: EL MODELO DE LOS CÓDIGOS INTERPRETATIVOS. 3.1. *Enunciados normativos y normas jurídicas*. 3.2. *Formalismo y escepticismo en materia interpretativa*. 3.3. *El modelo de los códigos interpretativos*. 3.4. *Códigos interpretativos en materia de igualdad*. 4. COLOFÓN: MÁS ALLÁ DE LA EQUIPARACIÓN. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. CONCEPTO Y CONCEPCIONES ACERCA DE LA IGUALDAD

A partir de las contribuciones de Rawls, Hart y Dworkin puede intentarse el trazado de una distinción entre las nociones de concepto y concepción que, luego, resulte útil para la idea de igualdad. Ante todo, debe decirse que Rawls determina, en relación con la palabra «justicia», que «parece natural pensar que el concepto de justicia se distingue de las diversas concepciones de la justicia y que viene especificado por el papel que tienen en común estos diferentes conjuntos de principios, estas diferentes concepciones»².

1. Este trabajo es parte del Proyecto de I+D+i PID2022-136352NB-I00 financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa».

2. RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 22.

Aquellos que sostienen diferentes concepciones de la justicia pueden, entonces, no obstante, estar de acuerdo en que las instituciones son justas cuando no se hacen distinciones arbitrarias entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un balance correcto entre pretensiones competitivas respecto de las ventajas de la vida social. Así, según esta posición, podría existir consenso respecto de la descripción de las instituciones justas, ya que las nociones de distinción arbitraria y de balance correcto, incluidas en el concepto de justicia, quedan abiertas para que cada uno las interprete de acuerdo con los principios de justicia que acepta. Estos principios especifican qué semejanzas y qué diferencias entre las personas serán relevantes para determinar los deberes y derechos, y cuál es la división de ventajas correcta.

De tal modo, es factible una diferenciación entre la tarea de mero análisis conceptual, propio de la perspectiva metaética propiciada por la filosofía analítica como ejercicio de aclaración y eliminación de las ambigüedades y confusiones del lenguaje ordinario, y la labor filosófica ulterior, ya no meramente analítica sino crítica y sustantiva, de argumentación y de propuesta valorativa comprometida, propia de la ética normativa³.

Trasladada esta diferenciación a la noción de igualdad, debemos, en primer término, intentar llevar a cabo una tarea de detección de los sentidos posibles sobre el concepto y, luego, identificar las concepciones que conviven para arribar, finalmente, al tratamiento que se le ha dado en el plano jurídico.

1.1. EL CONCEPTO DE IGUALDAD

Pérez Luño, plantea que la dimensión lógica de la igualdad se desglosa en tres caracteres básicos:

- a) Se trata de una noción que exige partir, constitutivamente, de una pluralidad, de personas, objetos o situaciones; alude siempre a dos o más entes entre los que se manifiesta la condición de ser iguales. Predicar unilateralmente la igualdad de algo para consigo mismo, equivale a confundir la igualdad con la identidad.
- b) El concepto de igualdad implica una dimensión relacional. La pluralidad de su alcance se explica en relaciones bilaterales o multilaterales. No existe igualdad donde no se establece un determinado

3. RUIZ MIGUEL, Alfonso, «Sobre el concepto de igualdad», en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 34.

nexo entre varios entes. En un supuesto de entes aislados e inco-
municados no cabe establecer juicios de igualdad.

- c) La relación de igualdad se explica en la comparación entre los entes de los que se predica. Se precisa contar, por ello, con un elemento que haga posible la comparación: un *tertium comparationis*. Esto equivale a decir que dos o más entes son iguales, es decir, pertenecen a una misma clase lógica, cuando en ellos concurre una cualidad común, el *tertium comparationis* que opera como elemento definitorio de la clase y son desiguales cuando tal circunstancia no se produce.

Vale la pena detenerse en el carácter relacional del concepto de igualdad que, sin lugar a dudas, es distintivo. Al respecto, Bobbio traza una comparación con la idea de libertad, pues mientras que la libertad es una cualidad o propiedad de las personas, y por lo tanto sus diversos significados dependen del hecho de que esta cualidad o propiedad pueda referirse a distintos aspectos de la persona, sobre todo a la voluntad o a la acción, la igualdad es pura y simplemente un tipo de relación formal, que se puede colmar de los más diversos contenidos. Tanto es así que, mientras «X es libre» es una proposición dotada de sentido, «X es igual», es una proposición sin sentido, antes bien remite, para adquirir sentido, la respuesta a la pregunta, «¿igual a quién?». De ahí el efecto irresistiblemente cómico y, en la intención del autor, satírico, del célebre dicho orwelliano «Todos somos iguales, pero unos más iguales que otros»⁴.

Tomando en cuenta estas apreciaciones respecto del concepto de igualdad, y como punto de partida, podría admitirse cierto consenso en recuperar la noción aristotélica cuya postulación sugiere, en términos generales, que la igualdad implica el deber de tratar de modo igual lo que es equiparable y de forma desigual lo que es diferente⁵.

Eduardo Rabossi, en sintonía con lo dicho, establece que una formulación posible para dotar de contenido a la igualdad, puede estar dada por el siguiente postulado: «en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no

4. BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 54.

5. VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis, «Justicia social y el principio de igualdad», en *Revista de Filosofía*, Vol. 9 N° Especial: Debates contemporáneos sobre Justicia Social. 2018, p. 46.

hacerlo»⁶. Decimos que existe una conexión con el concepto propuesto previamente, puesto que la razón, indicada por Rabossi, para alterar el trato uniforme, puede estar dada por la desigual o diferente situación en la que se encuentren las personas.

Sin embargo, esta enunciación exige el tratamiento de una serie de concepciones adicionales que nos permitan identificar cuándo estamos en presencia de situaciones iguales y cuándo desiguales y, además, cuáles son los criterios de tratamiento que permiten justificar la relevancia o irrelevancia de las circunstancias fácticas que nos llevan a considerar normativamente a algo como equiparable o diferente. Y sobre estos criterios versan las principales disputas teóricas.

1.2. CONCEPCIONES ACERCA DE LA IGUALDAD

Cualquier intento por sintetizar concepciones sobre la igualdad está llamado a fracasar de antemano pues la producción es frondosa e imposible de capturar en un texto como este, sobre todo si asumimos que no es su objeto concentrarse exclusivamente en ese recorrido o hacer una revisión pormenorizada. Sin embargo, a efectos de tener presentes algunas contribuciones significativas que, desde la filosofía política, procuraron dar respuestas al problema de la igualdad, se recordaran ciertos desarrollos con el propósito de dar cuenta de la complejidad de la discusión y de, luego, asumir un posicionamiento.

Por supuesto, que un hito ineludible está dado por la «Teoría de la Justicia» de John Rawls de 1971. Ello no quiere decir que el recorrido previo no resulte relevante o que no valga la pena comentarlo, simplemente, se adopta como punto de partida esta obra porque representa, ante todo, una ruptura en el predominio que hasta entonces habían logrado las concepciones utilitaristas y, sobre todo, porque ha generado controversias, concentrando infinidad de trabajos en su reconstrucción, crítica y contrapropuesta. Como lo dice Silvina Ribotta, se trata de un paso obligado para quienes desean aprender, entender y discutir sobre justicia, ya que claramente es la teoría de la justicia más relevante de la filosofía moderna. Esto se debe no sólo a lo que el propio John Rawls haya dicho hace más de cincuenta años, sino por el enorme impacto que ha tenido sobre el resto de los autores de la filosofía política y jurídica y por la descomunal producción bibliográfica que ha resultado. Donde incluso algunos estudios de Rawls y

6. RABOSSO, Eduardo, «Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación», en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, p. 32.

sobre Rawls le han dicho decir o justificar al mismo Rawls argumentos distintos de la teoría original⁷.

En consecuencia, encontramos la propuesta de Rawls —donde desarrolla, su mirada sobre la igualdad de bienes primarios— y, sus revisiones, entre las que se destacan, a título meramente ilustrativo, las siguientes: a) Ronald Dworkin —igualdad de recursos—; b) Amartya Sen —igualdad de capacidades—; c) Richard Arneson: igualdad de oportunidades para el bienestar; d) Gerald Cohen —igualdad en el acceso a la ventaja—; e) Elizabeth Anderson —igualdad relacional—. Además, ocupan un sitio clave las teorías del reconocimiento, donde suele ubicarse, por ejemplo a Michael Sandel, Charles Taylor, Harald Welzer, entre otros.

No será éste el ámbito de reconstrucción de las concepciones mencionadas, aunque sí nos detendremos específicamente en una de ellas, por la repercusión que adquiere en la tesis sostenida. Se trata del análisis de Nancy Fraser, en una extensa obra, respecto de la que haremos algunas menciones breves.

Fraser rechaza la antítesis entre las dos perspectivas que, según ella, han dominado la escena de la discusión por la igualdad: las vinculadas a la redistribución y al reconocimiento. En efecto, asume que la justicia exige tanto la redistribución como el reconocimiento, ya que por separado no son suficientes. Introduce la noción de bidimensionalidad y aporta ejemplos para exhibir por qué se presenta una combinación de problemas relacionados con el estatus y con la clase social. Entre ellos, se refiere a las injusticias del racismo, ancladas al mismo tiempo en la estructura económica y en el orden d estatus de la sociedad capitalista, es decir, incluyen tanto la mala distribución como el reconocimiento erróneo⁸. En definitiva, la estructura económica genera formas raciales específicas de mala distribución —inmigrantes racializados y minorías étnicas padecen tasas desproporcionadas de desempleo y pobreza—, pero también en el orden del estatus, los patrones eurocéntricos de valor cultural privilegian los rasgos asociados con la blancura, mientras estigmatizan todo lo codificado como negro, moreno, amarillo.

La clase social, agrega Fraser, puede entenderse como bidimensional, de igual forma. La causa última de la injusticia de clase es la estructura económica de la sociedad capitalista. Ahora bien, los daños resultantes incluyen tanto el reconocimiento erróneo como la mala distribución y los

7. RIBOTTA, Silvina, «El principio de la diferencia y la aceptación de las desigualdades», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 55, 2021, p. 282.

8. *Ibidem*, p. 30.

daños de estatus que se originaron como subproductos de la estructura económica pueden haber desarrollado desde entonces una vida propia. Por ejemplo, dice Fraser, las ideologías de la «cultura de la pobreza» que señalan que tienen lo que se merecen. De modo semejante, las personas pobres y trabajadoras pueden necesitar una política del reconocimiento para apoyar sus luchas por la justicia económica⁹.

Por eso, en vez de asumir uno de los dos paradigmas excluyendo al otro, propuso, en primera instancia, el desarrollo de lo que denominó una concepción «bidimensional» de la justicia, que considere la distribución y el reconocimiento como puntos de vista distintos de la justicia y dimensiones de la misma, sin reducir una a la otra. Lo resume del siguiente modo: «hasta las instituciones económicas más materiales tienen una dimensión cultural irreductible y constitutiva; están atravesadas de significaciones y normas. A la inversa, hasta las prácticas culturales más discursivas tienen una dimensión político-económica irreductible y constitutiva; se sustentan en soportes materiales»¹⁰.

El núcleo normativo de su concepción es la idea de paridad de participación, en virtud de la cual la justicia exige unos acuerdos sociales que permitan que todos los miembros —adultos— de una sociedad interactúen en pie de igualdad. Para que se verifique la paridad participativa deben darse dos condiciones: a) La distribución de los recursos materiales debe hacerse de manera que garantice la independencia y la voz de todos los participantes, a lo que llama condición objetiva de la paridad participativa; b) la segunda requiere que los patrones institucionalizados de valor cultural expresen el mismo respeto a todos los participantes y garanticen la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social, a ello le llama condición subjetiva de la paridad participativa.

Luego, Fraser avanzó sobre su postulación anterior asignándole autonomía al problema de la participación política, lo que permite hablar ya de una mirada tridimensional. De hecho, precisa que «podría decirse que la distribución y el reconocimiento constituían las únicas dimensiones de la justicia sólo mientras se daba por supuesto el marco westfaliano-keynesiano»¹¹. A partir de entonces, se advierte un detenimiento en un aspecto de su concepción de la justicia: «lo político», entendido como aquello que «suministra el escenario donde se desarrollaran las luchas por la distribu-

9. *Ibidem*, p. 31.

10. FRASER, Nancy, «De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en un era postsocialista», en CARBONERO, M. A. VALDIVIELSO, J., *Dilemas de la Justicia en el siglo XXI. Género y globalización*, Palma de Mallorca, Edicions Uib, 2011, p. 223.

11. FRASER, Nancy, *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008, p. 41.

ción y el reconocimiento»¹². Es decir, es la naturaleza de la «jurisdicción del Estado y las reglas de decisión con las que se estructura la confrontación»¹³. Desde la introducción de esta dimensión, Fraser no pretende reducir lo cultural o lo económico a lo político, sino cree necesario, para arribar a un que concepto de justicia fundamentado en la paridad participativa, dar cuenta de la existencia de determinados obstáculos que ya no pueden ser reducidos a malas distribuciones o reconocimientos fallidos, y que por lo tanto exigen otra perspectiva a la hora de ser analizados.

2. LA IGUALDAD EN EL DERECHO

Luigi Ferrajoli subraya que un rasgo característico de la igualdad en el plano jurídico —entendida como principio— es, en efecto, su indivisibilidad, que impone de cuando en cuando su ampliación y afirmación. Siempre, históricamente, el principio de igualdad se ha afirmado y al mismo tiempo violado, gracias a su originaria, intrínseca ambigüedad. Desde el inicio fueron ocultadas las violaciones, precisamente porque quien lo proclamaba pensaba con ello oponerse sólo a las discriminaciones de las que él mismo había sido víctima hasta entonces: las propias discriminaciones y no las de los otros¹⁴.

Lo cierto es que desde la isonomía griega hasta la actualidad la igualdad ha formado parte del discurso jurídico de distintas maneras y, sobre todo, ha dado lugar a reflexiones dispares.

En aras de la brevedad, diremos que, fundamentalmente, después de las llamadas «revoluciones burguesas» —encabezadas por la francesa— emergen, en el plano legislativo, textos que consagran la igualdad ante la ley¹⁵. Según Pérez Luño, «la igualdad ante la ley resulta así el producto histórico de la confluencia de la tradición iusnaturalista democrática en la que la reivindicación de la igualdad como principio o valor de la convivencia política solía ir asociada con la reivindicación de la libertad y que en el medievo y el renacimiento tomó cuerpo en las teorías sobre el derecho de resistencia y la soberanía popular, con las exigencias operativas del

12. *Ibidem*, p. 43.

13. *Ibidem*.

14. FERRAJOLI, Luigi, «La igualdad y sus garantías», en *AFDUAM*, N° 13, Universidad Autónoma de Madrid, 2010, p. 322.

15. Por ejemplo, el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: «La ley es expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por medio de sus representantes a la formación de aquélla. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar».

Estado moderno»¹⁶. Por su parte, Pietro Barcellona, con ánimo crítico, describe este momento: «la afirmación de la igualdad formal representa el gran expediente, o mejor, el gran artificio con el que la burguesía, después de haber ganado la revolución, renuncia a una toma directa del poder. No aparece como clase política, sino como mera entidad económica ligada a las formas jurídicas por un nexo contingente, de la misma forma que lo están las otras clases económicas»¹⁷.

Seco Martínez entiende que la idea moderna de igualdad acaba siendo, de la mano de la dominación burguesa capitalista y de la ideología positivista en las ciencias, una idea de igualdad hipostasiada, léase formal. En otras palabras, la idea de igualdad se evade del terreno de lo humano, es decir, de la *praxis* real de los hombres — con sus problemas y sus necesidades —, para recalar en una idea de igualdad pretendidamente neutral y objetiva, solo predicable de sujetos igualmente formalizados, es decir, de sujetos abstractos, sin necesidades y alejados de la *praxis* concreta de los seres humanos y su contingencia. Nos referimos al sujeto de derecho o persona jurídica. Un sujeto que se compadece poco con el ser humano, como sujeto necesitado, porque ni se identifica con todos los sujetos — solo con el ciudadano —, ni reconoce sus problemas¹⁸.

Frente a igualdad formal, entendida en clave de prohibición de trato arbitrario, aparece la igualdad «real» o también designada como igualdad material. Esta contraposición proviene del pensamiento de izquierdas del siglo XIX que, en el contexto de las luchas obreras de la época, criticaba la idea de igualdad estrictamente formal entre empleadores y trabajadores, que no captaba la enorme desigualdad de hecho existente entre ellos y el abuso y la explotación de los primeros sobre los segundos. Con el concepto de igualdad real, propuesto como aspiración ideal, se intentaba evocar una situación en la que empleadores y trabajadores mantuvieran una relación más equilibrada y, en general, un orden social en el que, por la decisiva intervención del Estado, los trabajadores tuviesen acceso a los derechos sociales básicos (trabajo, seguros sociales, vivienda, educación, protección de la salud, etc.)¹⁹.

16. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 20.

17. BARCELLONA, Pietro, «Estado de Derecho, igualdad formal y poder económico», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 29, 1989, p. 56.

18. SECO MARTÍNEZ, José María, «De la igualdad formal a la igualdad material», en *Derechos y Libertades*, N° 36, 2017, p. 60.

19. REY MARTÍNEZ, Fernando, «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», en *Revista de Derecho Político, UNED*, N° 100, 2017, p. 132.

Andrés Rossetti sintetiza esta separación frecuente en la literatura constitucional, afirmando que la igualdad formal exige al Estado, simplemente, que sea neutral o imparcial en el trato. Es decir, la regulación estatal no debe ser ni discriminatoria ni arbitraria, lo que no parece exigirse en esta concepción es que deba, necesariamente, ser el Estado quien procure nivelar las desigualdades de hecho. Por su parte, la igualdad material o real, trata de remediar las insuficiencias de la primera versión y, por tanto, exige que el Estado actúe para remover los obstáculos culturales, políticos o económicos que limitan de hecho la igualdad entre los distintos seres humanos²⁰. Desde luego que no siempre es clara la escisión pues todo depende de cuáles son los alcances que se le asignan a cada una y, en el fondo, subyace siempre una concepción igualitaria determinada, por eso el enlace que pretendimos trazar.

Por otro lado, Roberto Saba encara otro tipo de abordaje, oponiendo dos formas de interpretar el principio de igualdad ante la ley: como «no discriminación» o como «no sometimiento». En ese sentido, afirma que el principio de igualdad ante la ley, entendido como «no discriminación», tiene su raíz en una versión individualista de la igualdad que se vincula, por un lado, con una visión descontextualizada de la situación de cada individuo y, por otra parte, requiere de una supuesta intención de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio seleccionado. Por lo tanto, retoma el trabajo de Fiss, quien sugiere que «el principio de no-discriminación encierra una concepción muy limitada» y, por eso, propone delinear otro principio intermedio —el de grupo desaventajado— que tenga un buen, sino mejor, argumento para representar el ideal de la igualdad, un principio que dé mejor cuenta de la realidad social, y que haga foco más claramente en las cuestiones que es preciso decidir en los casos de igual protección de la ley²¹.

Aparece así la lectura «estructural» de la igualdad ante la ley que no se vincula con la irrazonabilidad del criterio elegido para realizar la distinción, sino que entiende que lo que la igualdad ante la ley persigue es el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros²².

20. ROSSETTI, Andrés, *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2010, p. 21.

21. FISS, Owen, «A Community of Equals, A Community of Equals», *The Constitutional Protection of New Americans*, Beacon Press, Boston, 1999, p. 29.

22. SABA, Roberto, «(Des)igualdad estructural», en ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

La óptica de Saba nos permite arribar a un punto de encuentro entre la concepción acerca de la igualdad que asumimos — conforme a los desarrollos de Nancy Fraser— y un modo de atribuirle sentido a las disposiciones jurídicas sobre la igualdad ante la ley. Quien expresa esta convergencia es Laura Clérico, puesto que visibiliza los límites de la denominada igualdad formal y, de igual modo, la incapacidad de la igualdad material para conmovir el *status* quo fuertemente desigualitario.

En relación con la igualdad formal, Clérico —en un texto que comparte con Martín Aldao²³— recuerda que «esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad en tanto aquellos que pertenecen a la categoría surgida luego de la clasificación realizada por el legislador son tratados de igual forma (se les aplique las mismas consecuencias jurídicas)»²⁴. La fórmula diría lo siguiente: «si la categoría alcanza a todas las *x*, entonces sólo se viola si una *x* no es tratada como una de las *x* de la categoría». En efecto, no se examina si el criterio y las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas y si la clasificación tiene justificación alguna; tampoco se dice algo acerca de cómo deben ser tratados qué individuos con qué propiedades». Es lo que se encuentra detrás de la criticada doctrina de «separados pero iguales», vigente durante largo tiempo en los Estados Unidos, hasta el dictado de la sentencia «Brown Vs. Board of Education».

Ahora bien, el intento de superación de la anterior, dado por la fórmula de la igualdad material plantea que no se viola el mandato de igualdad si «a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de igual forma». Esto implica que si no hay una razón suficiente para habilitar el trato desigual se impone el trato igual. Según Clérico la fórmula de la igualdad material implica el desarrollo de tres subexámenes — idoneidad, medios alternativos menos lesivos y proporcionalidad en sentido estricto— para determinar si las razones son suficientes o no para un trato desigual²⁵. El cuestionamiento en virtud del cual se pone en duda que la fórmula de la igualdad material sea capaz de conmovir el *status* quo desigualitario, tiene que ver con que la discriminación no es sólo puntual o individual sino que responde a una práctica sistemática cuyos efectos no pueden ser revertidos en forma individual por las personas afectadas. Por eso, existe, como anticipamos con Saba, una exigencia de no sometimiento o de no dominación.

23. CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín, «Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento», en *Lecciones y Ensayos*, N.º 89, 2011, pp. 141-179.

24. CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín, ob. cit., p. 145.

25. *Ibidem*, p. 146.

De tal modo, tanto la igualdad formal como la material, encierran el problema de preservar, detrás del principio de igualdad ante la ley, las desigualdades estructurales. En ese orden de ideas, Clérico y Aldao manifiestan que en el marco de las sociedades burguesas, que sirvieron de matriz al constitucionalismo liberal, la igualdad es concebida como un presupuesto y no como una meta, produciendo dos consecuencias importantes: se asume que determinado *status quo*, cortado a la medida del hombre de negocios occidental, constituye una suerte de orden natural que determina el alcance de la discusión en materia de igualdad; y se atribuye al derecho un rol de preservación y restitución de este orden natural, restringiendo las discusiones políticas a un debate parlamentario que en realidad se desarrolla bajo la supervisión de aquellos que, sin quebrar esta peculiar comprensión del principio de igualdad ante la ley, han logrado ubicarse por encima de sus pares²⁶.

En razón de lo anterior, la propuesta de Clérico y Aldao consiste en recuperar las categorías de redistribución y reconocimiento — analizadas en un apartado previo — e insistir, con Fraser, en la imposibilidad de disociar las desigualdades materiales de las simbólicas, puesto que ellas se potencian mutuamente y deben ser comprendidas como bidimensionales. Esto tiene tres implicancias: a) en materia de igualdad, esta deja de ser concebida como un valor objetivo — en el sentido de definitivo — al cual debe acercarse el estado de cosas, para pasar a ser el saldo provisorio de un debate que se encuentra abierto a la formulación de nuevos argumentos por aquellos que se encuentren excluidos; b) en lo que atañe a la democracia, ésta deja de ser monopolizada por el parlamento, el que se convierte en una herramienta, entre otras, para su institucionalización; c) la igualdad como tal debe ser construida en cada caso concreto, en tanto parecer ser la única forma viable de admitir la participación de aquellos inmediatamente implicados en la situación de desigualdad; y d) la interpretación del principio de igualdad, cuando opera como criterio reparador, debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma dominante ha producido.

Consecuentemente, la clave que asumen esta autora y este autor, para la reconstrucción del principio de igualdad es la participación, que incluye a la vez demandas de reconocimiento y de redistribución. «Nadie puede participar de una argumentación mientras esté privado de condiciones mínimas de vida (redistribución) o bien ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento), por otro lado, ninguna concreción del principio de igualdad puede ser considerada válida de modo definitivo, en

26. *Ibidem*, p. 151.

un contexto democrático sin la participación de aquellos que se encuentran en la situación concreta de disparidad»²⁷.

3. LA INTERPRETACIÓN DE LA IGUALDAD EN EL DERECHO: EL MODELO DE LOS CÓDIGOS INTERPRETATIVOS

3.1. ENUNCIADOS NORMATIVOS Y NORMAS JURÍDICAS

En el uso común de los juristas el vocablo «norma» está referido indistintamente sea a las formulaciones del discurso legislativo, sea a su contenido de significado. La ausencia de distinción nace de la convicción, ampliamente difundida en la cultura jurídica moderna a partir de la Ilustración, de que existe «un significado propio, o verdadero, de las normas, pre-constituido respecto a, y del todo independiente de, los procesos en los cuales y con los cuales los operadores jurídicos emplean las normas»²⁸. En contra de esta idea, Giovanni Tarello promueve la distinción entre enunciado y significado, que reposa sobre una simple constatación empírica.

La constatación de Tarello es la siguiente: cada enunciado lingüístico, contenido en los documentos normativos que comúnmente se comprenden bajo el nombre de fuentes del derecho, es de hecho entendido y usado en modos diversos y conflictivos por distintos operadores jurídicos, en diferentes momentos y circunstancias²⁹. En otras palabras, los enunciados normativos, de los que está constituido el discurso de las fuentes, toleran no solo una interpretación, sino una pluralidad de interpretaciones alternativas. Por lo tanto, las disposiciones legislativas incorporan no ya un solo y unívoco significado, sino tantos significados disyuntamente cuantas son las diferentes interpretaciones admisibles. En suma, es necesario distinguir los enunciados de sus significados por la simple razón de que no se da la correspondencia biunívoca entre los unos y los otros.

Consecuentemente, contra la noción tradicional —aún vigente y con significativo peso— que entiende a la interpretación como una actividad cognoscitiva, que tiene por objeto normas y produce conocimiento de normas, distinguimos dos sentidos del término «interpretación». En un primer sentido, «interpretación» se refiere a una actividad: la atribución de significado a un enunciado, mientras que, en un segundo sentido, denota al producto de esta actividad, es decir, el significado atribuido a un enunciado. En el ámbito de la experiencia jurídica, la actividad interpretativa vierte

27. *Ibidem*, p. 153-154.

28. TARELLO, Giovanni: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 393.

29. *Ibidem*, p. 395.

sobre los enunciados normativos de las fuentes (las disposiciones) y produce normas.

3.2. FORMALISMO Y ESCEPTICISMO EN MATERIA INTERPRETATIVA

En primer lugar, resulta posible identificar, entre las tesis que caracterizan al formalismo en materia interpretativa: 1) las normas jurídicas constituyen el objeto de la interpretación jurídica; 2) las normas jurídicas tienen un significado verdadero, pre constituido a la interpretación; 3) el significado verdadero de las normas jurídicas puede ser descubierto siguiendo las directivas (cánones, criterios) impuestas por la naturaleza misma de las normas³⁰. En definitiva, de acuerdo a la perspectiva formalista, toda previsión legal es objetiva y tiene determinado su significado. Dicho sentido objetivo es, en efecto, el correcto. Asimismo, la actividad interpretativa es de carácter puramente cognoscitivo y el sistema jurídico se caracteriza por ser completo y coherente.

En oposición a la propuesta formalista, el escepticismo interpretativo equivale a sostener que cualquier tesis sobre la existencia de una única interpretación correcta es falsa. Y es falsa, precisamente, debido a la indeterminación del sistema jurídico, lo que trae como consecuencia que los enunciados interpretativos no tienen valor de verdad. La indeterminación interpretativa del sistema jurídico es el verdadero fundamento del escepticismo ante las reglas³¹. De tal modo, reconocemos que la teoría de Tarello es radicalmente escéptica: a cada enunciado se le pueden atribuir diferentes significados, a cada disposición más de una norma, es decir, enunciados y disposiciones parecen carecer de significado, siendo éste atribuido por el intérprete. Este «defecto» es corregido por Riccardo Guastini —discípulo de Tarello— quien recurre a la teoría kelseniana del marco, según la cual toda norma superior del ordenamiento jurídico proporciona un marco de significados entre los que el intérprete autorizado elige la norma inferior³². Por eso, Guastini sostiene que cada disposición jurídica —lejos de carecer de significado antes de la interpretación— expresa un marco de

30. TARELLO, Giovanni, «Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, N° 43, 1996, pp. 349-357.

31. GUASTINI, Ricardo, «El escepticismo ante las reglas replanteado», en *Discusiones*, N° 11, 2012, pp. 27-28.

32. BARBERIS, Mauro, «El realismo jurídico europeo-continental», en *Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho*, UNAM, Vol. 1, 2015, pp. 227.

significados entre los que el intérprete debe escoger, produciendo de este modo la norma³³.

En sintonía con lo anterior, Guastini se opone a la teoría interpretativa de Hart³⁴ que intenta una suerte de camino intermedio entre el formalismo y el escepticismo, subrayando que es tan simple y clara como ingenua³⁵, puesto que entiende que los problemas de interpretación son exclusivamente problemas de subsunción de casos concretos en la clase de casos determinados en el antecedente de la norma. En efecto, los textos normativos están articulados en lenguajes naturales, y en éstos, el significado se halla determinado por las convenciones lingüísticas vigentes. Por lo tanto, cada texto normativo tiene un significado objetivo así establecido. Sin embargo, según el profesor genovés, los textos normativos se formulan por medio de «términos clasificatorios generales», y dichos términos están fatalmente afectados por la vaguedad o textura abierta, ocasionándose con frecuencia graves problemas de interpretación que no son en absoluto reconducibles a la «open texture» de los predicados. Además, los jueces y juristas muy raramente se limitan a la interpretación literal, puesto que han elaborado, a lo largo de los siglos, innumerables técnicas interpretativas (el argumento a contrariis, el argumento a simili, el argumento teleológico, etc.) que permiten no sólo descartar el significado literal *prima facie* sino también construir reglas «implícitas» que ninguna autoridad normativa ha formulado nunca.

Por lo tanto, la visión realista sobre la interpretación jurídica asegura que el derecho, entendido como un conjunto de reglas, es el resultado de la interpretación de jueces y juristas³⁶ (jurisprudencia), puesto que guarda siempre un grado de indeterminación. La tarea de la Teoría y de la Filosofía del derecho — como metajurisprudencia y laboratorio conceptual — es proporcionar herramientas para el discurso judicial y dogmático atribuya significaciones a las disposiciones jurídicas.

33. GUASTINI, Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Colombia, Universidad del Externado, 2012.

34. Debe destacarse que Hart propone una distinción entre casos «claros» y «oscuros» y es frente a los últimos que la actividad judicial no puede ser solamente declarativa. Guastini, con razón, se opone a esta tesis, subrayando que la propia distinción entre estos dos tipos de casos no puede resolverse en términos objetivos.

35. GUASTINI, Riccardo, «Releyendo a Hart», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º. 37, 2014, p. 106.

36. GUASTINI, Riccardo, «Un ejercicio de realismo jurídico», en *Revista Derecho & Sociedad*, N.º 51, 2018, p. 227.

ESTUDIOS

El volumen reúne una selección de ensayos que exploran la dimensión pragmática del derecho, entendido como práctica social interpretativa y argumentativa. Frente a los estudios que privilegian los aspectos sintácticos y semánticos del razonamiento jurídico, este volumen se centra en su dimensión performativa: la manera en que los juristas no solo interpretan, sino que también crean realidades sociales y políticas. Los trabajos aquí reunidos analizan los efectos performativos tanto en actos de habla argumentativos (como la justificación de decisiones judiciales) como en fenómenos de producción de nuevas realidades jurídicas. A partir de distintos casos prácticos, los autores examinan cómo el derecho no solo regula, sino que constituye el tejido social. Una lectura imprescindible para quienes buscan comprender el impacto transformador del razonamiento jurídico en la práctica.

El precio de esta obra incluye la publicación en formato DÚO sin coste adicional (papel + libro electrónico)

ACCEDE A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA SIGUIENDO LAS INDICACIONES DEL INTERIOR DEL LIBRO

ISBN: 978-84-1162-639-5

