

Constructivismo jurídico y metateoría del derecho

Enrique CÁCERES



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO
Y METATEORÍA DEL DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 411

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero

Edición y formación en computadora: Claudia Araceli González Pérez

ENRIQUE CÁCERES NIETO

CONSTRUCTIVISMO
JURÍDICO Y METATEORÍA
DEL DERECHO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

México, 2007

Primera edición: 2007

DR © 2007, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-970-32-5018-9

Constructivismo jurídico y metateoría del derecho, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 28 de noviembre de 2007 en Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A colonia Portales, delegación Benito Juárez 03300 México, D. F. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 500 ejemplares.

*Para Paty, constructora,
cómplice y partícipe
de mi mundo interior:
con amor*

CONTENIDO

Introducción	XIII
------------------------	------

CAPÍTULO PRIMERO CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO Y METATEORÍA DEL DERECHO

I. Introducción	1
II. Exposición del concepto de realidad hermenéutica	5
III. Fenomenalismo, realidad y teoría cognitiva	7
IV. Realidad hermenéutica.	15
1. Concepto	15
2. Realidad hermenéutica espontánea.	19
3. Realidad hermenéutica artificial	21
4. Convergencias hermenéuticas	22
5. El modelo de mundo	23
V. Las teorías jurídicas como “realidades hermenéuticas”	24

CAPÍTULO SEGUNDO LA TEORÍA “SINTÁCTICA” DE LAS REGLAS JURÍDICAS Y EL NORMATIVISMO PRESCRIPTIVISTA

I. El normativismo como concepción alternativa	35
II. ‘Norma’ y ‘regla’: dos expresiones ambiguas	36
III. ‘Proposición’: una expresión ambigua.	40
IV. La clasificación funcional de las proposiciones	44
V. La actual revisión de la tipología proposicional	50

VI. Delimitación del área de argumetación y estipulación de ‘proposición prescriptiva’	55
VII. Algunos problemas de la clasificación de las proposiciones prescriptivas	56
VIII. La clasificación de las proposiciones prescriptivas según Alf Ross	59
1. Los directivos personales.	60
2. Directivos impersonales	62
IX. Normas o reglas jurídicas y modelos teóricos de normas o reglas jurídicas	64
1. El lenguaje del derecho y el lenguaje de los juristas	64
2. En el lenguaje de los juristas se incluyen las normas jurídicas	65
3. Los modelos teóricos de norma o regla jurídica también pertenecen al lenguaje de los juristas.	66
X. El prescriptivismo monista	70
1. El modelo normativista de John Austin	71
2. El prescriptivismo monista en <i>La teoría pura del derecho</i>	83
XI. El pluralismo prescriptivista	125
El pluralismo prescriptivista de Hart: el derecho como unión de reglas primarias y secundarias	125

CAPÍTULO TERCERO

LA TEORÍA SINTÁCTICA EN EL NACIENTE CONSTITUTIVISMO JURÍDICO

I. Introducción	143
II. Antecedentes del constitutivismo jurídico	144
1. El segundo Wittgenstein: ¿el germen?	144
2. Las preferencias realizativas de Austin: el punto de partida	148
3. Las reglas constitutivas y los hechos institucionales de Searle	157
4. El constitutivismo jurídico	164

Conclusiones.	205
-----------------------	-----

ANEXO

LA TEORÍA SINTÁCTICA DE LAS REGLAS JURÍDICAS

I. Introducción	207
II. La metodología	207
1. Planteamiento metodológico	207
2. Tipos de juegos.	208
3. El pluralismo metodológico	209
III. Convención y ámbito óptico-práctico	211
1. La definición de un ámbito óptico-práctico	211
2. El ámbito óptico-práctico como resultado de la convención.	213
3. Convención y decisión	214
4. Diacronía y sincronía en el derecho	216
IV. Los elementos necesarios del ámbito óptico-práctico	216
1. El espacio.	216
2. El tiempo	217
3. Los sujetos de la acción	218
4. Las competencias respectivas de los sujetos de la acción	223
5. El procedimiento de la acción	228
V. El concepto de regla y sus tipos	231
1. Ente convencional y lenguaje	231
2. ¿Qué es una regla?	231
3. Tres tipos de reglas.	235
VI. Las reglas ópticas	236
1. El concepto de regla óptica: carácter vectorial del ser	236
2. Reglas ópticas y definiciones.	237
3. Poner nombre a las cosas y reglas ópticas	238

VII. Las reglas técnicas	238
1. La regla técnico-causal	238
2. Necesidad causal, necesidad lógica y necesidad convencional	240
3. La regla técnico-lógica	240
4. La regla técnico-convencional	241
VIII. Las reglas deónticas o normas	244
1. Concepto de regla deóntica (o norma)	244
2. Norma y deber. Deber jurídico y deber moral	244
3. Moral y derecho: ámbitos prácticos y ámbitos óntico-prácticos.	245
4. Reglas técnicas y normas: tener que y deber	246
5. Nulidad y sanción	246
IX. Los tres tipos de reglas y la clasificación tradicional de las “normas” jurídicas	252
1. Reglas deónticas (o normas)	253
2. Reglas técnico-convencionales (procedimentales).	261
3. Reglas ónticas	263
Bibliografía	265

INTRODUCCIÓN

La historia de la epistemología puede dividirse en dos grandes periodos: el primero corresponde a la filosofía especulativa y se caracteriza por la falta de contrastación empírica de sus explicaciones. El segundo corresponde a la epistemología empirista y tiene como ideas centrales los supuestos de que el conocimiento válido es aquel que está convalidado por la verificación empírica y que existe una realidad objetiva con independencia del sujeto cognoscente, quien se limita a constatar cómo dicha realidad es.*

Este postulado central del empirismo ha entrado en crisis, como consecuencia, fundamentalmente, de las posturas filosóficas de Kant, de Herman Cohen, los descubrimientos de Piaget, de Vigotsky y, más recientemente, de las llamadas ciencias cognitivas (neurofisiología cognitiva, psicología cognitiva, filosofía de la mente e inteligencia artificial) que han mostrado que el sujeto cognoscente juega un papel fundamental en el proceso de construcción del conocimiento y por tanto no puede hablarse de la realidad si no es a través de un modelo de la misma cognitivamente generado. Dicho brevemente, que la realidad, incluso la “descrita” por la ciencia, es un constructo.

En este trabajo sostengo, junto con Rolando García, que la emergencia del constructivismo epistemológico constituye el inicio del tercer estadio en la evolución epistemológica, cuyas consecuencias serán una profunda revisión de algunos de nuestros conceptos epistemológicos centrales, como son: realidad, objetividad y verdad.

Uno de los riesgos que habrá de afrontar el nuevo paradigma epistemológico será mostrar que constituye un modelo alejado de los relativismos radicales y que no niega valor al trabajo científico, sino que busca proporcionarle una fundamentación no ingenua como la que sostenía el empirismo.

* García, Rolando *et al.*, *La epistemología genética y la ciencia contemporánea. Homenaje a Jean Piaget en su centenario*, España, Gedisa, 1997.

Desde este planteamiento epistemológico, en el trabajo se exploran las consecuencias del constructivismo a nivel de una reflexión metateórica sobre la teoría general del derecho.

La pregunta central es el papel cognitivo que cumplen dichas teorías generalmente consideradas como isométricas de una realidad externa.

Se asume que las teorías generales del derecho, más que constituir descripciones a través de las cuales “se pinta el mundo”, tienen un carácter constitutivo, ya que determinan diversas formas de percibir y pensar el fenómeno jurídico, sin que haya ninguna entidad externa ajena a dichos modelos con la cual referenciarlas.

Para justificar esta aseveración se realiza un estudio comparado de diversas teorías generales del derecho, sobre el constructo denotado por el término ‘norma jurídica’, identificando una evolución que inicia con un monismo prescriptivista, pasa por un pluralismo prescriptivista y culmina en un constitutivismo jurídico.

Como se pone de relieve, en muchas ocasiones dichas teorías son constructos generados a partir de la incorporación de teorías surgidas en ámbitos ajenos al derecho, particularmente en el terreno de la filosofía analítica, y en ese sentido constituyen modelos derivados de la integración cognoscitiva de constructos teóricos, más que el resultado de haber “descubierto” que las teorías rivales no habían dado cuenta adecuadamente del derecho que existe “ahí afuera”, como sí lo hace la propia.

Un aspecto que no ha sido suficientemente explicitado debido al temprano estadio de su desarrollo, corresponde a la función que cumplen dichas teorías en los procesos de interacción jurídica en que se ven involucrados los operadores jurídicos. La tesis que sostengo en este sentido hasta el ahora, es que dichas teorías generales constituyen esquemas cognitivos o constructos que determinan la forma en que la información proveniente de teorías dogmáticas, de la jurisprudencia, o del derecho legislado pueden ser procesadas al momento de afrontar un problema jurídico real. Un simple experimento mental puede esclarecer lo que deseo decir: supongamos que el primer día de clase se les entrega a los alumnos de un curso de introducción al estudio del derecho un conjunto de enunciados normativos y se les solicita organizarlos jerárquicamente. Desde luego, no podrían cumplir con la tarea asignada.

Supongamos que repetimos el ejercicio al final de un curso, *i. e.*, después de que los alumnos han generado estructuras cognitivas derivadas

del estudio de la teoría pura del derecho, en cuyo caso el resultado sería muy distinto: los mismos enunciados serían organizados jerárquicamente gracias al esquema cognitivo formado a partir de la teoría kelseniana. Esto significa que el orden jerárquico del sistema normativo no se encuentra en la dimensión empírica, sino en la cognitiva. Siguiendo con nuestro experimento mental, supóngase que un abogado tiene un caso en el que se ha identificado una contradicción normativa que debe resolver para generar un contraargumento correcto. Como es fácil suponer, la manera de “disolver” la contradicción implicaría echar mano de reglas de procesamiento de la información conocidas como reglas de interpretación, por ejemplo, determinar qué enunciado es particular y cuál es general a efecto de aplicar el principio según el cual “la norma particular prevalece sobre la particular”. Esto a su vez presupone la estructura cognitiva, el constructo, conforme al cual las normas jurídicas de un sistema están organizadas jerárquicamente y cuyo origen se encuentra, por ejemplo, en la teoría kelseniana. De no ser así, ¿cómo determinar cuál es superior y cuál inferior y por tanto cuál es derrotada y cuál es derrotante?

Por otra parte, las teorías generales no únicamente cumplen la función de constituir esquemas que condicionan la arquitectura de nuevos esquemas generados mediante las propiedades adaptativas de nuestro aparato cognitivo al integrar información procesada a partir del derecho positivo y de la dogmática, sino que también cumplen una función importante en la determinación de la manera de percibir el material normativo contenido en las leyes y en la jurisprudencia de manera directa. Ello es fácil de constatar si a los alumnos se les invita a identificar tipos de normas en el derecho positivo a partir de diferentes teorías normativas. En cada caso verán normas distintas en función del prisma teórico desde el que estén contemplando al derecho positivo.

Como es fácil constatar en los casos referidos previamente, la secuencia “narrativa teórica-generación de esquemas cognitivos” constituye dos eslabones que son complementados con una dimensión conductual, *i. e.*, las teorías son un elemento de un binomio cognitivo-conductual. Así, por ejemplo, el contraargumento escrito por el abogado que ha resuelto una contradicción constituye una conducta verbal derivada del esquema formado a partir del procesamiento de información en los términos descritos previamente.

La dimensión cognitivo-conductual generada a partir de los esquemas cognitivos obtenidos de las teorías no siempre implica una reformulación sobre esquemas formados a partir del derecho positivo o de la dogmática, pues en ocasiones la resolución de problemas particularmente complejos requieren de la consideración directa de las teorías generales, como ha ocurrido en el caso de los procesos de Nuremberg, o la Ley del punto final en Argentina, cuyos debates se desplazan del derecho positivo al de la concepción del derecho en general.

Todos estos aspectos están implícitos en la idea central que anima a esta investigación: mostrar que las teorías jurídicas constituyen tipos de realidades hermenéuticas cuya evolución no responde a develar aspectos de lo que *es* el derecho “ahí afuera” y que no habían sido percibidos por teorías distintas o precedentes, sino a una dialéctica en la que toman el papel de esquemas que integran a otros esquemas derivados de teorías ajenas o de áreas del conocimiento diferentes al derecho.

En lo concerniente a los debates entre teorías, cabe señalar que la supuesta derrotabilidad que opera entre ellas no es el resultado de un mapeo de cada teoría con el derecho que está “ahí afuera”, sino el producto de un proceso dialéctico en el que resulta triunfadora la que tiene un mayor grado de invulnerabilidad contraargumentativa y satisface mejor valores epistémicos tales como una mejor cobertura explicativa, mayor elegancia, más sencillez expositiva, mayor coherencia, etcétera.

Para realizar este trabajo se han elegido teorías normativas paradigmáticas como la de Austin, Kelsen y Hart, al lado de otras prácticamente desconocidas en nuestro medio jurídico, como son la de Robles y Gaetano Carcaterra, pero que, sin embargo, tienen la virtud de incorporar el concepto de constitutividad lingüística a la construcción teórica, ofreciendo dos versiones de la teoría normativa más compatible con el constructivismo jurídico que definiendo.

Por lo demás, no me resta sino agradecer a mi asistente de investigación, el licenciado Edgar Ramón Aguilera, por su invaluable colaboración en la preparación del original entregado al siempre eficiente Departamento de Publicaciones de nuestro Instituto, a cargo del no menos eficiente licenciado Raúl Márquez Romero.



I. Introducción	1
II. Exposición del concepto de realidad hermenéutica	5
III. Fenomenalismo, realidad y teoría cognitiva	7
IV. Realidad hermenéutica.	15
1. Concepto	15
2. Realidad hermenéutica espontánea.	19
3. Realidad hermenéutica artificial	21
4. Convergencias hermenéuticas	22
5. El modelo de mundo	23
V. Las teorías jurídicas como “realidades hermenéuticas”	24

CAPÍTULO PRIMERO

CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO Y METATEORÍA DEL DERECHO

Los límites de mi lenguaje significan los
límites de mi mundo.

Ludwing WITTGENSTEIN¹

I. INTRODUCCIÓN

He decidido iniciar este trabajo con algunas ideas que, si no del todo, al menos en buena medida han desvanecido una sensación de angustia intelectual que desde hacía tiempo me acompañaba. Si en algún momento tuviera que fijar las raíces de ese malestar, citaría otro antecedente de aquél. El primero fue producto de la imposibilidad de encontrar una respuesta objetiva y contundente a la pregunta ¿qué es el derecho? El segundo, derivado del anterior, se originó en la pregunta ¿qué función cognitiva cumplen las teorías jurídicas? Debo adelantar que como por arte de magia, al encontrar una respuesta satisfactoria a la segunda, lo hice también para la primera. Lo que expongo aquí es esa respuesta.

Durante la transición de un malestar a otro, sucedieron cosas interesantes: 1) tuve que romper con mis raíces, *i. e.*, la concepción siguiente: “hay una definición válida para una palabra, que esa definición se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión y que la tarea de definir un término es, en consecuencia, descriptiva de ciertos hechos”.² El pensamiento

¹ Wittgenstein, Ludwing, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. de Enrique Tierno Galván, España, Alianza, 1984, p. 1630.

² Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, España, Ariel, 1984, p. 12.

platónico³ fue sustituido por el análisis del lenguaje como herramienta para esclarecer problemas filosóficos. 2) Pronto me vi inmerso en un mundo de ambigüedades y vaguedades terminológicas,⁴ estipulaciones lingüísticas y disputas verbales⁵ que elucidaban mejor (o al menos más fácilmente) algunos problemas, pero que no respondían al problema original. 3) El tercer cambio fue el que desembocó en el segundo malestar. Como todo intento por responder a ¿qué es el derecho? había resultado insatisfactorio, tuve que buscar una nueva vía: si lo que pretende responder a ¿qué es el derecho? son teorías jurídicas, ¿no era claro que el derecho es lo que dicen las teorías que es? La respuesta afirmativa me pareció evidente. Sin embargo, planteaba nuevos problemas: si son muchas

3 Nino denomina como “pensamiento platónico” a la forma de pensamiento referida en la cita anterior: “En el pensamiento teórico, y en el jurídico más que en ningún otro, todavía tiene alguna vigencia la concepción platónica respecto de la relación entre el lenguaje y la realidad”. Cfr. *Idem*. Una de las características más representativas del “pensamiento platónico” estriba en la solicitud de definiciones mediante preguntas del tipo ¿qué es “x”?; en el caso del derecho: ¿qué es el derecho subjetivo? ¿qué es la obligación? etcétera... Los inconvenientes de este tipo de planteamiento en la teoría del derecho han sido puestos de manifiesto por Hart en *Definición y teoría en la ciencia del derecho*: “Las perplejidades que me propongo examinar hallan expresión en aquellas preguntas de la teoría jurídica analítica que son habitualmente consideradas como petición de definiciones: ¿Qué es el derecho? ¿qué es un Estado? ¿qué es un derecho subjetivo? ¿qué es la posesión? He elegido este tema porque el método común de definición no está bien adaptado al derecho y ha complicado su exposición”. Cfr. Hart, *Definición y teoría en la ciencia del derecho, derecho y moral*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 94. Entre las principales razones por las que el tradicional método de definición *per genus et differentiam* es considerado inadecuado para elucidar el significado de expresiones jurídicas, está la posibilidad de señalar contrapartidas fácticas a esas expresiones que respondan satisfactoriamente a las demandas del tipo ¿Qué es “x”? “Nada hay que simplemente corresponda a estos términos”. *Ibidem*, p. 97. Otra razón está en que, en el caso de expresiones jurídicas, pocas veces está perfectamente definido el género del que ellas, supuestamente, son especie. Véase, Hart, *El concepto del derecho*, trad. de Genaro Carrió, México, Editora Nacional, 1980, pp. 19 y 20. El resquebrajamiento de los planteamientos tipo ¿qué es un “x”? se deben fundamentalmente al segundo Wittgenstein, quien resaltó el carácter desorientador de este tipo de preguntas: “Las preguntas ¿qué es longitud? ¿qué es significado? ¿qué es el número uno?, etcétera, producen en nosotros un espasmo mental. Sentimos que no podemos señalar a nada para contestarlas y, sin embargo, tenemos que señalar algo (nos hallamos frente a una de las grandes fuentes de confusión filosófica: un sustantivo nos hace buscar una cosa que le corresponda)”. Cfr. Wittgenstein, Ludwig, *Los cuadernos azul y marrón*, trad. de Tomás Barbado y Joaquín Gallego, España, Tecnos, 1984, p. 27.

4 Para una buena introducción a los conceptos de ambigüedad y vaguedad, véase Kempson, Ruth, *Teoría semántica*, trad. de Ramón Cerdá, España, Teide, 1982, pp. 123-138.

5 *Idem*.

las teorías que difieren acerca de lo que es el derecho ¿tiene sentido seguir buscando un significado único y “verdadero” de ‘derecho’?, ¿tiene sentido afirmar que todas hablan de lo mismo?, ¿tiene sentido la disputa teórica como medio para llegar al concepto “correcto” de ‘derecho’? Todas estas cuestiones parecían converger en una sola pregunta: ¿Cuál es la función cognitiva de las teorías jurídicas? Desde luego una respuesta simple y automática sería “describir al derecho”. Sin embargo, si en el ámbito de las ciencias exactas ha sido declarada la crisis del descriptivismo, ¿tiene sentido afirmar que el derecho es algo descriptible?⁶

6 Como alternativa a las preguntas del tipo ¿Qué es “x”?, Hart propone la pregunta ¿qué significa la palabra “x”? Véase Hart, *op. cit.*, nota 3, p. 95. La influencia de Wittgenstein es también notoria en este sentido. Véase Wittgenstein, Ludwig, *op. cit.*, nota 3, p. 27. Con este nuevo planteamiento, en vez de pretender averiguar el *status* ontológico de un concepto, se busca determinar las reglas que gobiernan el uso de una expresión en el lenguaje común. Sobre esto véase Chappel, V. C., *El lenguaje común*, trad. de Juan Ramón Capella, España, Tecnos, 1971, pp. 12-14. Hart propone el método de la paráfrasis como el idóneo para determinar las reglas que gobiernan el uso de una expresión. El origen de este método se encuentra en el pensamiento de Bentham quien “previno contra una aplicación lisa y llana del método tradicional de definición, que consiste en abstraer expresiones tales como derecho subjetivo, deber, Estado o persona jurídica, de las frases en que se puede ver su función plena, y luego preguntarnos por el género próximo y la diferencia específica de las expresiones así abstraídas”. *Cfr.* Hart, *op. cit.*, nota 3, p. 111. El método de la paráfrasis es expuesto por Bentham, *Fragmento sobre el gobierno*, trad. de Julián Larios Raos, España, Aguilar, 1973. Sobre este mismo tema véase, Moreno Mateos, Juan José, “Las ficciones jurídicas en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis”, *Doxa*, núm. 3, 1986, pp. 129-139. Un ejemplo de la aplicación del método de la paráfrasis para la determinación de las reglas que gobiernan el uso de una expresión sería el siguiente: supongamos que un teórico A busca elucidar el significado de la expresión ‘derecho subjetivo’. Las frases típicas a tomar como base de su análisis podrían ser: A) Rubén tiene derecho a vestirse cómo quiera; B) Rubén tiene derecho a transitar libremente por la calles; C) Rubén tiene derecho a usar su automóvil; D) Rubén tiene derecho a portar armas; E) Rubén tiene derecho a hipotecar su casa. Los rasgos comunes de estas frases pueden formalizarse así: “x D o”, donde “x” = derechohabientes, “D” = tiene derecho, y “o” = aquello a lo que “x” tiene derecho. Véase Tamayo y Salmorán, R., *El derecho y la ciencia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, p. 65. Tomando como punto de partida las frases expuestas y sus rasgos comunes, todo parece indicar que las reglas que gobiernan el uso de enunciados del tipo “x D o” son: 1) Existe un sujeto “x”; 2) El sujeto “x” puede hacer o no hacer libremente una conducta “o”. Conforme con esto, un derecho subjetivo puede reducirse siempre a una permisión como se pone de manifiesto si se sustituye ‘tiene derecho a...’ por ‘puede’, ya que no se altera en absoluto el significado de la frase original. Con la sustitución, la frase quedaría: A) Rubén puede vestirse como quiera; B) Rubén puede transitar libremente por las calles; C) Rubén puede usar libremente su automóvil; D) Rubén puede portar armas; E) Rubén puede hipotecar su casa. La crítica dirigida a los intentos de determinar el significado de una palabra mediante este mé-

El desarrollo que hago en este epígrafe está íntimamente vinculado a estos problemas.

Para evitar malentendidos deseo aclarar que no ha sido mi intención explicar “qué es el derecho”, ni cuál es “la” función cognitiva de las “teorías jurídicas”. Al partir del supuesto de que todo cuanto pensamos o decimos, aun cuando pretendemos pensar o hablar con objetividad, no es sino una manifestación de estados mentales privados, me limito a exhibir ante la mirada ajena la manera en que he logrado desvanecer aquélla, mi vieja angustia.

Antes de iniciar el desarrollo propiamente dicho y concluir esta introducción, deseo hacer algunas precisiones:

a) “Es familiar en filosofía hacer afirmaciones exageradas para poner de relieve aspectos que se consideran novedosos o desatendidos”.⁷ Esto debe tenerse presente durante las exposiciones del tema de la relatividad de la realidad humana perceptible sensorialmente y lo que he llamado “programas mentales”.

b) Aunque al principio del desarrollo pueda parecer que mi exposición versa sobre problemas no relacionados con el derecho y que por tanto no son de mi competencia, más adelante se entenderá la relación.

c) Haciendo uso de mi derecho a la estipulación lingüística, entenderé (y he entendido) por ‘teoría jurídica’, toda explicación sobre el derecho con independencia de si pertenece a la dogmática, a la teoría general del derecho, a la filosofía del derecho, a la sociología jurídica, etcétera.

d) Las exposiciones sobre problemas aparentemente no relacionados con el derecho no deben entenderse como intentos de explicar esos problemas en sí. Toda explicación de ese tipo debe entenderse como una

do estriba en que una misma palabra puede ser regida por diversas reglas según el contexto en el que aparezca. Con esto, pues, lejos de determinar el significado de una palabra o expresión mediante la definición de las reglas que gobiernan su uso, lo que se determina es un significado de una palabra o expresión mediante la concreción de las reglas que permiten el uso de dicha palabra o expresión en un sentido determinado. De esta manera, se pone de relieve que el método de la paráfrasis ya presupone una elección de un significado de la palabra a analizar antes de determinar su significado mediante la obtención de las reglas que gobiernan su uso. Una excelente aplicación del método de la paráfrasis al concepto de derecho subjetivo, que es el mismo que ha servido como directriz para esta nota, puede verse en Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, misma nota, pp. 64-78.

⁷ Wisdom, John en Mugierza, Javier (comp.), *Filosofía, metafísica y psicoanálisis. La concepción analítica de la filosofía*, Madrid, Alianza, 1986, pp. 420-454.

preparación del terreno en que se sembrarán explicaciones sobre teorías jurídicas.

Por último, y como preludeo del desarrollo que sigue, he considerado oportuno citar la siguiente frase de Umberto Eco: “la única verdad consiste en aprender a librarnos de la insana pasión por la verdad”.⁸

II. EXPOSICIÓN DEL CONCEPTO DE REALIDAD HERMENÉUTICA

Uno de los problemas más controvertidos en la historia de la epistemología ha sido el que versa sobre la relación entre realidad⁹ y conocimiento. Las posturas que han tratado de responder a esa cuestión se suelen clasificar bajo tres grandes rubros: realismo, idealismo y fenomenalismo. Como suele suceder, bajo cada uno de estos mimbres se encuentran una gran variedad de versiones. Dado que no es mi intención (ni es de mi competencia) penetrar en esa jungla conceptual, sólo expondré, con fines de simple ubicación discursiva, lo que constituye su sedimentación común.

El realismo es “aquella posición epistemológica según la cual hay cosas independientes de la conciencia”.¹⁰ Para ella, la relación entre el ente cognoscente y el objeto cognoscible (realidad externa) consiste en la simple reproducción mental de la segunda por parte del primero como función siguiente a la percepción sensorial. Desde esta perspectiva, el conocimiento humano de la realidad externa es equiparado a un espejo que refleja fielmente esa realidad, tal cual es.¹¹ Muchas han sido las objeciones dirigidas contra esta concepción; sin embargo, todas presentan un frente común: el realismo no da cuenta de una serie de estados mentales que no pueden reconducirse a simples reproducciones de “algo” que está ahí fuera de nosotros. Por ejemplo, los sueños, las alucinaciones (con la diversidad de causas que los pueden producir: enfermedad, ingestión de

⁸ Eco, Umberto, *El nombre de la rosa, palabra en el tiempo*, trad. de Ricardo Pochtar, España, Lumen, 1985, p. 16.

⁹ Véase, Austin, John, *Sentido y percepción*, trad. de Alfonso García Suárez y Luis M. I. Valdés, España, Tecnos, 1981, pp. 91-103.

¹⁰ Hessen, J., *Teoría del conocimiento*, trad. de José Gaos, México, Calpe, 1981, Colección Austral, núm. 107, p. 72.

¹¹ *Idem*.

fármacos, estados hipnóticos, etcétera), efectos ópticos producidos por fenómenos físicos (como sucede con los espejismos), entre otros.¹²

A partir de la contraargumentación opuesta a los realistas, algunos filósofos parecen haber construido el razonamiento siguiente: si no es cierto que todos los estados mentales por los que se conoce algo son reproducciones de cosas, sino representaciones internas, entonces no existen cosas reales cognoscibles. Lo único que conocemos son nuestras representaciones. Esto nos lleva a la segunda postura.

El idealismo “sustenta la tesis de que no hay cosas reales independientes de la conciencia”.¹³ Para algunos defensores de esta teoría cualquier cosa que tomemos por real no es sino un estado kinestésico, una conjunción, uniformemente recurrente, de las percepciones de diferentes sentidos. Así, por ejemplo, la realidad de una manzana no es sólo la percepción visual de aquello a lo que habitualmente llamamos ‘manzana’, sino esa percepción más una gustativa (sabor a manzana), una olfativa (olor a manzana) y una táctil (textura y consistencia de manzana).¹⁴

La principal objeción dirigida al idealismo es que tenemos buenas razones para pensar que “fuera de nosotros” hay “algo” que produce esas percepciones.

Suponiendo que nuestras mentes hubieran sido ejercitadas por algún hipnólogo, de tal manera que pudiéramos “crear sensaciones de alimentos” ¿ello evitaría la muerte por inanición?

Como alternativa al realismo e idealismo se presenta el fenomenalismo, según el cual “no conocemos las cosas como son en sí, sino como nos parecen”. Para el fenomenalismo hay cosas reales, pero no podemos conocer su esencia. Sólo podemos saber ‘que’ las cosas son, pero no ‘lo que’ son.¹⁵

¹² La postulación de la existencia de datos sensoriales para dar cuenta de casos anormales o excepcionales de percepción es conocida en filosofía como “argumento de la ilusión”.

¹³ Hessen, *op. cit.*, nota 10, p. 78.

¹⁴ Esta versión de idealismo es defendida por Berkley en *A treatise Concerning the Principles of Human Knowledge*: “Si por ‘objetos físicos’ usted entiende cosas existentes fuera de nosotros que causan nuestras experiencias sensoriales, insisto en que no existen, ni podríamos saber que existen en el caso de que existiesen. Pero si por ‘objetos físicos’ usted entiende un grupo o complejo de experiencias sensoriales, entonces indudablemente existen: en efecto, nos percatamos de ellas en cada momento de vigilia de nuestras vidas, ya que constantemente tenemos experiencias sensoriales que entran en sistemas o grupos ordenados”. Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, Madrid, Alianza Universidad, 1984.

¹⁵ Hessen, J., *op. cit.*, nota 10, p. 83.

Para Kant, la realidad en sí es incognoscible y a lo más que podemos aspirar es a decir que conocemos cómo ella se manifiesta a través de nuestras categorías de conocimiento. De esta manera, Kant distingue entre lo que la cosa es en sí, *i. e.*, lo que nunca podremos conocer, y su manifestación. A la primer categoría le llama nóumeno (del griego νοῦμεν-ov, *i. e.*, lo que no se nos manifiesta) y a la segunda, fenómeno (del griego φαινόμενον, *i. e.*, lo que se manifiesta):¹⁶ “¿Qué son los objetos en sí y separados de toda receptividad de nuestra sensibilidad? Esto permanece para nosotros enteramente desconocido... jamás podremos conocer lo que son los objetos en sí, por luminoso que sea nuestro conocimiento del fenómeno que es lo único que nos es dado”.¹⁷

El contenido esencial del fenomenalismo kantiano puede entonces resumirse en tres proposiciones: “1) La cosa en sí es incognoscible. 2) Nuestro conocimiento permanece limitado al mundo fenoménico. 3) Éste surge en nuestra conciencia porque ordenamos y elaboramos el material sensible con arreglo a las formas *a priori* de la intuición y del entendimiento”.¹⁸

III. FENOMENALISMO, REALIDAD Y TEORÍA COGNITIVA

La tesis kantiana por la que se sostiene la imposibilidad del conocimiento nouménico encuentra un sólido apoyo en algunas de las teorías biológicas sobre la relatividad de las categorías cognitivas. Ése es el caso de la *Umwelt* de Jacob Von Uexküll, según la cual la realidad en sí es incognoscible no sólo para el hombre, sino para cualquier ser vivo, pues la manera en que ésta se manifiesta depende del equipamiento psicofísico de cada organismo. “Del gran pastel de la realidad, cada organismo vivo corta una rebanada que puede percibir y a la cual puede reaccionar gracias a su organización psicofísica”.¹⁹ De acuerdo con esta teoría, de la

¹⁶ Kant, *Crítica de la razón pura*, trad. de Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez, estudio introductorio y análisis por Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1982, p. XXXVII.

¹⁷ *Ibidem*, p. 52.

¹⁸ Hessen, J., *op. cit.*, nota 10, p. 85.

¹⁹ Bertalanfy, Ludwing von, *Teoría general de los sistemas*, trad. de Juan Almeda, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 239. Asimismo, véase Gadamer, *Verdad y método*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, España, Sígueme, 1984, p. 541. Véase Uexküll, J. von, *Umwelt and Innenwelt der Tiere*, Berlín, Springer, 1920.

multitud de objetos circundantes cada organismo percibe ciertas características (aquellas que puede percibir) siendo las demás, para él, inexistentes. Por citar un ejemplo sencillo, tomemos el del murciélago que debido a su ceguera y poderoso sistema de radar tiene una representación del mundo distinta a la nuestra, fundamentalmente visual.²⁰

Como ejemplos más elaborados podemos referir el comportamiento de las garrapatas o ciertos erizos de mar como reacción a cambios en “su” realidad.

La garrapata, nos dice Uexküll,²¹ ha sido equipada con órganos olfativos capaces de percibir el ácido butírico segregado por las glándulas dérmicas de todos los mamíferos. Ante esta señal, el arácnido se lanza en contra de su víctima a la que, de habersele podido incrustar, le perforará la piel en busca de sangre caliente, independientemente de la clase de mamífero de que se trate, pues para este ácaro no existen los animales mamíferos; simplemente hay “algo” que despide olor a ácido butírico contra el cual hay que lanzarse instintivamente para obtener alimento.

Algo similar sucede con ciertos erizos, que ante un oscurecimiento repentino en la superficie del mar reaccionan defensivamente apretando sus espinas independientemente de la causa de dicho oscurecimiento. Lo mismo da que lo haya provocado un nubarrón, el paso de una lancha o la presencia de un verdadero enemigo, para el erizo sólo hay oscurecimiento.²²

Al admitir que la “realidad en sí” es incognoscible y que lo único que hay son varias realidades determinadas por la constitución biopsíquica de distintos organismos, podría concluirse que existe una realidad humana objetiva, así como debe haber una realidad para las abejas, las garrapatas y los erizos. A continuación criticaré esta afirmación contraponiendo las siguientes tesis:

a) Es imposible sostener de manera incontrovertible que las cosas que el hombre percibe como reales sean intrínsecamente objetivas, *i. e.*, tratar de probar que la objetividad no radica en las cosas, sino en el equipamiento perceptivo del hombre.

b) La realidad de cada hombre está determinada por su dotación perceptiva personal.

²⁰ Bertalanfy, *op. cit.*, nota 19, p. 240.

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

c) El hecho de que dos o más hombres en igualdad de condiciones perceptivas registren la misma información externa no garantiza que “vean” lo mismo.

d) Además de las realidades que en algún sentido tienen un referente perceptible, existen otras realidades que calificaré como hermenéuticas.

Para la mayoría de nosotros existe una gran cantidad de datos externos supuestamente objetivos. Si alguien nos pregunta de qué color es el azúcar, o de qué color es un auto, o si el azúcar es dulce, o si una comida es deliciosa, nuestras respuestas suelen presuponer la creencia de que con ellas damos cuenta de cómo es algo que está fuera de nosotros. Respuestas a las preguntas anteriores suelen ser del tipo: el azúcar es blanca, el auto es azul claro, el azúcar es dulce, ese platillo es delicioso, etcétera. Sin embargo, un examen mínimamente profundo nos lleva a concluir que las cosas no son (blancas, azules, dulces o deliciosas), sino que lo son para nosotros y bajo ciertas condiciones. Si las cosas fueran en sí, el azúcar alumbrada con una bombilla roja seguiría viéndose blanca, un auto azul claro sería igual de claro a las doce del día que a las doce de la noche, un terrón de azúcar sería dulce no sólo cuando me lo metiera en la boca sino cuando me lo colocara en la uña, un platillo gustaría por igual a todo el mundo. Todo lo cual parece, al menos, contraintuitivo.²³

Tal como hemos dicho, parece incontrovertible la relación existente entre los órganos de percepción y un tipo determinado de realidad.²⁴ Al centrar nuestra atención sólo en el hombre, es fácil apoyar este argumento si por un momento nos ponemos en el lugar de una persona carente de alguno de sus sentidos. Tenemos buenas razones para pensar que la realidad de un invidente es muy distinta a la nuestra, particularmente si suponemos una ceguera congénita.²⁵ Para un individuo así, la mayor porción de nuestra realidad es desconocida: los colores, la imagen de los hombres (incluyendo la suya) la fisonomía de las ciudades, los autos, las pinturas, etcétera. Sin embargo, aunque desde el punto de vista del sujeto “normal” es el invidente quien desconoce la parte más importante de la “rea-

²³ Austin, John, *op. cit.*, nota 9.

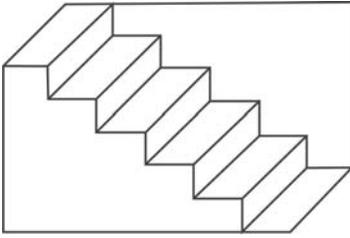
²⁴ Sobre este tema, véase, Pears, D. F., “Las condiciones causales de la percepción”, trad. de Carmen Silva, *Cuadernos de Crítica*, México, 1984.

²⁵ He seleccionado un ejemplo basado en el sentido de la vista por dos razones: a) Nuestro principal sistema representacional es de tipo visual y b) Los ejemplos que suelen citarse en teoría de la ciencia para demostrar la manera en que las teorías determinan lo que vemos y no a la inversa, se basan en percepciones visuales como podrá verse más adelante.

lidad humana”, el invidente tiene acceso a otra realidad que ignoran los que ven. Parece incontrovertible que ninguno de los que nos consideramos “normales” sabemos lo que significa conocer el mundo exterior por medio de representaciones no visuales y nos resulta imposible realizar un simulacro: aunque cerremos los ojos, el sonido de un tren nos evoca su imagen visual. Los invidentes y nosotros, al igual que nosotros y las abejas, compartiendo un mismo mundo, vivimos en realidades totalmente diferentes e inaccesibles entre sí.

Como consecuencia de la creencia de una realidad humana objetiva, es común que la gente piense que ante los mismos datos externos todo el mundo “ve” lo mismo. Sin embargo, ¿cómo podemos saber que otras mentes perciben exactamente lo mismo que nosotros a pesar de que así parezca indicarlo la comunicación?, ¿cómo sé que lo que usted y yo nombramos con ‘color azul’ no es sino un nombre común para experiencias distintas?, ¿cómo sé que cuando usted dice azul no percibe lo que yo percibo como lo que usted llama ‘rojo’ y sólo coincidimos en un nombre cuyo uso hemos aprendido en forma natural?, ¿no podríamos pensar que las diferencias gustativas, *i. e.*, que mientras a usted le causa placer el sabor de algo a mí me desagrada, se debe a que yo no percibo lo mismo que usted sino otro sabor que si usted percibiera también le desagradaría?

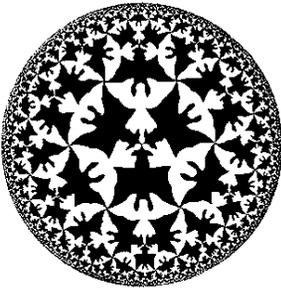
Desde luego, estas preguntas, aunque causan perplejidad, poco hacen por sí solas para apoyar el argumento según el cual aquellas percepciones que consideramos realidad objetiva pueden relativizarse. La razón es muy sencilla: no tenemos argumentos concluyentes para demostrar ni que una persona tiene en mente lo mismo que nosotros cuando así parece indicarlo la comunicación, ni para demostrar lo contrario. No obstante, la idea de que registrando los mismos datos externos podemos “ver” cosas distintas ha encontrado un fuerte apoyo científico en la psicología de la *gestalt*, como se demuestra a continuación.



a)



b)



c)



d)



e)

Seguramente, cuando el lector ha visto la figura “a”;²⁶ ha encontrado en ella unas escaleras cuya base se encuentra “pegada” al piso; sin embargo, no debe extrañarle que otros hayan visto en la misma imagen unas escaleras cuya base se encuentra “pegada” al techo (las podrá encontrar si hace un pequeño esfuerzo mental).

Algo similar sucede con las figuras siguientes, en las cuales se podrán encontrar ya sea un conjunto de manchas o un perro (b);²⁷ murciélagos o ángeles (c);²⁸ un pato o un conejo (d);²⁹ dos rostros enfrentados o una copa (e).³⁰

También se ha puesto de relieve que la observación no proporciona una base segura a partir de la cual derivar el conocimiento “real” en el ámbito del conocimiento científico, como se muestra a continuación:

26 Chalmers, Alan, *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, trad. de Eulalia Pérez Sadeño y Pilar López Mañez, España, Siglo XXI, 1987, p. 42. Ahí se puede leer: “Los resultados de los experimentos realizados con miembros de varias tribus africanas, cuyas culturas no incluyen la costumbre de dibujar objetos tridimensionales mediante dibujos bidimensionales con perspectiva, indican que los miembros de estas tribus no habrían considerado que la figura es una escalera sino una disposición bidimensional de líneas”. Sobre este mismo aspecto, véase Lisón Tolosana, C., *Antropología social y hermenéutica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

27 Tomando de *Enciclopedia Práctica de Psicología*, España, Orbis, núm. 1, p. 6.

28 Véase Schmill, Ulises, *La conducta del jabalí*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983. Al presentar esta figura en un seminario sobre teoría del derecho, alguno de los participantes propuso ver “campanas” intercaladas en el espacio blanco que hay entre los murciélagos a la altura de las “piernas”. Si el lector fija su atención en el sitio indicado teniendo en mente la teoría de que ahí “hay” campanas, podrá percatarse de que las faldas-piernas de los ángeles pasan a ser campanas.

29 *Op. cit.*, nota 27, p. 7.

30 Una manera de probar cómo el lenguaje puede ser constitutivo de teorías (o como veremos más adelante, de realidades hermenéuticas) es la siguiente: 1) Hasta este momento el lector ve en la figura una copa de dos rostros enfrentados. 2) A continuación emitiré un enunciado que generará (programará) una teoría en la mente del lector que determinará el que pueda “ver” algo que hasta ahora no ha visto: “Entre los rostros hay una mesa”. Sugiero al lector que dirija su atención a la figura con la intención de ver la mesa. Sobre la manera en que nuestras intenciones influyen en nuestro conocimiento de las cosas: véase Habermas, Jürgen, *Conocimiento e interés*, trad. de Manuel Jiménez; José F. Ivarsy y Luis Martín Santos, España, Taurus, 1982. Ejemplos como los empleados son muy socorridos por los autores de lo que se ha dado en llamar “La nueva filosofía de la ciencia”, por ejemplo: Kuhn, Popper, Hanson, Lakatos, Feyerabend. Sobre este último, véase Feyerabend, *La ciencia en una sociedad libre*, trad. de Alberto Elena, México, Siglo XXI, 1982.

1) Pensemos en un estudiante de medicina que sigue un curso de diagnóstico de enfermedades pulmonares por rayos X. En una habitación oscura, mira trazos indefinidos en una pantalla fluorescente colocada contra el pecho del paciente y oye el comentario que hace el radiólogo a sus ayudantes, en un lenguaje técnico, sobre los rasgos significativos de esas sombras. En un principio, el estudiante está completamente confundido, ya que en la imagen de los rayos X del pecho, sólo puede ver las sombras del corazón y de las costillas que tienen entre sí unas cuantas manchas como patas de araña. Los expertos parecen estar imaginando quimeras; él no puede ver nada de lo que están diciendo. Luego, según vaya escuchando durante unas cuantas semanas, mirando cuidadosamente las imágenes siempre nuevas de los diferentes casos, empezará a comprender; poco a poco se olvidará de las costillas y comenzará a ver los pulmones.

Y finalmente, si persevera inteligentemente, se le revelará el rico panorama de detalles significativos: variaciones fisiológicas y cambios patológicos, cicatrices, infecciones crónicas y signos de enfermedades agudas. Ha entrado en un mundo nuevo. Todavía ve sólo una parte de lo que pueden ver los expertos, pero ahora las imágenes tienen por fin sentido, así como la mayoría de los comentarios que hacen sobre ellas.³¹

2) Al examinar una fotografía de cámara de burbujas, el estudiante ve líneas interrumpidas que se confunden; mientras que el físico, un registro de sucesos subnucleares que le son familiares. Sólo después de cierto número de esas transformaciones de la visión, el estudiante se convierte en habitante del mundo de los científicos, ve lo que ven los científicos y responde de la misma forma que ellos.³²

3) Entremos en un laboratorio, acerquémonos a la mesa poblada por una multitud de aparatos: un pila eléctrica, alambre de cobre recubierto de seda, pequeñas vasijas de mercurio, bobinas y un espejo montado en una barra de hierro; el experimentador está insertando en pequeñas aberturas los extremos metálicos de unos alfileres con cabeza de ébano; la barra de hierro oscila y el espejo adosado a ella lanza una banda luminosa sobre una escala de celuloide; el movimiento hacia adelante y atrás de esta señal permite al físico observar mínimas oscilaciones de la barra de hierro. Pero preguntémosle qué es lo que está haciendo. ¿Responderá: ‘estoy estudian-

³¹ Polany, *Personal Knowledge*, Londres, Routledge and Kegan, Paul, 1973, p. 101.

³² Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contín, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 177.

do las oscilaciones de una barra de hierro que soporta un espejo'? No, dirá que está midiendo la resistencia eléctrica de las bobinas. Si nos quedamos sorprendidos y le preguntamos qué significan sus palabras, qué relación tienen con los fenómenos que estaba observando y que nosotros contemplábamos al mismo tiempo que él, nos respondería que nuestra pregunta requiere una larga explicación y que deberíamos seguir un curso de electricidad.³³

4) Los átomos, electrones, etcétera, no existen realmente: los marcos de referencia constituidos por los llamados objetos científicos son parte de una maquinaria conceptual que nos permite extraer conclusiones sobre lo observable de premisas que también versen sobre esto, y tales marcos no son traducibles al marco de los hechos observables, porque la propia idea de que se refiere a algo es una extensión ilegítima a los términos teóricos de unas distancias semánticas que son apropiadas para el lenguaje de los hechos observables.³⁴

5) Consideremos a dos microbiólogos. Están observando la preparación de un portaobjetos; si se les pregunta qué es lo que ven, pueden dar respuestas distintas: uno de ellos ve en la célula que tiene ante él un agrupamiento de materia extraña: es un producto artificial, un grumo resultante de una técnica de teñido inadecuada. Este coágulo tiene poca relación con la célula *in vitro*, como la que pueden tener con la forma original de un jarrón griego las rayas que sobre éste haya dejado el pico del arqueólogo. El otro biólogo identifica en dicho coágulo un órgano celular, un aparato de Golgi.³⁵

A partir de este momento dejaré de referirme a la realidad relacionándola con referentes perceptibles y me ocuparé de otro tipo de realidad fundamental para este trabajo que llamaré 'realidad hermenéutica'.³⁶

³³ Duheim, Pierre, *The Aim and Structure of Physical Tehery*, trad. de Philip P. Wiener, Londres, Atheneum, p. 145.

³⁴ Sellars, Wilfrid, *Ciencia, percepción y realidad*, Madrid, Tecnos, p. 97.

³⁵ Hanson, Norwood R., *Patrones de descubrimiento*, trad. de Enrique García Camarero, España, Alianza, 1985, p. 77.

³⁶ Un concepto aproximado al de la realidad hermenéutica puede ser en Watzlawickz, Paul: "solemos mezclar muy a menudo dos conceptos muy distintos de realidad, sin advertirlo con la claridad suficiente. El primero de ellos se refiere a las propiedades puramente físicas (y por ende objetivamente constatables) de las cosas, y responden por tanto al problema de la llamada 'sana razón humana' o del proceder científico objetivo. El segundo afecta exclusivamente a la adscripción de un sentido y un valor a estas co-

IV. REALIDAD HERMENÉUTICA

1. *Concepto*

Para mí, el contexto circunstancial en el cual suele hablarse de la realidad consiste en un condicionamiento de pensamientos, sentimientos y comportamientos ante la presencia en nuestras mentes de lo que consideramos real.³⁷ Dicho de otra manera, me parece plausible afirmar que ante una determinada realidad hemos aprendido a reaccionar racional, sentimental y conductualmente de cierta forma. Si, por ejemplo, me encuentro frente a una casa a la cual pretendo entrar, percibo que su puerta está cerrada y tomo tal percepción como real, lo menos que se me ocurriría es correr hacia la puerta con el fin de traspasarla. No obstante, sí lo haría si supiera que lo que veo como puerta no es sino un efecto óptico producido por un fenómeno físico como podría ocurrir en un parque de diversiones o en un estudio cinematográfico. Algo similar valdría para el caso en que pasando una noche por un callejón oscuro me cerrara el paso un

sas". Las principales diferencias entre realidad de segundo orden (la que consiste en adscribir cierto sentido a ciertos fenómenos empíricos) y la realidad hermenéutica son: *a)* La realidad de segundo orden se aproxima sólo al elemento creencia de la realidad hermenéutica, y *b)* La realidad hermenéutica no presupone necesariamente un objeto perteneciente a la realidad de primer orden (la que responde a lo objetivamente constatable). Por otra parte, como tendremos oportunidad de ver, las teorías científicas, contrariamente a lo que opina Watzlawick, no se encuentran al nivel de la realidad de primer orden sino al nivel de la de segundo orden. Ello es particularmente notable en el caso de teoremas. Por último, hay que destacar que la realidad hermenéutica es un fenómeno puramente mental. Cfr. Watzlawick, Paul, *¿Es real la realidad?*, Madrid, Herder, 1986, p. 149. Para quien se interese en introducirse en la hermenéutica filosófica, Ortiz-Osés, Andrés, *La nueva filosofía hermenéutica. Hacia una razón axiológica posmoderna*, Antrophos, 1988. Castilla del Pino, C., *Introducción a la hermenéutica del lenguaje*, España, Península, 1976. Véase Ballesteros, M., *Sondas de hermenéutica y lenguaje*, España, Hiperión, 1981. Ghirardi, O. A., *Hermenéutica del saber*, España, Gredos, 1979. Apel Otto, Karl, *La transformación de la filosofía; análisis del lenguaje, semiótica y hermenéutica*, trad. de Adela Cortina, Joaquín Chamorro y Jesús Conill, España, Taurus, 1985, t. I. Coreth, E., *Cuestiones fundamentales de hermenéutica*, trad. de M. Balsach, España, Herder, 1972.

³⁷ Sobre la relación entre cerebro y conducta véase Putnam, Hilari, "Cerebro y conducta", trad. de Rosarios Amieva, *Cuadernos de Crítica*, México, 1983. Desde el punto de vista de la psicolingüística, véase Morris, C., *Signos, lenguaje y comportamiento*, Buenos Aires, Losada, 1962. Véase Skinner, Verbal Behavior, Nueva York, Appleton-Conttury-Crosts, 1957. Existe la versión en castellano en Trillas, México, 1981.

hombre que, amagándose con un cuchillo, me exigiera mi cartera. Si yo tomara por real el arma, sin lugar a dudas obedecería la orden del asaltante. Sin embargo, si supiera por alguna particular razón que el puñal es de utilería y viera la mínima posibilidad de escapar, sin duda lo intentaría, como no lo haría en la primera hipótesis. Aunque estos ejemplos tienen en común la presencia de datos perceptibles sensorialmente, no son los objetos en sí los que constituyen nuestra realidad, sino una particular creencia. No son la puerta ni el cuchillo los que determinan nuestros pensamientos, actitudes o conductas, sino nuestras creencias en ellos. Esta creencia forma parte de lo que denominaré ‘realidad hermenéutica’.³⁸

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, las realidades hermenéuticas no necesitan de un referente perceptible sensorialmente (la puerta o el cuchillo), pues la creencia es independiente de una constatación de lo creído. La cultura y, en general, todo lenguaje, están tejidos con realidades hermenéuticas sin referente.³⁹ Veamos algunos ejemplos:

1) Es evidente que entre nuestras realidades perceptibles sensorialmente no contamos a Dios; no obstante, los creyentes piensan, sienten y actúan condicionados por esa creencia. Si Dios es asumido como realidad, los hombres van a misa, se casan por la iglesia, se confiesan, bautizan a sus hijos y ritualizan su muerte de determinada manera. Ello no sucede con un ateo.

2) “En la Europa medieval, las brujas habitaban realmente el mundo del sentido común, mientras que no lo habitan en la época moderna”.⁴⁰

3) Si por ejemplo, una noche lluviosa llegara a nuestra casa un familiar con notables síntomas de alteración emocional y nos confesara haber matado a un hombre, y asumiéramos como real lo que nos dice, seguramente nuestros pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas se verían determinados de cierta manera, que se desvanecería si pasados unos minutos nuestro angustiado visitante confesara divertido habernos gastado una broma.

4) Un ejemplo más lo tenemos en la vieja creencia infantil de los reyes magos de Oriente, que a principios de enero traen regalos a los niños “bue-

³⁸ Para el concepto de creencia, véase Ricoueur, P., *¿Qué es un sistema de creencia?*, Madrid, Ariel, 1978.

³⁹ Serrano, S., *Signos, lenguaje y cultura*, Barcelona, Argumentos, 1981. Véase Morris, C., *Signos, lenguaje y comportamiento*, Buenos Aires, Losada, 1962.

⁴⁰ Chalmers, Alan, *op. cit.*, nota 26, p. 189.

nos”. Cualquiera que haya compartido esa ilusión recordará no sólo la emoción de la espera, sino las actitudes y conductas motivadas por esa creencia (escribir la carta, dejar el zapato en el árbol de navidad, etcétera).

5) Como último ejemplo, consideremos la noción del tiempo. Para el hombre de cultura occidental el tiempo es una “realidad” sin la cual el mundo no sería el mismo. Sin embargo, según estudios antropológicos recientes, el tiempo no es una categoría cognitiva necesaria, sino contingente.⁴¹

Así lo pone de manifiesto Whorf refiriéndose a los indios hopi. El hopi “carece de noción general del tiempo como un continuo fluir uniforme, dentro del cual todo procede en el universo a ritmo igual, desde el futuro, por el presente hasta el pasado”.⁴² En consecuencia, la lengua hopi no distingue tiempos. En hopi no hay diferencia entre ‘él corre’, ‘está corriendo’, ‘corrió’, todo es *wari*, ‘hay correr’. En un sentido menos metafórico de lo que podría parecer, hemos construido el mundo sobre la realidad hermenéutica del tiempo.

En toda realidad hermenéutica cabe distinguir dos elementos: 1) una creencia,⁴³ y 2) los pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas determinados por (y generados a partir de) esa creencia.⁴⁴ Empleando como

41 Bertalanfy, Ludwing, *op. cit.*, nota 19, p. 235.

42 *Idem.*

43 El sentido que he querido atribuir a la expresión ‘creencia’ es inmejorablemente expuesto por Bateson: “La necesidad que tiene el hombre de seguridad emocional, en este mundo de contingencia, lo lleva a sistematizar ideas... Tales sistemas, basados en axiomas no demostrables e inverificables, pueden gobernar nuestras percepciones y nuestra comprensión. Como están culturalmente aprobados se les llama creencia en lugar de «delirios»”. *Cfr.* el medio familiar del paciente esquizofrénico en, Bateson, Gregory, *Pasos hacia una ecología de la mente*, 2a. ed., Buenos Aires, Carlos Lohlé, 1976, p. 85. Lejos de lo que podríamos pensar, la realidad como resultado de la organización de información a través de procesos cognitivos naturales está presente en todos los seres vivos: “Ya al principio de los años veinte habían analizado y descubierto los psicólogos de la gestalt (psicología de la configuración), esta tendencia hacia un orden constante del medio ambiente, enraizada en todos los seres, desde la neurofisiología de los organismos más simples hasta los más altos niveles de las funciones humanas”. *Cfr.* Watzlawickz, Paul, *op. cit.*, nota 36, p. 75.

44 La relación entre los pensamientos y las actitudes o conductas es algo aceptado ampliamente en los campos de la psicología cognitiva y de la filosofía de la mente: “las representaciones mentales del individuo determinan su comportamiento”. *Cfr.* Vega, Manuel de, *Introducción a la psicología cognitiva*, España, Cellier, 1979, p. 39. Contrariamente a lo que podría suponerse, no sólo dependen de actividades cerebrales las emociones o sensaciones, sino también sentimientos físicos como el dolor. Una buena prueba de ello lo tenemos en los llamados ‘dolores fantasma’ sentidos por quienes han sufrido una

modelo explicativo de la mente humana a la computadora,⁴⁵ podemos decir que de la misma manera que un ordenador puede ser programado con infinidad de programas que corren si se da cierta instrucción, el hombre lo puede ser con múltiples pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas que “corren” según crea que algo es real o no.⁴⁶

amputación: “nuestras sensaciones de dolor están causadas por una serie de eventos que comienzan en las terminaciones nerviosas libres y terminan en el tálamo y en otras regiones del cerebro. De hecho, por lo que respecta a las sensaciones efectivas, los sucesos que acaecen dentro del sistema nervioso central son completamente suficientes para causar dolores; nosotros sabemos esto tanto por los dolores de los miembros fantasma que sienten los amputados, como por los dolores causados, estimulando artificialmente porciones relevantes del cerebro... todos nuestros pensamientos y sensaciones están causados por procesos que ocurren dentro del cerebro. Por lo que respecta a la causa de los estados mentales, el paso crucial es el que tiene lugar dentro de la cabeza, no el estímulo periférico”. Cfr. Searle, John, *Mentes, cerebro y ciencia*, trad. de Luis Valadés, España, Teorema, 1985, pp. 23 y 24.

⁴⁵ El empleo de la computadora digital como modelo explicativo de la mente humana constituye uno de los paradigmas contemporáneos más revolucionarios. Su influencia no se ha limitado a producir un nuevo tipo de filosofía de la mente, sino que ha hecho posible el surgimiento de disciplinas científicas como la psicología cognitiva y la inteligencia artificial (simulación del razonamiento humano en el ordenador. Quizá el ejemplo más vulgar de ésta sean los programas para jugar ajedrez). El punto de arranque de este paradigma se encuentra en un artículo publicado en Turing, Alan M., “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind*, 1950. Turing, quien fuera junto con Gödel, Gentzen y Tarski, uno de los protagonistas de la revolución de la lógica matemática en los años 30. Para quien esté interesado en introducirse a temas de filosofía de la mente se recomienda: Putnam, Hilary, “Mentes y máquinas” y Davidson, Donald, “La mente material”. Ambos artículos, junto con el de Turing, ha sido compilados en Garrido, Manuel, *Mentes y máquinas*, trad. de Manuel Garrido, Madrid, Tecnos, 1984. También Garrido, Manuel, “La vida mental de algunas máquinas”, *Cuadernos de Crítica*, México, 1981. Sobre inteligencia artificial una buena bibliografía introductoria puede ser la siguiente: Boden, Margaret, *Inteligencia artificial y hombre natural*, trad. de Julio Armero San José, Madrid, Tecnos, 1984. Mishhkoff, Henry C., *A fondo: inteligencia artificial*, trad. de Milagros Fernández Centeno, Madrid, Anaya, 1988. Véase Cuenca, Bartolomé José *et al.*, *Inteligencia artificial, introducción y situación en España*, Madrid, Fundesco, 1984. Bonet, Alain L., *L'Intelligence artificiale, promesses et réalités*, París, Inter Editions, 1984. Véase Gondard, Michel, *Introduction aux systèmes experts*, París, Eyrolles, 1982. Sobre la aplicación de la inteligencia artificial al derecho, véase Cáceres Nieto, Enrique, *Lógica jurídica e informática jurídica*, Madrid, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1986, monográfico núm. 12. Véase Bernard, Claude, *Droit, Sistem expert et aide a la decision IRETIJ*, 1984. Cardini, Gianfranco y Pellecchia, Silvano, *Automatizzazione della ricerca giuridica e sistemi esperti*, Università di Roma, Instituto di Filosofia del Diritto, 1968.

⁴⁶ Un par de ejemplos sobre la manera en que las creencias determinan los pensamientos y éstos a los sentimientos, actitudes y conductas son los siguientes: “Cal, un joven eje-

2. Realidad hermenéutica espontánea

Desde luego, no pretendo sostener que creer en algo sea siempre resultado de un proceso consciente. Al contrario, la mayor parte de nuestros programas mentales son producto del natural intercambio comunicativo que necesariamente hemos de efectuar para poder subsistir. Por virtud de él, conforme crecemos vamos formando esquemas de pensamiento comunes a los demás miembros del contexto cultural en que nos desarrolla-

cutivo se pasa la mayor parte del tiempo preocupado y sufriendo porque su jefe piensa que es tonto. Cal es muy infeliz porque su jefe tiene una opinión muy pobre de él. Pero si Cal no supiera que su jefe piensa que es tonto ¿sería igualmente infeliz? Por supuesto que no. ¿Cómo podría sentirse desagraciado por algo que ignora? O sea, que lo que cree o deja de creer su jefe no es lo que lo hace infeliz. Lo que Cal cree es lo que lo hace infeliz”. *Cfr.* Wayne, Dyer, *op. cit.*, p. 25. No obstante lo cercano de este ejemplo a lo que quiero decir, hay que introducir una ligera matización, ya que la pregunta es: ¿Cal es infeliz porque sabe lo que piensa su jefe de él o lo es porque en su interior se ha formado el programa mental, según el cuál él cree que sabe lo que su jefe piensa de él? Partiendo del supuesto de que no podemos acceder a las mentes ajenas, debemos concluir que lo que hace infeliz a Cal es la creencia que él mismo ha generado. En última instancia, todo cuanto ocurre en nuestras mentes es autogenerado (incluyendo las teorías jurídicas). Nada es producto del exterior simple y llanamente, ya que todo exterior es interiorizado a través de una interpretación. El segundo ejemplo (para el cual ya es válida la matización anterior) es el siguiente: “La muerte de alguien no es lo que te apena: hasta enterarte no puedes haberte apenado, así que no es la muerte de alguien lo que causa tu pena sino lo que tú te dices con respecto a ese hecho”. *Idem.* La analogía tradicional entre ordenador y mente consiste en comparar al cerebro con el *hardware* y a la mente con el *software*: “El punto de partida que prevalece en filosofía, psicología cognitiva e inteligencia artificial es aquel que subraya las analogías entre el funcionamiento de cerebro y el funcionamiento de los ordenadores digitales... De acuerdo con la versión más extrema de este punto de vista, el cerebro es un computador digital y la mente es solamente un programa de computador”. *Cfr.* Searle, John, *op. cit.*, nota 44, p. 33. En este trabajo me he desviado de la tendencia normal, y en vez de establecer una analogía entre mentes y *software* lo hago entre *software* y lo que he llamado “realidades hermenéuticas”. La equivalencia más próxima a la analogía que establezco, desde la perspectiva de la filosofía de la mente, sería análogo un programa de ordenador con un estado mental. Un ejemplo menos drástico, pero bien documentado, se puede encontrar en las diferentes actitudes que frente a la mendicidad tienen los católicos y los protestantes. Mientras los primeros son generosos con los pobres, pues así creen estar agradando a Dios y anotándose puntos para su aceptación en el cielo, los segundos actúan despectivamente ante los desamparados por considerar que no son dignos de la consideración divina. Recuérdese que para éstos, la riqueza material es un signo indicativo de estar predestinado al gozo eterno. Sobre este tema, véase Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. de Legaz Lacambra, España, Península, 1975.

remos.⁴⁷ Para obtener nuestros satisfactores más elementales hemos de comunicarnos con otros hombres, lo que implica, al menos en alguna medida, pensar y expresarnos de manera común. Quizá el mejor ejemplo de programa mental natural sea la conciencia moral.

Aunque creo que se desprende de lo dicho anteriormente, no está por demás hacer notar que un programa mental natural puede tener lugar sólo cuando la generalidad de los miembros de un contexto cultural determinado han sido “programados” de manera semejante y, por tanto, se vuelven todos guardianes de la misma realidad, ¿qué otra cosa es el reproche social sino una llamada de atención al abandono de la homogeneidad?

Las realidades hermenéuticas programadas de manera espontánea se van integrando en nuestras mentes mediante un aprendizaje de tanteo basado en el ensayo-error al buscar nuestros satisfactores en los procesos de comunicación.⁴⁸ Mediante operaciones cognitivas naturales⁴⁹ generali-

47 A este respecto: “Entendemos que el hombre no está naturalmente dotado de una lógica inherente de relaciones causales sino, más bien, que el medio en que crece influye sobre sus maneras de percibir, pensar y comunicarse. Lo que tiene “sentido” en diferentes periodos de la historia y en distintos marcos culturales varía enormemente. La manera hindú de mirar la vida en este mundo y la vida después de la muerte nos parece irracional, y nuestra manera es igualmente vacía de significado y confusa para el hindú... La comunicación, es decir, la manifestación exterior de la actividad simbólica mide la eficacia del pensamiento según el grado de consenso alcanzado con otros sobre lo que percibimos y lo que los hechos significan”. Cfr. Lidz, Theodore *et al.* en Sluzki, Carlos E. (comp.), *La transmisión de la irracionalidad. Aportes fundamentales sobre teoría y técnica*, trad. de Noemí Rosendbalt, Madrid, EBA, 1980, pp. 84 y 85. “lo que llamamos realidad es resultado de la comunicación”. Cfr. Watzlawickz, Paul, *op. cit.*, nota 36, p. 148. Sobre este tema, véase Luckmann, T., *La construcción social de la realidad*, trad. de Silvia Zuleta, Argentina, Amorrortu, 1968.

48 En este sentido, dice Wittgenstein: “El niño aprende el lenguaje de los adultos entrenándose en su uso. Estoy utilizando la palabra ‘entrenar’ de un modo estrictamente análogo a cuando hablamos de que se está entrenando a un animal para hacer ciertas cosas. Se hace por medio del ejemplo, la recompensa, el castigo y similares”. Cfr. Wittgenstein, *Los cuadernos azul...*, *cit.*, nota 3, p. 111.

49 Para Chomsky, el niño nace con una serie de recursos que le permiten construir las estructuras gramaticales de su lengua *i. e.*, adquirir la competencia lingüística: “La gramática universal es, por consiguiente, algo que el niño posee de modo innato, un conocimiento inconsciente y previo a toda experiencia, algo que aporta a su proceso de aprendizaje del lenguaje y que lo hace posible”, Cfr. Chomsky, Noam, *Reflexiones sobre el lenguaje*, España, Ariel, 1979, p. 118. La principal oposición a esta teoría ha venido por parte de los conductistas quienes pretenden demostrar que, incluso la gramática, puede ser construida experimentalmente. Sobre esto, véase Lovaas, Ivas O., *El niño autista*.

zamos contextos de comunicación e interiorizamos reglas acerca del uso de expresiones lingüísticas⁵⁰ a emplear en esos contextos con el objeto de manipular al mundo, fundamentalmente, mediante acciones de terceros hacia nosotros.⁵¹

3. *Realidad hermenéutica artificial*

Al lado de las realidades hermenéuticas espontáneas⁵² existen otras, que son “inducidas” en nuestras mentes de forma deliberada. A este tipo de realidades pertenecen las generadas por vía de adoctrinamiento ideológico o por medio de la enseñanza oficial (la historia del libro de texto es la “historia de la nación”).⁵³

Tanto la realidad hermenéutica espontánea como la que ha sido programada a través de la enseñanza y aprendizaje conscientes tienen en común servir como prismas que condicionan el significado atribuible a algo

El desarrollo del lenguaje mediante la modificación de la conducta, trad. de Jorge L. Peña, España, Debate, 1977.

⁵⁰ Esta noción se corresponde con el concepto de “competencia” desarrollado por Noam Chomsky. Para este autor, la competencia es la interiorización de un sistema de signos y las convenciones que regulan su uso. La competencia funciona así como un mecanismo generador de todas las posibles expresiones de la lengua. Véase, Chomsky, Noam, *Aspectos de la teoría de la sintaxis*, Madrid, Aguilar, 1970, cap. I, secc. 1.

⁵¹ Esta idea constituye la base de los “juegos del lenguaje” del segundo Wittgenstein. Un ejemplo representativo de un juego lingüístico es el que se da entre un albañil A y un peón B: “B tiene que alcanzarle a A los materiales de construcción. Hay piedras cúbicas, ladrillos, losetas, vigas, columnas. El lenguaje consta de las palabras ‘cubo’, ‘ladrillo’, ‘columna’. A grita una de estas palabras, tras lo cual B trae una piedra de una forma determinada”. Cfr. Wittgenstein, Ludwig, *op. cit.*, nota 3, p. 111.

⁵² La idea que dentro de una comunidad lingüística nacional se subsumen diversos subsistemas lingüísticos con características léxicas, gramaticales y fonéticas propias se debe a Coseriu. Al sistema lingüístico nacional le llama “sistema funcional” y a los subsistemas lingüísticos “sistema normal” o abreviadamente “norma”: “La norma es un sistema de realizaciones obligadas, de imposiciones sociales y culturales, y varía según la comunidad... dentro del mismo sistema funcional pueden comprobarse varias normas distintas, sobre todo, por lo que concierne al vocabulario, pero a menudo también por las formas gramaticales y pronunciación”. Cfr. Coseriu, Eugenio, *Teoría del lenguaje y lingüística general*, Gredos, 1982, p. 98.

⁵³ Sobre la manera en que a través del lenguaje se genera realidad, véase Whorf, B. L., *Lenguaje, pensamiento y realidad*, Barcelona, Barral Editores, 1971. Véase Urban, W. M., *Lenguaje y realidad (la filosofía del lenguaje y los principios del simbolismo)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

perceptible sensorialmente. No es sino una diferencia de realidades hermenéuticas espontáneas lo que hace que en el mismo hecho —abrir el pecho de una mujer con un puñal y extraer su corazón— se vea un acto ritual para agradar a los dioses o una muestra de salvajismo.

Con respecto a las realidades hermenéuticas de aprendizaje consciente podemos citar el siguiente ejemplo:

Si alguien nos pidiera analizar la serie de números 7, 10, 13, 16 y encontrar su secuencia, seguramente no nos sería difícil explicar que en orden de izquierda a derecha se van sumando tres números. Pero si se nos pidiera hacerlo respecto de 4, 1, 5, 9, 2, 6, 5, 3, ¿qué secuencia encontraríamos? Muy probablemente la gran mayoría de los no matemáticos diríamos que no hay ninguna; sin embargo, “a un matemático no le resultaría difícil hacernos ver que esa secuencia es una parte del número *pi*, concretamente desde el decimal 2 al 10. Se trata pues, de una secuencia que no tiene nada de fortuito; al contrario, posee un orden interior tan estricto que permite predecir con exactitud literalmente matemática todos y cada uno de los elementos que siguen en la serie”.⁵⁴

La realidad no está, pues, en la secuencia, sino entre quienes tienen los conocimientos (programa) para interpretarla como tal.

El número de datos perceptible sensorialmente que adquieren un significado especial por virtud de una realidad hermenéutica programada conscientemente es infinito: la mayoría podemos ver una placa de radiografía, pero no todos sabemos identificar una enfermedad por medio de su observación; la mayoría podemos ver la escritura egipcia, pero muy pocos saben desentrañar su significado; la mayoría podemos leer el Código Civil, pero sólo unos cuantos pueden esgrimir argumentos jurídicos en tribunales con base en su articulado.

4. *Convergencias hermenéuticas*

Hasta aquí he centrado mi discurso en el aspecto homogeneizante de las realidades hermenéuticas; sin embargo, de ello no se debe seguir que todos los hombres de una determinada comunidad tienen en mente exactamente la misma realidad. No obstante la homogeneidad de pensamientos que hace posible la comunicación, es evidente que entre los hombres pertenecientes a una misma comunidad existen una gran diversidad de

⁵⁴ Watzlawickz, Paul, *op. cit.*, nota 36, p. 135.

realidades hermenéuticas para los mismos hechos, que, no obstante, pueden ser el espacio común para muchos de esos hombres. De quienes comparten una misma realidad hermenéutica podemos predicar que tienen una convergencia hermenéutica.⁵⁵

Con base en las distintas convergencias suele haber muchas disputas que supuestamente a nivel estrictamente teórico enfrentan a sus partidarios por razones emotivas y no racionales.

La racionalidad suele disfrazar los deseos de imposición de la única realidad de algunos hombres sobre la única realidad de otros moviendo los hilos persuasivos del lenguaje.⁵⁶

5. *El modelo de mundo*

Descendiendo aún más en las capas de heterogeneidad de las realidades hermenéuticas llegaremos al individuo. Cada hombre como consecuencia de su dotación genética e historia psicológica personal construida por la fuerza del entorno en que se desenvuelve, tiene su mundo privado construido por el conjunto de todas sus representaciones hermenéuticas, a través de las cuales interpreta todo lo que le rodea.⁵⁷

A este “prisma” epistemológico personal es a lo que en psicología cognitiva se ha dado en llamar “modelo de mundo”.⁵⁸

Contrariamente a lo que podría parecer, el hombre individual no es siempre una pieza cuyo conocimiento esté condicionado por la presión de las convergencias hermenéuticas de su grupo, ni del pensamiento homogéneo del contexto cultural al que pertenece y ni siquiera con la concepción del mundo de la época en que vive. No deja de ser paradójico observar cómo

⁵⁵ Apel, Karl Otto, *El a priori de la comunidad de comunicación*, trad. de Adela Cortina, Joaquín Chamorro y Jesús Conill, España, Taurus, 1985, t. II.

⁵⁶ Véase Navarro, Vicente, “Los límites de la teoría de los sistemas del mundo en la comprensión y definición de las transformaciones capitalistas y socialistas”, *Mientras Tanto*, España, núm. 13, 1981.

⁵⁷ Habermas, J., *op. cit.*, nota 30.

⁵⁸ Una manera metafórica de explicar lo que es un modelo de mundo consistiría en suponer que cada hombre ve el mundo a través de unas gafas únicas y personales con cristales de color irrepetibles en las gafas de otros hombres. Para quien se interese en este concepto se recomienda Montserrat, Javier y Zaccagnini, José, “Los modelos de realidad. ¿Es posible la relación interdisciplinaria entre filosofía y psicología científica?”, *Pensamiento*, Madrid, núm. 158, vol. 40, abril-junio de 1984, pp. 129-257.

mo el cambio de una concepción se va gestando mientras otra impera y es generalmente un solo hombre, un solo modelo de mundo, el que sembrando realidades hermenéuticas en el campo fértil de la duda, persuade y programa las mentes de otros que a su vez lo harán en otros produciendo un nuevo mundo que perdurará hasta que se repita el proceso.

V. LAS TEORÍAS JURÍDICAS COMO “REALIDADES HERMENÉUTICAS”

Llegado a este punto del discurso, me encuentro en posibilidad de externar mi visión sobre la función de las teorías jurídicas apoyándome en todo lo dicho anteriormente. Sostengo la tesis de que la función de las teorías jurídicas es la de producir realidades hermenéuticas similares a las que permiten a un médico “ver” en las placas de radiografía síntomas de enfermedad, o al cardiólogo detectar una irregularidad en la válvula mitral del corazón de un paciente mediante la interpretación de un electrocardiograma. Las teorías jurídicas, por tanto, no describen ni implican lo que algo es intrínsecamente sino que, simplemente y gracias a la función constitutiva del lenguaje, graban en la mente de los juristas programas comunes que es indispensable conocer para participar en contextos comunicacionales jurídicos tales como la controversia judicial, la asesoría legal, la disputa académica, etcétera.⁵⁹

De la misma manera que cada hombre posee un “modelo de mundo” a partir del cual interpreta de modo personal todo cuanto le rodea, cada teórico posee lo que podríamos llamar un modelo de mundo académico que presupone el modelo de mundo personal más los conocimientos especializados que haya adquirido a través de lecturas, cursos, conferencias, sus propias reflexiones, etcétera.⁶⁰ Desde esta perspectiva no resulta

⁵⁹ Coseriu, E., *op. cit.*, nota 52.

⁶⁰ La tesis que sostengo quedaría encuadrada por lo que en la “nueva filosofía de la ciencia” se llama “enfoque subjetivista”, según el cual: “el conocimiento científico se construye a base de conjuntos de creencias que el individuo puede justificar de alguna manera. Las teorías científicas son fundamentalmente propiedades de los científicos en cuanto individuos y residen en las mentes de éstos”. *Cfr.* Chalmers, *op. cit.*, nota 26, p. 145. Dentro de esta misma concepción se encuentra Searle: “la existencia de la subjetividad es un hecho objetivo de la biología. Es un error persistente el intentar definir ‘ciencia’ en términos de ciertos rasgos de teorías científicas existentes... Si el hecho de la subjetividad va contra cierta definición de ‘ciencia’, entonces lo que hemos de abandonar es la definición y no el hecho”. *Cfr.* Searle, *op. cit.*, nota 44, p. 30. Entre los más eminentes

desconcertante que quien sólo alimente su intelecto con lecturas de filosofía analítica “vea” el derecho como lenguaje, de la misma manera que quien sólo estudia las corrientes realistas ve en el derecho ‘procesos psicosociales’, o que quien parta de una concepción tomista vea en el derecho una entidad metafísica, contrariamente a lo que sucede con el normativismo, para quien las normas son la materia constitutiva de todo derecho.⁶¹ Desde luego, esto trae como consecuencia que los teóricos formados en un “paradigma” teórico jurídico no puedan interpretar los trabajos de teóricos formados en un “paradigma” distinto como fuente de pensamiento coherente.⁶²

opositores de esta concepción figura Karl Popper (partidario desde la concepción objetivista). Véase, *Conocimiento objetivo*, trad. de Carlos Solís Santos, España, Tecnos, 1982. Particularmente su concepto de “tercer mundo”, pp. 106-147. También Popper, Karl, *La lógica de la investigación científica*, trad. de Víctor Sánchez de Zavala, España, Tecnos; concretamente el epígrafe segundo del capítulo primero. Independientemente de la consistencia de los argumentos de Popper en favor del objetivismo, creo que para explicar el *status* metateórico de las teorías jurídicas, las más apropiadas son las posturas subjetivistas o consensualistas. La razón es muy sencilla: la ausencia de referentes fácticos controlables y verificables experimentalmente.

⁶¹ Esta tesis podría encuadrarse dentro de la concepción consensualista de la ciencia, según la cual: “las creencias de los científicos están subordinadas a las de un tipo especial de comunidad, la comunidad científica”. *Cfr.* Chalmers, *op. cit.*, nota 26, p. 147. En principio, aunque es normal considerar los enfoques subjetivistas y consensualistas como perspectivas distintas, me parece plausible sostener que, en algún sentido, ambos se complican, pues a pesar de que las teorías son generadas por una mente concreta, parte del modelo de mundo de esa mente se alimenta, y por tanto se construye con información proveniente de la comunidad a la que el científico pertenece. El máximo representante del enfoque consensualista es Kuhn: “una comunidad científica está formada por practicantes de una especialidad científica... han absorbido la misma literatura técnica y desentrañado muchas de sus mismas lecciones”. *Cfr.* Kuhn, Thomas, *op. cit.*, nota 32. Creo que esta manera de explicar la forma en que los científicos comparten una misma realidad teórica es útil no sólo para explicar el pensamiento teórico-jurídico, sino que es una extensión de la manera en que el hombre común forma las “teorías” con que se maneja en la vida cotidiana en un contexto cultural determinado. La única diferencia entre científicos, filósofos, teóricos del derecho y hombre común, en algún sentido, se debe al manejo de distintos lenguajes esotéricos necesarios para participar en ciertos contextos comunicativos. Sobre esto, véase, Córdón, F., *Pensamiento general y pensamiento científico*, Madrid-Barcelona, Ayuso-Anthropos Editorial del Hombre, 1976.

⁶² A este fenómeno (refiriéndolo al campo de las “ciencias duras”) lo califica Kuhn como parte de los aspectos responsables de la inconmensurabilidad de teorías rivales. “En un sentido que no soy capaz de explicar de manera más completa, quienes proponen los paradigmas en competencia practican sus profesiones en mundos diferentes”. Kuhn, *op. cit.*, nota 32, p. 233.

Con respecto a los “descubrimientos teóricos” en el derecho, sostengo que quien “descubre” algo (como podría ser la estructura piramidal del orden jurídico) “¡no encuentra nada!”. Las teorías jurídicas novedosas (paradigmas o prospectos de paradigmas) no son otra cosa que una organización mental personal que en principio es autosatisfactoria, pero que al darse a conocer públicamente tienen el poder persuasivo suficiente como para programar mentes ajenas que a su vez programen a otras y así hasta convertirse en un pensamiento común que hay que entender para pensar homogéneamente y participar en ciertos contextos comunicacionales jurídicos.⁶³

Entre los contextos comunicacionales que suelen calificarse de jurídicos, podemos distinguir algunos que no tienen por finalidad modificar estados de cosas del mundo fáctico de manera directa e inmediata, y aquellos en los que se busca dicha alteración. Como ejemplo de los primeros podemos citar los congresos, seminarios, etcétera, entre los juristas, donde los conocimientos comunes son sólo necesarios para comprender y hablar el lenguaje esotérico de los especialistas. Entre los segundos se encuentran aquellos que dan forma o transforman algo —como en el caso de los registros públicos o actos notariales— y los que crean nuevas realidades hermenéuticas con repercusiones fácticas —como sucede con la controversia judicial—, misma que emplearé como prototipo cuya explicación pueda hacerse extensiva a cualquier otro contexto comunicacional jurídico (por ejemplo, a la disputa académica), sin mayor dificultad. Con objeto de alcanzar esa explicación emplearé como modelo aproximativo el juego de ajedrez.

Todo aquel que aspire a jugar al ajedrez necesita conocer una serie de reglas conforme las cuales ha de mover las piezas en el tablero o identificar cuándo una jugada constituye jaque o jaque mate, y cuáles son las consecuencias de estos estados para el desarrollo o resultado global del juego, etcétera. Obviamente, cuando dos personas se enfrentan en una partida tienen en mente esas mismas reglas; sin embargo, el desarrollo de cada juego es diferente, y se va realizando mediante la interdefinibilidad de los movimientos alternados de cada participante.

Cada nuevo movimiento es realizado por cada jugador conforme a una hipótesis sobre la estrategia del contrincante desde la que se explica el

⁶³ Las escuelas de pensamientos son el equivalente a las comunidades científicas en el campo de la filosofía y, por lo que a nosotros respecta, a la teoría del derecho.

sentido de sus movimientos. Pues bien, el juego de ajedrez representaría un contexto comunicacional “en el que sólo pueden tener lugar acciones realizadas conforme a ciertas realidades hermenéuticas”. Así como los jugadores de ajedrez actúan conforme a las reglas del ajedrez y no, por ejemplo, a las damas chinas, los participantes en un litigio judicial necesitan tener en mente una serie de conocimientos como pueden ser los significados técnicos de ‘tácita reconducción’, ‘preclusión’, ‘acción’, ‘sobreseimiento’, ‘requisitos para declarar una huelga’, etcétera.

De la misma manera que para obtener un cambio en el estado de cosas de un juego de ajedrez, (que el contrario mueva en respuesta a una jugada nuestra) es necesario actuar conforme a las reglas del juego, en el caso de un litigio judicial, para obtener una sentencia favorable, se deben esgrimir argumentos jurídicos basados en interpretaciones jurídicas, lo que es posible únicamente si se tienen en mente las realidades hermenéuticas jurídicas comunes (conocimientos de la ley aplicable, métodos de interpretación, requisitos formales de los escritos que se deben presentar en tribunales, etcétera).

De igual manera que cada juego de ajedrez tiene su desarrollo único —no obstante que los participantes tengan en mente las mismas reglas— cada litigio judicial tiene su desarrollo y resultado propio aunque los contendientes posean los mismos conocimientos técnicos.

De la misma manera que un jugador de ajedrez, conforme juega va adquiriendo más experiencia, que se traduce en la formación de “teorías” propias sobre cómo ganar, e incluso llega a detectar cuál es la estrategia adecuada para ciertos contrincantes, el abogado adquiere una habilidad igual para llevar sus casos.⁶⁴

⁶⁴ La persuasión es también un elemento decisivo en el campo de las ciencias “duras” no sólo para que opere la “programación” generalizada de una teoría, sino también para el triunfo de un paradigma sobre otro: “Al comienzo, un nuevo candidato a paradigma puede tener pocos partidarios, y a veces los motivos de esos partidarios pueden resultar sospechosos. Sin embargo, si son competentes, lo mejorarán, explorarán sus posibilidades y mostrarán lo que sería pertenecer a la comunidad guiada por él. Al continuar ese proceso, si el paradigma está destinado a ganar la batalla, el número y la fuerza de los argumentos de persuasión en su favor aumentarán. Entonces más científicos se convertirán y continuará la exploración del nuevo paradigma. Gradualmente el número de experimentos, instrumentos, artículos y libros basados en el paradigma se multiplicarán”, Kuhn, *op. cit.*, nota 32, p. 264. En el mismo sentido: “cuando un individuo o grupo produce por primera vez, una síntesis capaz de atraer a la mayoría de los profesionales de la generación siguiente, las escuelas más antiguas desaparecerán gradualmente”. *id., cit.*, en esta misma nota, p. 45. Lejos de lo que suele pensarse, las razones por las que una deter-

Como se puede ver, las realidades hermenéuticas del derecho, al igual que las del ajedrez, pertenecen al grupo de las que son programadas de manera deliberada. Es en las escuelas de derecho donde se forman los esquemas de pensamiento necesarios para participar en los contextos comunicacionales jurídicos mediante lo que se ha de manipular el mundo exterior.⁶⁵ Esta manipulación se logra produciendo acciones en los demás que generen nuevas realidades hermenéuticas que, a su vez, generarán nuevas. Ello se pone de manifiesto cuando logramos que un juez declare culpable de homicidio a alguien. ¿En qué parte del mundo exterior ha nacido un nuevo ser que corresponda a esa declaración de culpabilidad?, ¿qué color tiene?, ¿cuánto pesa?, ¿cómo es su fisonomía? Al obtener esa declaración no hemos cambiado en absoluto la realidad objetiva del mundo exterior, sólo hemos obtenido un cambio mental en alguien que pronuncia unas palabras... las suficientes para producir otros cambios en las mentes de quienes, creyendo, pensando y sintiendo que actúan justifi-

minada teoría logra un efecto persuasivo suficiente como para programar otras mentes no son siempre de tipo teórico. Esto, que es especialmente válido en el caso de teorías que no pueden “mapearse” con referentes fácticos, también se presenta en el área de las ciencias “duras”: “Los científicos individuales aceptan un nuevo paradigma por toda clase de razones y, habitualmente, por varias al mismo tiempo. Algunas de esas razones —por ejemplo, el culto al sol que contribuyó a que Kepler se convirtiera en partidario de Copérnico— se encuentran enteramente fuera de la esfera aparente de la ciencia. Otras deben depender de la idiosincrasia, de la autobiografía y de la personalidad. Incluso la nacionalidad o reputación anterior del innovador y sus maestros pueden a veces desempeñar un papel importante”. *Id., cit.*, en esta misma nota, p. 237. En otra parte se puede leer: “Para descubrir cómo se llevan a cabo las revoluciones científicas, tendremos, por consiguiente, que examinar no sólo el efecto de la naturaleza lógica, sino también de las técnicas de argumentación persuasiva, efectivas dentro de los grupos muy especiales que constituyen la comunidad científica”; *Id., cit.*, en esta misma nota, p. 153. Sobre este tema, véase Kelleny, Kathleen, *La persuasión en la comunicación*, trad. de Marta Vasallo, Madrid, Paidós, 1981. Apel, Otto, *El a priori de...*, *cit.*, nota 55. Horowitz, I. L., *Sociología científica y sociología de conocimiento*, Argentina, Hachette, 1959. Véase, Merton, K. R., *Teoría y estructuras sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1970. Habermas, *Teoría de la comunicación, distorsión y competencia*, Valencia, Universidad de Valencia, 1979. Vernon, E. *et al.*, *Lenguaje y comunicación social*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1969, y Luckman, T., *op. cit.*, nota 47.

⁶⁵ “Los libros de texto mismos tienen como meta el comunicar el vocabulario y la sintaxis de un lenguaje científico contemporáneo... tanto los conocimientos científicos de los profesionales como de los profanos se basan en libros de textos y en unos cuantos tipos más de literatura derivada de ellos”. Luckman, *op. cit.*, nota anterior, pp. 213 y 214.

cadamente sentarán al culpable (“realmente culpable”) en la silla que le quitará la vida.

Desde luego, no pretendo afirmar que todas las realidades hermenéuticas jurídicas tengan las mismas consecuencias. Algunas no cambian en absoluto estados de cosas en el mundo exterior; sin embargo, son defendidas con ardor por quienes creen en ellas como su auténtica realidad de la misma manera que se defiende a Dios. La legendaria pugna entre iusnaturalistas y positivistas constituye un buen ejemplo.

Entre las realidades hermenéuticas jurídicas también se presenta el fenómeno de las convergencias hermenéuticas. Es aquí donde encuentran su lugar escuelas de pensamiento tales como el iusnaturalismo y el normativismo, que buscan infructuosamente la respuesta “correcta” a preguntas como ¿qué es el derecho?, ¿cuál es el concepto de norma jurídica? etcétera.

Los vanos esfuerzos por encontrar las respuestas “correctas” o “verdaderas” a cuestiones como las aludidas tienen su origen en esa forma de pensamiento de marcado sabor platónico según la cual para cada término (‘derecho’, ‘regla’, ‘sistema jurídico’, ‘eficacia’, etcétera) debe existir en algún rincón del metafísico mundo del “conocimiento objetivo” un significado único y correcto.

El carácter trivial de esta forma de pensar hace ya tiempo fue puesto de relieve por Wittgenstein, quien nos demostró que la misma palabra puede tener infinidad de significados, tantos como los distintos usos que de ella se puedan hacer en diferentes contextos (juegos lingüísticos). Como de la aceptación de las ideas wittgenstenianas se pueden desprender importantes consecuencias en las formas de abordar los problemas teórico-jurídicos, conviene tener claro lo que ese autor quiso decir. Veamos dos ejemplos tomados de *Los cuadernos azul y marrón*:

1. Diríamos que empleamos el término ‘leer’ en el mismo sentido cuando nos referimos a: *a)* una persona que deletrea; *b)* alguien que lee normalmente; *c)* un estudiante que pasa la vista por las palabras escritas e incluso las pronuncia en voz alta, pero no está “conectado” con lo que ellas quieren decir, o *d)* para aludir a un profesor que mientras lee comprende el contenido de la lectura?

2. Que el significado de las palabras no está en las palabras en sí, sino que es dado por su inserción en cierto contexto se ve claramente en el siguiente ejemplo: piénsese en las frases *a)* “puede arrojar lejos las lan-

zas”; b) “puede correr rápidamente”. De primera intención parece ser que existe un significado claro para estas expresiones: 1) se alude a alguien que puede hacer que una lanza recorra gran distancia cuando la arroja y 2) se refiere a una persona que acorta distancias en poco tiempo cuando corre. Veamos cómo no son éstos sus únicos significados. Supongamos que un antropólogo ha estudiado una tribu guerrera y nos hace notar que en su lenguaje no existen expresiones equivalentes a lo que en el nuestro serían “tiene un bíceps muy desarrollado” o “tiene poderosos músculos en las piernas”. Sin embargo, para aludir a un hombre con grandes bíceps usan la expresión “puede arrojar lanzas lejos” y para otro que tiene potentes piernas “puede correr rápidamente”. No es difícil para nosotros comprender este significado aunque no seamos miembros de la tribu en cuestión una vez que hemos aprendido el esquema hermenéutico necesario para comprenderlas como lo harían los aborígenes del ejemplo.

Vistas así las cosas, la disputa teórica (iusnaturalistas *vs.* positivistas; normativistas *vs.* realistas; normativistas *vs.* normativistas, etcétera) pierde sentido.⁶⁶

⁶⁶ Como hemos dicho en otra parte de este trabajo, las creencias no son otra cosa sino organización de información motivada por la necesidad de seguridad y estabilidad emocional del hombre. Es notorio que en todas las épocas y, sobre todo, en cualquier nivel cultural, el hombre es un animal generador de explicaciones. Es quizá por las enormes repercusiones psicológicas, emocionales y sobre todo existenciales que traen aparejadas nuestras creencias, que admitir la posibilidad de “realidades alternativas” cuesta trabajo tanto al hombre de la calle como al científico. Véase, Córdón, F., *op. cit.*, nota 61. Admitir que el mundo no es necesariamente como se ve puede ser equivalente a verse relegado al caos: “si, tras larga búsqueda y penosa incertidumbre, creemos haber hallado al fin la solución de un problema, nuestra postura, lastrada de una fuerte carga emocional, puede ser tan inquebrantable que preferimos calificar de falsos o irreales los hechos innegables que contradicen nuestras explicaciones, antes de acomodar nuestra explicación a los hechos”. *Cfr.* Watzlawick, Paul, *op. cit.*, nota 36, p. 69. Siendo la actividad científica una extensión de la natural compulsión explicativa del hombre y, más aún, siendo la producción de explicaciones un ingrediente de vital trascendencia para el científico, el rechazo de “realidades alternativas” normalmente se radicaliza: “Aún cuando pueden comenzar a perder su fe y a continuación a tomar en consideración otras alternativas, no renuncian al paradigma que los ha conducido a la crisis... Inventarán numerosas articulaciones y modificaciones *ad hoc* de su teoría para eliminar cualquier conflicto aparente”. *Cfr.* Khun, *op. cit.*, nota 32, pp. 128 y 129. “La resistencia de toda una vida, sobre todo por parte de aquellos cuyas carreras fecundas los ha hecho comprometerse con una tradición más antigua de ciencia normal, no es una violación de las normas científicas, sino un índice de la naturaleza de la investigación científica misma”. Khun, *op. cit.*, nota 32, p. 235. En no pocas ocasiones, cuando los reacomodos efectuados en una teoría no son

Si el concepto de regla secundaria de Hart es totalmente distinto al que subyace a la expresión ‘norma’ en Kelsen, ¿qué sentido tiene defender que uno es poseedor del concepto correcto y el otro no? Si Kelsen concibe al derecho como un sistema de normas y Hart de reglas primarias y secundarias, ¿no tiene más sentido hablar de dos realidades hermenéuticas distintas, en vez de concebirlas como supuestos competidores

suficientemente convincentes para su propio autor, las consecuencias pueden llegar a ser dramáticas: “Aunque es improbable que la historia recuerde sus nombres, es indudable que algunos hombres han sido impulsados a abandonar la ciencia debido a su incapacidad para tolerar la crisis”. Khun, *op. cit.*, nota 32, p. 130. Si la resistencia puede llegar a ser tan férrea en el ámbito de las ciencias “duras”, no debe extrañarnos la sobreposición de teorías de corte epistemológico tan antiguo como las iusnaturalistas tomistas o neotomistas, al lado de las recientes teorías analíticas. Al lado de esta forma de pensamiento, consistente en creer que la única realidad posible es lo que yo considero real, y que bien podríamos llamar “pensamiento tradicional”, se presenta como vía alternativa la realidad hermenéutica que produce en quien la conoce un especie de “hiperconciencia” consistente en tomar conocimiento de que nuestra realidad, por objetiva e innegable que nos parezca, es sólo una entre muchas igualmente plausibles: “creer que la propia visión de la realidad es la realidad misma, es una peligrosa ilusión. Pero se hace aún más peligrosa si se le vincula a la visión mesiánica de sentirse en obligación de explicar y organizar al mundo de acuerdo con ella”. *Cfr.* Watzlawickz, *op. cit.*, nota 36, p. 9. En otra parte: “no existe una realidad absoluta, sino sólo visiones o concepciones subjetivistas, y en parte totalmente opuestas de la realidad, de la que se supone ingenuamente que responde a la realidad ‘real’, a la ‘verdadera’ realidad”. Watzlawickz, *op. cit.*, nota 36, p. 148. La consecuencia natural de hacerse conciente de la relatividad de la realidad trae aparejada como consecuencia natural percatarse del sinsentido de las disputas entre diversas concepciones que no pueden, en ningún sentido, ser constadas empíricamente y que en la mayoría de los casos se deben más a problemas de comunicación que a falta de racionalidad. La más de las veces, los referidos problemas de comunicación se reducen a un tener en mente cosas distintas aunque supuestamente se esté hablando de lo “mismo”: “Las discusiones se convierten casi inevitablemente en competiciones que dan como resultado que uno de los involucrados tenga la razón y sea el correcto, y que el otro esté equivocado y sea el incorrecto... Pero aquí no se trata de razón o sinrazón, de bien o mal. Las personas son diferentes y ven las cosas desde perspectivas diferentes. Si una persona tiene forzosamente que tener la razón, el único resultado posible de su relación con los demás es de crisis o ruptura en la comunicación”. *Cfr.* Wayne, *op. cit.*, nota 46, p. 201. Conforme con lo anterior, me parece que ya es hora de que los teóricos del derecho revisemos los hábitos de nuestra actividad intelectual. No tiene mayor sentido la discusión sobre si el derecho es un sistema de reglas primarias y secundarias o de normas dependientes e independientes, que el que se encontraría si un señor A pidiera a los miembros de un auditorio que pensarán en una casa de campo, para después discutir cuál de las casas pensadas es la verdadera o la correcta. Para concluir esta nota sólo me resta recordar lo dicho en otra parte: en nuestro fuero interno estemos absolutamente seguros de que una realidad distinta de la nuestra es falsa, no podemos inferir, y mucho menos probar, que ello

en busca de un triunfo imposible? Cada teoría constituye una realidad hermenéutica distinta a través de la cual (como si fuera un prisma de cierto color) se obtiene cierta manifestación del nómeno que es la “realidad jurídica”.

Partiendo de que las mismas palabras han tenido en mente de los representantes de diversas posturas teóricas conceptos distintos, se pueden entender sus tradicionales conflictos no como una lucha por la explicación verdadera o algo similar, sino como un intento de diálogo entre interlocutores que viven en dimensiones distintas.⁶⁷

Con respecto a lo anterior, sostengo que, de la misma manera que con un cierto esfuerzo mental pudimos ver lo que eran escaleras de abajo hacia arriba, también se pueden ver escaleras de arriba hacia abajo; con dedicación y esfuerzo es posible asomarse al conocimiento jurídico a través de distintas “gafas hermenéuticas” que se pueden quitar o poner a voluntad. Un mismo hombre puede ver las manifestaciones realistas, normativistas o iusnaturalistas del derecho como igualmente plausibles.⁶⁸

En un nivel de abstracción inferior es fácil ver que distintas teorías dogmáticas (por ejemplo, las de la emisión y recepción para contratos mercantiles celebrados entre ausentes) también constituyen realidades diferentes sobre un “mismo” problema de las que se podrá echar mano de modo instrumental.

No podíamos dejar pasar inadvertidas en estas líneas cierto tipo de realidades hermenéuticas de gran tradición en las facultades de derecho, como son las teorías de tipo axiológico o ideológico. También éstas constituyen programas que determinarán los pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas de los futuros especialistas.

En el caso de la dogmática, estas realidades suelen cobrar forma de críticas a las repercusiones sociales de las leyes; en el caso de disciplinas más abstractas —como la filosofía del derecho— suelen despertar una conciencia crítica ideológica o ética, como sucede con la enseñanza de los derechos humanos. Así como el éxito de cierto tipo de argumentación en un litigio tendrá ciertas repercusiones, según el juez a quien va dirigi-

sea sí. Cómo dijera Stuart Mill en su *Ensayo sobre libertad*: “Nunca podemos estar seguros de que la opinión que tratamos de acallar sea una opinión falsa; y si estuviéramos seguros, también sería incorrecto acallarla”.

⁶⁷ Véase nota anterior.

⁶⁸ *Idem*.

do tenga un “programa” iusnaturalista o positivista, la creencia o no en los derechos humanos pudo marcar la diferencia entre una abierta lucha contra el *apartheid* y la indiferencia total.

A todo lo dicho hay que agregar algo más: aunque los contextos comunicacionales jurídicos son necesariamente técnicos, esto no implica que sean sólo realidades hermenéuticas teórico-jurídicas las que en ellos tienen lugar. Realidades hermenéuticas distintas a las contenidas en los libros o expuestas en clase también juegan un papel importantísimo en el desarrollo del “juego” de la comunicación jurídica.⁶⁹ Entre esas otras realidades se encuentran las creadas por el discurso del derecho positivo —tanto legislativo como jurisprudencial— y las generadas por la cultura en general. Es tejiendo realidades hermenéuticas con estas diferentes maderas como los juristas construyen su mundo para, a partir de él, participar en los procesos de construcción de la realidad social de la que se retoolimentarán posteriormente en una cadena sin fin.

⁶⁹ Es innegable que cuando participamos en un juicio no sólo tratamos de manipular el mundo de la acción procurando una sentencia favorable con el lenguaje teórico-jurídico. También es común recurrir al lenguaje de la cultura común a la que se pertenece, particularmente si los juicios son celebrados ante un jurado popular.

I. El normativismo como concepción alternativa	35
II. ‘Norma’ y ‘regla’: dos expresiones ambiguas	36
III. ‘Proposición’: una expresión ambigua.	40
IV. La clasificación funcional de las proposiciones	44
V. La actual revisión de la tipología proposicional.	50
VI. Delimitación del área de argumetación y estipulación de ‘proposición prescriptiva’	55
VII. Algunos problemas de la clasificación de las proposiciones prescriptivas	56
VIII. La clasificación de las proposiciones prescriptivas según Alf Ross	59
1. Los directivos personales.	60
2. Directivos impersonales	62
IX. Normas o reglas jurídicas y modelos teóricos de normas o reglas jurídicas	64
1. El lenguaje del derecho y el lenguaje de los juristas	64
2. En el lenguaje de los juristas se incluyen las normas jurídicas	65
3. Los modelos teóricos de norma o regla jurídica también pertenecen al lenguaje de los juristas.	66
X. El prescriptivismo monista	70
1. El modelo normativista de John Austin	71
2. El prescriptivismo monista en <i>La teoría pura del derecho</i>	83
XI. El pluralismo prescriptivista	125
El pluralismo prescriptivista de Hart: el derecho como unión de reglas primarias y secundarias	125

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TEORÍA “SINTÁCTICA” DE LAS REGLAS JURÍDICAS Y EL NORMATIVISMO PRESCRIPTIVISTA

I. EL NORMATIVISMO COMO CONCEPCIÓN ALTERNATIVA

Según Bobbio, las distintas concepciones acerca del derecho se pueden reducir a tres: *a)* las que consideran al derecho como una *institución* social; *b)* las que lo conciben como una relación intersubjetiva, y *c)* las que lo consideran como un sistema de normas o reglas.⁷⁰

Entre los representantes de la primera concepción se encuentran Georges Renard (*Théorie de l'institution*, 1930),⁷¹ Georges Gurvitch (*L'idée du droit social* y *Dichiarazione dei diritti sociali*) Guido Fassó (*Storia como esperienza giuridica*).⁷² Un rasgo común a todas estas teorías es que constituyen una reacción contra el estatismo jurídico, *i. e.*, coinciden en considerar al derecho no como un producto estatal, sino como un fenómeno social que admite múltiples manifestaciones. Así, para Santi Romano, por ejemplo, el derecho equivale a una sociedad organizada con vista a obtener un fin determinado. Desde este prisma, una asociación delictiva, en tanto se constituya como una organización social con un fin concreto, constituye una institución. Como es fácil observar, las teorías institucionalistas tienen una marcada tendencia sociologista.

Al igual que las teorías *institucionalistas*, las que consideran al derecho una relación intersubjetiva constituyen una reacción contra la concepción estatista. Sin embargo, a diferencia de las primeras, para éstas es suficiente la relación entre dos sujetos para poder hablar de derecho y no es necesaria la presencia de otros elementos adicionales como una socie-

⁷⁰ Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica*, Turín, Giappichelli, 1958, pp. 13 y ss.

⁷¹ Citado por Bobbio, *op. cit.*, nota 70, p. 16.

⁷² *Idem.*

dad compleja, con fines comunes, ni con una organización. Entre los representantes de esta corriente se encuentran: Kant, Del Vecchio y Alessandro Levi.⁷³

A diferencia de las teorías institucionalistas y las que conciben al derecho como una relación intersubjetiva, una tercera concepción considera a las normas como el elemento característico de derecho. Sin embargo, no todas las teorías normativistas son de la misma especie y así podemos distinguir entre teorías normativistas no estatistas (por ejemplo, la iusnaturalista de Tomás de Aquino, para quien el derecho es norma divina dirigida al hombre)⁷⁴ y teorías normativistas estatistas (por ejemplo, *La teoría pura del derecho*). También podemos distinguir entre teorías que consideran a las normas jurídicas como proposiciones lingüísticas (la teoría expuesta por Gaetano Carcaterra en *La forza costitutiva delle norme*⁷⁵) de aquellas que las consideran como algo distinto. Por ejemplo, Tamayo dice “la norma jurídica no puede ser algo ontológicamente distinto a las conductas humanas que la constituyen”.⁷⁶ Durante el resto del trabajo me referiré a teorías que presentan las siguientes notas: *a)* consideran a las normas jurídicas el elemento característico del derecho; *b)* consideran que las normas jurídicas son proposiciones lingüísticas; *c)* consideran como único derecho posible el generado por el Estado, *i. e.*, positivistas.

II. ‘NORMA’ Y ‘REGLA’: DOS EXPRESIONES AMBIGUAS

Una de las características ineludibles del lenguaje natural es su ambigüedad.

En ocasiones, los problemas generados por la ambigüedad de una expresión pueden verse agravados si a ésta se le considera sinónimo de otra también ambigua. Esto sucede con las palabras ‘norma’ y ‘regla’. En efecto, a pesar de que comúnmente se les suele asimilar, su significado dista mucho de ser idéntico no sólo en el lenguaje coloquial, sino también en el teórico.

⁷³ *Ibidem*, pp. 24-26.

⁷⁴ Fernández Galeano, Antonio, *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, Madrid, CEURA, 1985, pp. 162-165.

⁷⁵ Carcaterra, Gaetano, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, Bulzoni, 1979.

⁷⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 40.

Entre las opiniones acerca de la ambigüedad de la expresión ‘norma’ podemos citar a Von Wright: “La palabra inglesa ‘norma’, y las que le son equivalentes en otras lenguas, se usa en muchos sentidos y, a menudo, con un significado poco claro”.⁷⁷ En el mismo sentido opinan Nino y Tamayo. En palabras de este último: “El término ‘norma’ es ambiguo, es decir, tiene más de un significado. Esta ambigüedad se debe, en mucho, a que el uso del término ‘norma’ no es exclusivo de la teoría jurídica”.⁷⁸ Entre los múltiples significados de la palabra podemos citar: nombre femenino, precepto general por el que se uniforma la conducta o la forma del pensamiento,⁷⁹ una especie de proposición prescriptiva, y “sustrato de sentido o esquema interpretación a partir del cuál se confiere significación jurídica a lo que acontece en el mundo fáctico”.⁸⁰ “Comportamiento imputativamente regulado”,⁸¹ “directivo que corresponde, de una cierta manera, a ciertos hechos sociales”,⁸² “enunciado que indica una costumbre o hecho que habitualmente se verifica en determinadas circunstancias”,⁸³ etcétera.

También la palabra ‘regla’ es ambigua, como bien nos hace notar Robles: “La palabra ‘regla’ tiene que ver con muchas realidades distintas: instrumento para trazar líneas, pauta de las órdenes religiosas, menstruación, preceptos o prescripción”.⁸⁴ “Mapeando” la expresión ‘regla’ con los sentidos arriba referidos para ‘norma’, nos percataremos de que casi todos pueden ser compartidos por ‘regla’, lo que podría llevarnos a creer que tanto ‘norma’ como ‘regla’, aunque expresiones ambiguas, son sinónimas. Que esta clasificación no es nada disparatada se pone de relieve si reproducimos la opinión de destacados autores. Por ejemplo, Von Wright: “Existen varios sinónimos parciales de ‘norma’, todos ellos inglés correcto: ‘patrón’ (*pattern*), ‘modelo’, (*standard*), ‘tipo’ (*type*), figuran entre ellos al igual que ‘reglamento’ (*regulation*), ‘regla’ (*ru-*

77 Wright, G. Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979, p. 21.

78 Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y...*, cit., nota 76, p. 41.

79 Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de J. Vernengo, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1970, p. 17.

80 Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y...*, cit., nota 76, p. 37.

81 *Idem*.

82 *Ibidem*, núm. 548, p. 329.

83 *Idem*.

84 Robles Morchón, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*, Palma de Mallorca, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1982, p. 97.

le’) y ‘ley’ (*‘law’*)”.⁸⁵ En el mismo sentido, Tamayo: “En razón de que el término ‘norma’ es usado, dentro del lenguaje ordinario, como sinónimo de ‘regla’, entonces, parece normal aplicar el término ‘norma’ ahí donde funciona ‘regla’ o viceversa”.⁸⁶ Otra constancia de esta asimilación terminológica la tenemos en el ámbito italiano y, concretamente en el *Nuovo digesto italiano*, donde pude leerse: “*per il giurista italiano sono norme giuridiche quelle regole che il legislatore vuole che siano tali*”.⁸⁷ No obstante esta aparente sinonimia, hay algunas razones a tomar en cuenta para matizarla. En primer lugar, apunto que, aunque en sus orígenes ambos términos tienen un significado análogo, pues denotaban instrumentos para hacer mediciones o trazos, su empleo en el lenguaje jurídico a lo largo de la historia ha sido muy dispar, preponderando el uso de ‘regla’ sobre ‘norma’.

En este sentido, Ricardo Orestano nos dice, en un excelente artículo en que sigue comparativamente la evolución de ambas expresiones desde el antiguo derecho romano: “*Mentre ‘regula’ ha impieghi in ogni campo senza soste, ‘norma’ conosce zone d’ ombra de eclissi*”.⁸⁸ Sólo como muestra de la escasa importancia de ‘norma’ a lo largo de la historia, vale decir que no figura en ningún lugar del Código justineano, que se encuentra en alguna disposición imperial del Código Teodosiano en sentido de medida objetiva; una vez, en los *Appendices legis romanae wisigothorum* y cuatro veces en las *Institutiones* justinianas.⁸⁹

Sin embargo, la diferencia en el uso de expresiones no sólo queda como curiosidad histórica. A pesar de que semánticamente podrían emplearse tanto ‘norma’ como ‘regla’ en muchos contextos de manera intercambiable, lo cierto es que en los usos lingüísticos se suele reservar ‘regla’ y no ‘norma’ para aludir a hechos que se repiten de manera habitual. Es éste precisamente el sentido que tiene la palabra dentro de los

⁸⁵ Wright, G. Herik, *Norma y acción*, cit., nota 77, p. 21.

⁸⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y...*, cit., nota 76, p. 41.

⁸⁷ “Para el jurista italiano son normas jurídicas aquellas reglas que el legislador quiere que sean tales”. Cfr. Esposito, Carlo, “Norma giuridica”, *Nuevo digesto italiano*, t. VIII, p. 1050.

⁸⁸ “Mientras ‘regla’ se ha empleado en cada campo sin interrupción, ‘norma’ conoce zonas de sombra y eclipse”. Cfr. Orestano, Ricardo, “Norma statuita e norma satutente”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, pp. 187-222.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 317.

usos de las teorías realistas.⁹⁰ En otro sentido, ‘regla’ suele emplearse donde no empleamos normalmente ‘norma’: cuando nos referimos a los juegos solemos hablar de “las reglas de los juegos” y no de “las normas de los juegos”. Este uso tiene consecuencias importantes en el campo de la teoría del derecho y de la filosofía lingüística contemporánea, donde es normal emplear a los juegos como modelo explicativo de fenómenos más complejos.

La expresión ‘regla’ ha cobrado hoy particular importancia entre los representantes de la jurisprudencia analítica desplazando a ‘norma’, que en su día fue importada del ámbito de la moral. Otra razón por la que debe matizarse la aparente sinonimia de ‘regla’ y ‘norma’ referidas al derecho no obedece a causas de índole connotativa —como sucede en los casos recién citados— sino que obedece a razones técnicas. Según Hans Kelsen, debemos distinguir entre las normas y las reglas jurídicas. Las primeras son las proposiciones prescriptivas que constituyen la materia prima de los ordenamientos normativos (códigos, leyes, decretos, etcétera) mientras que las segundas son las proposiciones descriptivas propias de la ciencia del derecho.

Si llamamos reglas de derecho a las proposiciones que la ciencia del derecho utiliza para describir su objeto, tenemos que distinguirlas de las normas jurídicas —que son el objeto de describir por la ciencia jurídica—. Las reglas de derecho son instrumentos de la ciencia jurídica, mientras que las normas jurídicas tienen una función de autoridad jurídica. Al describir el derecho mediante las reglas de derecho, la ciencia jurídica no ejerce la función correspondiente a la autoridad legal, que es una función de decisión, sino que ejerce una función cognoscitiva.⁹¹

Mientras el término ‘norma’ se reserva para el metalenguaje que, con fines cognoscitivos, constituyen los teóricos del derecho sobre ese len-

⁹⁰ En el realismo americano ‘regla’ es un enunciado obtenido empíricamente del funcionamiento real de los tribunales conforme al cual es posible predecir el comportamiento de dichos órganos.

⁹¹ Sánchez-Mazas, Miguel, *Lógica, norma, ciencia y sociedad*, Universidad del País Vasco, 1982, p. 10. Para el tema de la relación entre norma y proposiciones descriptivas de normas, véase Mięcsyślaw Wallis-Walfisz, “Les énonces des appréciations et des normes”, *Studia Philosophica*, vol. II, 1973, p. 412. Muy especialmente, véase Opalek, Kasimiers, “Les normes, les énonces sur les normes et les propositions deontiques”, *Archives de Philosophie du Droit*, 17, 1972, pp. 335-372.

guaje objeto. Es aquí donde radica el punto neurálgico de nuestras consideraciones. Si al parecer buen número de autores emplea ‘regla’ para referirse al lenguaje del derecho y otros, para referirse al metalenguaje construido sobre aquél ¿dónde queda la pretendida sinonimia paralela? Debido a los problemas apuntados he decidido introducir una estipulación: cuando en el resto del trabajo quiera referirme a las proposiciones lingüísticas que integran el derecho, emplearé indistintamente las palabras ‘norma’ o ‘regla’. En lo que sigue no aludiré a las proposiciones descriptivas con que, según Kelsen, la ciencia del derecho pretende conocer su objeto.

III. ‘PROPOSICIÓN’: UNA EXPRESIÓN AMBIGUA

Un problema semejante al enfrentado en el epígrafe anterior nos ocupará en este respecto de la expresión proposición.

Von Wright deja constancia de esta dificultad con las siguientes palabras: “¿Qué es una proposición? —Intentar contestar esta pregunta de una forma satisfactoria nos llevaría a las profundidades del mar filosófico—. El término ‘proposición’, tal como lo usan comúnmente los lógicos y filósofos, cubre una serie de entidades diferentes”.⁹² Una de las explicaciones más corrientes es la que define a las proposiciones como el significado de las sentencias indicativas: “Puede decirse que las proposiciones tienen dos ‘contrapartidas’ en el lenguaje. Una de ellas son las sentencias (indicativas)... Las sentencias expresan proposiciones. Las proposiciones puede decirse que son el significado o sentido de las sentencias”.⁹³ En el mismo sentido, sólo que relacionándolas no sólo con el concepto de sentencia, sino también con el de juicio, se pronuncian Ferrater Mora y Hugues Leblanc: “El juicio es el acto mental por medio del cual pensamos cualesquiera enunciados... La proposición, en cambio, es lo pensado en dicho acto”.⁹⁴

Una sinonimia frecuente es la que aparece entre los términos proposición y ‘enunciado’. Esta equivalencia semántica es puesta de manifiesto por Copi: “Los términos ‘enunciado’ y ‘proposición’ no son sinónimos

⁹² Wright, G. Henrik, *Norma y acción*, cit., nota 77, p. 42.

⁹³ *Ibidem*, p. 37.

⁹⁴ Ferrater Mora y Hugues Leblanc, *Lógica matemática*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 24.

exactos, pero en los escritos de los lógicos se usan más o menos en el mismo sentido”.⁹⁵ Sin embargo, también es frecuente que por ‘enunciado’ se entienda no el significado de una expresión, sino la expresión misma, tomando ‘enunciado’ como equivalente de ‘sentencia’ según hemos apuntado en el párrafo anterior. Usan la expresión en este sentido Jens Allwood, Lars-Gunnar Andersson y Östen Dahl: “Lo determinante en una inferencia es lo que el enunciado dice acerca del mundo y no el enunciado en cuanto secuencia de sonidos o signos. Introduciremos el término ‘proposición’ para designar aquello que un enunciado dice acerca del mundo”.⁹⁶

También Quine: “Negar un enunciado es afirmar otro enunciado, al cual se le conoce como negación o el contradictorio del primero: decir que «el Taj Mahal es blanco», significa negar «El Taj Mahal no es blanco»”.⁹⁷ Como último ejemplo, se sustituyen los enunciados ‘hay riesgo de lluvia’ y ‘baja el barómetro’ por los símbolos A y B respectivamente”.⁹⁸ Obviamente en los dos últimos ejemplos sabemos que la palabra ‘enunciado’ se refiere a expresiones y no a significados, por las semicomillas entre las que se encierran los ejemplos, con lo cual se indica mención y no uso.⁹⁹

En ocasiones, se afirma que las proposiciones o enunciados (tomando la segunda palabra en el sentido de significado y no de expresión) son el significado de oración, *i. e.*, se emplea ‘oración’ para aludir a la forma en que se expresan las proposiciones. En este sentido, Hospers dice:

habremos de hacer al comienzo una distinción entre oraciones y proposiciones. Una oración, como una palabra, posee un significado: una oración no es meramente una ristra de señales sobre el papel o una serie de sonidos, sino una u otra de estas cosas pero con significado. Pero cuando hablamos de una proposición, no estamos hablando de la oración misma sino de lo que significa la oración.¹⁰⁰

95 Copi, Irving, *Lógica simbólica*, trad. de Andrés Sestier, México, CECSA, 1982, p. 17.

96 Allwood, Jens *et al.*, *Lógica para lingüistas*, Madrid, 1981, p. 32.

97 Quine, W. V., *Los métodos de la lógica*, trad. de Juan José Acero y Nieves Guasch, Barcelona, Ariel, 1981, p. 25.

98 Garrido, Manuel, *Lógica simbólica*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 18.

99 Ferrater Mora y Leblanc, Hugues, *Lógica matemática*, *cit.*, nota 94, p. 15.

100 Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, trad. de Julio César Armero, Madrid, Alianza Universidad, 1984, p. 105.

Copi también usa ‘oración’ de la manera apuntada: “Es costumbre distinguir entre las oraciones declarativas y las proposiciones que se afirman al pronunciar aquéllas”.¹⁰¹

Ordenando lo hasta aquí expuesto obtenemos la siguiente panorámica. A pesar de las diferencias terminológicas, en todos los casos citados persisten dos conceptos: 1) mediante ciertos rasgos o sonidos perceptibles sensorialmente, 2) significamos algo. Si echamos mano de la terminología saussuriana,¹⁰² podríamos decir que: “1)” corresponde a la idea de *significante* y “2)” a la de significado.

Tener clara la distinción entre estos dos niveles es de suma importancia, ya que, tal como nos dice Hospers:

Para expresar la misma proposición, esto es, el mismo significado, se pueden usar una o más oraciones: ‘Nueva York es más grande que San Francisco’ y ‘San Francisco es más pequeña que Nueva York’ son oraciones diferentes y muy distintas una de otra; por ejemplo, la primera oración contiene la frase ‘más grande’ y la segunda no. No obstante afirman o expresan la misma proposición.¹⁰³

Con relación a la misma idea nos dice Copi: “la misma oración articulada en diferentes contextos puede afirmar diferentes proposiciones”.¹⁰⁴ Como veremos más adelante, ignorar tal diferencia es causa de una de las confusiones más frecuentes en el derecho: identificar las normas o reglas jurídicas con los artículos, párrafos, apartados, etcétera, escritos en los cuerpos normativos de los que serían ejemplo los códigos o las leyes (oraciones) y no con su o sus significados (proposiciones).

En conclusión, podríamos resumir los problemas terminológicos apuntados, de la manera siguiente: 1) para aludir a la idea de *significante*, los lógicos suelen emplear, al menos, alguna de las siguientes expresiones: ‘sentencia’, ‘enunciado’, ‘oración’. 2) para aludir a la idea de *significado* los lógicos suelen emplear: ‘proposición’ o ‘enunciado’. Como un lector perspicaz habrá notado, a estas alturas de mi argumentación no ha aparecido ambigüedad en el uso de ‘proposición’. A pesar de los diferentes térmi-

¹⁰¹ Copi, Irving, *Lógica simbólica*, cit., nota 95, p. 16.

¹⁰² Saussure, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, Bally, Charles; Sechehaye, Albert; Riedlinger, Albert (eds.), trad. de Armiño, México, Nuevomar, 1982.

¹⁰³ Hospers, John, *Introducción al análisis...*, cit., nota 100, p. 105.

¹⁰⁴ Copi, Irving, *Lógica simbólica*, cit., nota 95, p. 16.

nos con que se suele aludir a la vía en que ésta se expresa y la existencia de una expresión por ella intercambiable, siempre ha aparecido como equivalente de *significado*. La consecuencia de esto podría ser la creencia de que, contrariamente a lo que reza el rubro, ‘proposición’ carece de ambigüedad. A continuación trataré de demostrar lo contrario.

En primer lugar, es de destacar que no siempre que aparece ‘proposición’ se usa en el sentido de *significado*, algunas veces se usa para aludir a las nociones de idea o pensamiento, tal como ha señalado Acero: “Hay que avisar que el concepto de proposición se emplea actualmente en muchas ocasiones como equivalente de idea o pensamiento”.¹⁰⁵

Desde luego, alguien podría decir que también en el caso de las ideas o pensamientos estamos entre significados y que por lo tanto no hemos demostrado la existencia de un uso de ‘proposición’ diferente al apuntado anteriormente. Aunque evidentemente la objeción es plausible, hay que determinar que, salvo estipulación en contrario, en los usos normales del lenguaje, ‘idea’ o ‘pensamiento’ tienen una denotación más amplia que ‘significado’ si entendemos esta palabra como se hace al hablar de proposición, *i. e.*, para aludir no a cualquier tipo de significado, sino al significado correspondiente a expresiones lingüísticas. Además, no hay que perder de vista que, aunque normalmente *pensemos en términos de significados*, también es posible pensar sinsentidos.

Además de ser ambigua por tener más de un sentido, ‘proposición’ presenta otro tipo de ambigüedad en su acepción de significado lingüístico. A esta nueva ambigüedad la podríamos calificar de *estructural*. Para algunos, la proposición se integra por un sujeto y un predicado unidos por una cópula. A esta idea se refiere Bobbio con las siguientes palabras: “*La forma piú comune di una proposizione è ciò che nella logica classica si chiama giudizio, che è una proposizione composta di un soggetto e di un predicato, uniti da una copula (S è P)*”.¹⁰⁶

Sin embargo, también es muy común considerar proposiciones a series de palabras que ni presentan la estructura del juicio, ni contienen sujeto. Frases del tipo: “hace frío”, “llueve mucho”, etcétera, constituyen propo-

¹⁰⁵ Acero, Juan José y Quesada, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1985, p. 41.

¹⁰⁶ “La forma más común de una proposición es aquella que en la lógica clásica se llama ‘juicio’, que es una proposición compuesta de un sujeto y un predicado, unidos por una cópula (S es P)”. *Cfr.* Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica, cit.*, nota 70.

siciones atómicas para la lógica de predicados. Así, por ejemplo, Suppes y Hill, al exponer la distinción entre proposiciones atómicas y moleculares dicen: “Por ejemplo, considérense dos proposiciones atómicas: hoy es sábado; no hay clase”.¹⁰⁷ Incluso, es normal encontrar definiciones de ‘proposición’ como aseveración. Por ejemplo Salazar Resines: “Una proposición es una aseveración, que puede ser verdadera o falsa... Una aseveración es una afirmación o una negación”.¹⁰⁸ Para completar el cuadro, vale la pena decir que también se consideran preposiciones a los significados de palabras aisladas. Al respecto, dice Bobbio: “*no ogni proposizione è un giudizio. Per es.: “Guarda!” sono proposizioni, ma non giudizi*”.¹⁰⁹

Como es evidente la ambigüedad de ‘proposición’ justifica una estipulación lingüística. Para efectos de este trabajo, cuando emplee el término ‘proposición’ entenderé un significado correspondiente a una serie signos, (palabra, frase u oración) con sentido. Creo que en esta forma entiende Robles lo que es una proposición “la regla es pues, el significado de una expresión lingüística. Es una proposición”.¹¹⁰ Cuando desee referirme a las vías de expresión de las proposiciones emplearé ‘palabra’, ‘frase’, ‘oración’, o ‘enunciado’ según sea apropiado al contexto.

IV. LA CLASIFICACIÓN FUNCIONAL DE LAS PROPOSICIONES

Una de las ideas fundamentales del positivismo lógico fue la creencia de que las únicas proposiciones sobre las que vale la pena ocuparse desde una perspectiva científica y filosófica son las que pueden ser evaluadas como verdaderas o falsas. De esta manera, el lenguaje lógicamente perfecto, carente de ambigüedades, enseñado por Frege,¹¹¹ Russell¹¹² y el

¹⁰⁷ Suppes, P. y Hill, S., *Introducción a la lógica matemática*, Barcelona, Reverté, trad. de Enrique Linés Escardó, 1975, p. 1.

¹⁰⁸ Salazar, Resines, *Introducción a la lógica deductiva y a la teoría de conjuntos*, México, UNAM, Dirección General de Publicaciones, 1982, p. 3.

¹⁰⁹ “No toda proposición es un juicio. Por ejemplo: «¡Mira!», «¿Cuántos años tienes?» son proposiciones, pero no juicios”. Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría della norma giuridica*, cit., nota 70, p. 76.

¹¹⁰ Robles, Gregorio, *op. cit.*, nota 84, p. 97.

¹¹¹ Frege, Gottlob, *Escritos lógico-semánticos*, Madrid, Tecnos, 1974.

¹¹² Russel, Bertrand, “La filosofía del atomismo lógico”, en Muguerza, Javier (selección e introducción), *La concepción analítica de la filosofía*, 2a. ed., trad. de A. Deaño et al., Madrid, Alianza, 1986, pp. 159-251 (libro que compila las traducciones de varios artículos clásicos, entre ellos el que se cita).

primer Wittgenstein,¹¹³ estaría constituido sólo de un tipo de proposiciones: las descriptivas. “Un lenguaje perfecto está constituido por oraciones que pueden ser verdaderas o falsas, esto significa que solamente es candidata a la perfección lógica aquella porción del lenguaje que utilizamos para declarar los hechos, para hablar de lo que acontece, es decir, aquella porción del lenguaje que empleamos en el discurso declarativo o asertórico”.¹¹⁴ Estas ideas no tardaron en ser matizadas a consecuencia del surgimiento de la filosofía del lenguaje común debido al segundo Wittgenstein.¹¹⁵

Una de las tesis centrales que Wittgenstein había tomado de Rusell, a saber: que la lógica suministra la estructura del lenguaje y de la realidad, fue sustituida por otra sumamente opuesta: que el lenguaje ordinario es mucho más rico que la lógica y que ésta no puede, por ello, darnos ninguna pista para entender aquél y menos aún para averiguar en qué consiste la realidad.¹¹⁶

Una de las herencias de la nueva filosofía lingüística fue la de calificar a la antigua creencia de los positivistas como una falacia, la llamada *falacia descriptivista*. Contra ella se levantó la opinión de que al lado de las proposiciones descriptivas también existen otras proposiciones dignas de consideración filosófica a pesar de no estar orientadas a registrar hechos, sino a influir en la conducta o pensamientos de las personas. Estas ideas dieron lugar a toda una nueva forma de especulación filosófica basada en los llamados usos del *lenguaje*. Uno de los máximos representantes de esta postura fue John Austin, quien, en su artículo ya clásico “Emisiones realizativas”, nos dice:

No tenemos que retroceder muy lejos en la historia de la filosofía para encontrar filósofos dando por sentado como algo natural que la única ocupación, la única ocupación interesante, de cualquier emisión es decir, de cualquier cosa que decimos es ser verdadera o al menos falsa. En los tiem-

¹¹³ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus lógico-philosophicus*, trad. de Enrique Tierno Galván, Madrid, Alianza, 1973.

¹¹⁴ Hospers, John, *Introducción al análisis...*, *cit.*, nota 100, p. 30.

¹¹⁵ Wittgenstein, Ludwig, *Los cuadernos azul y marrón*, *cit.*, nota 3. Del mismo autor, *Investigaciones filosóficas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1988.

¹¹⁶ Hospers, John, *Introducción al análisis...*, *cit.*, nota 100, p. 107.

pos recientes este tipo de postura ha sido puesta en duda... la gente comenzó a preguntarse si después de todo algunas de las cosas que, tratadas como enunciados, estaban en peligro de ser rechazadas como sinsentidos fueran después de todo realmente propuestas como enunciados. ¿No podrían tal vez no pretender registrar hechos sino influir en la gente de esta o aquella manera, o dar rienda suelta a las emociones de esta o aquella manera?... Sobre estas líneas la gente ha adoptado ahora un nuevo *slogan*, el *slogan* de los ‘diferentes usos del lenguaje’. La vieja postura enunciativa, es incluso llamada a veces una falacia, la falacia descriptiva.¹¹⁷

Con la aparición de la filosofía de los usos del lenguaje, lo que antiguamente era motivo de orgullo y calidad académica pasa a ser causa de perplejidad. Así lo pone de manifiesto un filósofo de la calidad de Hare, quien en su clásico *El lenguaje de la moral* nos dice: “La sensación de que sólo las oraciones ‘propiamente indicativas’ están libres de sospecha puede (sorprendentemente) sobrevivir al descubrimiento de que hay oraciones de nuestro lenguaje ordinario perfectamente dotadas de significado que no son reducibles a oraciones indicativas”.¹¹⁸

En congruencia con su idea de que no sólo las proposiciones indicativas o descriptivas tienen significado, Hare propone una distinción entre dos tipos diferentes de lenguaje, constituidos cada uno por un tipo distinto de proposiciones: descriptivas el uno, prescriptivas el otro:

en un destacado representante de la escuela de Oxford como Hare, el intento de suministrar un marco adecuado para el análisis del discurso moral tiene como primer paso la distinción entre dos grandes clases de expresiones, que constituyen respectivamente, el lenguaje descriptivo y el lenguaje prescriptivo... una expresión tiene significado prescriptivo cuando se usa típicamente para guiar la conducta.¹¹⁹

La dicotomía realizada por Hare ha sido ampliada, y hoy es comúnmente aceptado distinguir entre proposiciones descriptivas, prescriptivas, interrogativas y exclamativas.

¹¹⁷ Austin, John, “Emisiones realizativas”, en Urmson y Warnock (comps.) *Ensayos filosóficos*, trad. de Alfonso García Suárez, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1975, p. 218.

¹¹⁸ Hare, *El lenguaje de la moral*, trad. de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1975, p. 20.

¹¹⁹ Hoppers, John, *Introducción al análisis...*, cit., nota 100, p. 168.

En este mismo sentido se puede leer en Copi: “Los gramáticos clasifican las formulaciones lingüísticas de las proposiciones, preguntas, órdenes y exclamaciones, en oraciones declarativas, interrogativas, imperativas y exclamatorias”.¹²⁰ Una descripción informal de las funciones que cumple cada tipo de proposición podría ser la siguiente: las proposiciones descriptivas o declarativas (según terminología de Copi) se usan para describir estados de cosas, las interrogativas para solicitar información; las imperativas, para inducir a otro a que realice determinada acción, y las exclamatorias, para expresar estados de ánimo o motivarlos en terceros.

La misma clasificación es admitida por Norberto Bobbio, con el agregado adicional de que, para él puede distinguirse entre forma y función proposicionales: “*Vi sono vari tipi di proposizioni. Si possono distinguere i veri tipi di proposizioni in base a due criteri: la forma grammaticale e la funzione*”.¹²¹ Conforme a la forma, Bobbio clasifica las proposiciones en declarativas, interrogativas, imperativas y exclamativas, al igual que Copi.¹²²

Por sus funciones, las clasifica en aserciones, demandas, mandatos y exclamaciones, respectivamente.¹²³ La razón por cual Bobbio hace esta doble clasificación obedece a que, según afirma, aunque normalmente forma y función coinciden, puede suceder que no sea así. Un ejemplo de mandato que no es expresado en la forma imperativa que le es típica, sino en forma declarativa, sería un artículo de un código civil que dijera “Los gravámenes impuestos sobre bienes inmuebles cuyo valor exceda los cinco millones de pesos se inscribirán en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio”.¹²⁴ Aunque la distinción realizada por Bobbio es conceptualmente impecable, me parece oportuno hacer una aclaración terminológica: la doble clasificación no corresponde a las proposiciones contempladas desde dos puntos de vista, sino que se ocupa, por una parte, de los enunciados (entendiendo ‘enunciado’ al nivel significante) y

¹²⁰ Copi, Irving, *Lógica simbólica*, cit., nota 95, p. 16.

¹²¹ “Hay varios tipos de proposiciones. Se pueden distinguir con base en dos criterios. La forma gramatical y la función”. Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría della norma giuridica*, cit., nota 70, pp. 78 y 79.

¹²² Copi, Irving, *Lógica simbólica*, cit., nota 95, p. 79.

¹²³ Bobbio, Norberto, *Teoría della norma giuridica*, cit., nota 70, p. 79.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 82.

las proposiciones propiamente dichas (al menos según nuestra estipulación), por el otro.

De los cuatro tipos de proposiciones, las que suelen considerarse más importantes son las descriptivas, las prescriptivas y las expresivas, correspondiendo respectivamente al lenguaje científico, normativo y poético. De las tres proposiciones fundamentales son de interés para el derecho las descriptivas y las prescriptivas. Tradicionalmente se considera que las primeras son las que integran los trabajos jurídico-científicos, mientras que las segundas constituyen la materia prima del lenguaje del derecho, *i. e.*, el de los códigos, leyes, decretos, sentencias, etcétera. Sin embargo, no hay un consenso absoluto acerca de la imposibilidad de hablar de tipos de proposiciones descriptivas o expresivas en este segundo tipo de lenguaje jurídico.

Así, según Bobbio, los ordenamientos jurídicos son discursos en los que es factible encontrar no sólo proposiciones prescriptivas, sino también descriptivas e incluso expresivas: “*il legislatore può ricorrere ai discorsi descrittivi ed evocativi per rafforzare i suoi precetti... il linguaggio prescrittivo è quello che ha maggiori pretese perché tende a modificare il comportamento altrui: nulla di strano che si valga per esercitare la propria funzione anche degli altri due*”.¹²⁵

A la anterior clasificación de las proposiciones hay que añadir un nuevo tipo. Nos referimos a las llamadas “proposiciones operativas”. Con ellas completa Carlos Santiago Nino su clasificación proposicional definiéndolas como proposiciones cuyo uso implica un hacer si son realizadas en ciertas condiciones. “Se caracteriza por el hecho de que pronunciar ciertas palabras en determinadas condiciones implica realizar la acción a que esas palabras se refieren. Así, decir —en ciertas condicio-

¹²⁵ “El legislador puede recurrir a los discursos descriptivo y evocativo para reforzar sus preceptos... El lenguaje prescriptivo es aquel que tiene mayor presencia porque tiende a modificar el comportamiento ajeno. No hay nada de extraño que se valga para ejercitar la propia función también de los otros dos”. *Ibidem*, p. 86. Sobre la pluralidad de proposiciones en el lenguaje del derecho, véase Scarpelli, Uberto, “Imperativi e asserzioni”, *Rivista di Filosofia*, 1959. Kalinows, Georges, “Théorie des propositions normatives”, *Studia Lógica*, 1953. Acero, Juan, José y Quesadas, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1986. Tarello, Giovanni, “Sulla presenza di un linguaggio ora descrittivo ora prescrittivo nella dottrina pura del diritto”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, diciembre de 1977, pp. 213-219. Gavazzi, Giacomo, “IL discorso dei giuristi: descrizione o prescrizione?”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, diciembre de 1983, p. 442-458. Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1978.

nes— “juro decir la verdad”, “prometo pagar”, o “bautizo a este niño con el nombre de Juan”, consiste precisamente en realizar las acciones de jurar, prometer y bautizar”.¹²⁶

Desde mi punto de vista, creo que el cuadro de los tipos de proposiciones debe ser completado con dos tipos más. Uno correspondería a las llamadas “reglas constitutivas” de Searle, por virtud de las cuales se crea un esquema de interpretación desde el que cierta acción del mundo empírico puede ser interpretada como de cierto tipo (por ejemplo, futbolística). El segundo tipo de proposiciones aspira a ser una aportación personal, las podríamos denominar “proposiciones constitutivo-teoréticas”, y su función es la de generar realidades hermenéuticas que, en ocasiones, puedan servir como esquemas de interpretación. Aunque en este sentido es evidente que presentan cierto parentesco con las reglas de Searle recién referidas, hay que destacar una importante diferencia. Su función no se limita a generar esquemas interpretativos de acciones, sino que se amplía a los de todo tipo, incluyendo los característicos de las obras científicas o filosóficas. Son este tipo de proposiciones las que generan realidades hermenéuticas artificiales o teorías.

Desde esta perspectiva, compartir un paradigma científico o filosófico implica haber sido “programado” con las mismas “proposiciones constitutivo-teoréticas” que otros. Los *types* a los que nos hemos referido en otra parte son el resultado de haber sido programados con proposiciones de este tipo. Toda teoría jurídica es un discurso integrado por “proposiciones constitutivo-teoréticas”, y el resultado de haber sido “programado con un discurso teórico es la posesión de un “modelo de realidad”. Al igual que los demás tipos de proposiciones, las proposiciones referidas son independientes de las formas de expresión con las que se externan. No obstante su estructura sintáctica típica es el presente del indicativo. A diferencia de las proposiciones descriptivas, no son ni verdaderas ni falsas, y a diferencia de las prescriptivas, no son ni válidas ni inválidas. En todo caso, pueden ser creídas o no creídas, rechazadas o admitidas. Serían ejemplo de este tipo de proposiciones “las normas jurídicas son substratos de sentido”, “justicia es dar a cada quien lo suyo”, “el derecho es un ámbito óntico-práctico integrado por reglas ónticas, deónticas y técnico-convencionales”, etcétera.

¹²⁶ Más adelante volveremos sobre este tema para tratarlo más profundamente. Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, cit., nota 2, p. 64.

De la totalidad de tipos de proposiciones aludidas, son interesantes para el resto del trabajo: 1) las prescriptivas, 2) las reglas constitutivas y 3) las definiciones legales. Durante el resto de este capítulo concentraremos nuestra atención en las prescripciones.

V. LA ACTUAL REVISIÓN DE LA TIPOLOGÍA PROPOSICIONAL

Dado que no es mi intención ofrecer una visión parcial de las actuales consideraciones en torno a la tipología proposicional, he considerado oportuno señalar que las clasificaciones arriba apuntadas están siendo sometidas a un proceso de revisión caracterizado por un ánimo reduccionista. Por una parte, existen intentos de disolver las proposiciones prescriptivas en proposiciones expresivas. La línea de argumentación de quienes sostienen tal postura se puede reducir en la siguiente tesis: una proposición prescriptiva siempre es reducible a una expresiva, ya que da cuenta del estado de ánimo de quien la emite, estado de ánimo que consiste en un deseo de que otro haga algo. Según esto, decir “debes hacer X” o “haz X” equivale a decir “yo deseo que hagas X”.¹²⁷

Entre las críticas que se hacen a esta posición podemos citar: 1) no hay que confundir el hecho de que una proposición prescriptiva pueda ser formulada con *forma* de expresiva, con una reducción de las primeras al modelo de las segundas. Desde el punto de vista funcional, no es lo mismo manifestar un estado de ánimo a exigirle a otro que haga algo. Es muy claro que cuando un padre dice a su hijo: “espero que las notas del próximo semestre sean mejores”, no está externando simplemente un estado de ánimo, el hijo entiende —como el padre pretende— que se le está diciendo: “debes mejorar tus calificaciones” o inclusive: “debes mejorar tus calificaciones o, de lo contrario...”.¹²⁸

2) Una prescripción cuenta como tal por los efectos que tiene en el destinatario, independientemente de cualquier especulación en torno a los deseos del emisor. Por ejemplo, cuando en las instrucciones sobre el uso de un medicamento leemos “agítese antes de ser suministrado”, no reparamos en las intenciones del fabricante al incluir esa proposición en

¹²⁷ Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica*, cit., nota 70, p. 96. Véase Tarello, Giovanni, “Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo de 1967, pp. 419-482.

¹²⁸ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 70, p. 97.

el folleto que acompaña al producto. Para efectos de orientar nuestra conducta, los estados de ánimo del fabricante son completamente irrelevantes. Además, no hay que olvidar que frecuentemente nos enfrentamos a proposiciones que no son dirigidas a orientar nuestra conducta por algún emisor al que pueda atribuírsele estados de ánimo. Tal es el caso de las reglas de un sistema de moral positiva, del derecho o de etiqueta.¹²⁹

Para otros autores, las proposiciones prescriptivas pueden ser reducidas siempre a proposiciones descriptivas. Según esta tesis, cuando se dice: “debes hacer X” o “haz X”, se está diciendo en forma implícita: “o haces X, o te sucederá Y”. Las críticas dirigidas a esta concepción pueden resumirse en una sola tesis: del hecho de que algunas prescripciones sean reforzadas con una amenaza de sanción para el supuesto en que no sean obedecidas, no se sigue que toda prescripción esté conectada con una sanción. Por ejemplo, supongamos que un súbdito se dirige al señor feudal diciéndole: “perdone por favor mi negligencia y no me mande ejecutar”, ¿qué sucede al señor feudal si no orienta su conducta de conformidad con la súplica?, evidentemente nada.¹³⁰

La revisión de la distinción tradicional entre proposiciones descriptivas y proposiciones prescriptivas también ha tenido su impacto en uno de los dogmas más aceptados en el campo de la lógica: la ley de Hume, según la cual “No se pueden inferir válidamente proposiciones prescriptivas de premisas todas descriptivas”.¹³¹ Esta formulación es completada por Hare con una regla adicional, de la siguiente manera:

1) De un conjunto de premisas no se puede extraer válidamente ninguna conclusión en indicativo que no puede ser válidamente extraída sólo de premisas en indicativo.

2) No se puede extraer válidamente ninguna conclusión en imperativo de un conjunto de premisas que no contengan por lo menos una en imperativo.¹³²

¹²⁹ *Ibidem*, p. 99.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 91.

¹³¹ Guastini, Riccardo, “Variazioni su temi di Scarperlli”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XII, núm. 2, 1982, p. 549. Al respecto, véase Searle, John, “How to Derive «Ought» from «Is»”, *The Philosophical Review*, 73, 1964, pp. 43-58.

¹³² Hoppers, John, *Introducción al análisis...*, *cit.*, nota 100, p. 37.

Otra manera de expresar la misma ley la podemos encontrar en Capella: “de proposiciones asertóricas, “en es”, no deriva ningún “deber ser”.¹³³ Un ejemplo de inferencia conforme a esta ley sería:

Tienes que entregar el trabajo sobre Kelsen el 24 de junio.
 Mañana es 24 de junio.
 ∴ Mañana tienes que entregar el trabajo sobre Kelsen.

Aquí se puede observar cómo la premisa mayor es una proposición prescriptiva; la menor, una proposición descriptiva, y la conclusión, válida, una proposición prescriptiva.

El mismo ejemplo, tal como sería reformulado por quienes sostienen la posibilidad de reducir proposiciones prescriptivas a descriptivas, quedaría:

Tienes que entregar el trabajo sobre Kelsen el 24 de junio.
 Mañana es 24 de junio.
 ∴. Estás por entregar el trabajo sobre Kelsen mañana.

Para Hare, esto no sería un silogismo válido.¹³⁴

Entre los autores que más influencia han tenido con sus críticas a la ley de Hume se encuentran Searle¹³⁵ y Scarpelli.¹³⁶

Para Searle, hay casos excepcionales en los que de una proposición descriptiva se puede inferir una prescriptiva. Tal caso es el de las proposiciones descriptivas dirigidas no a “hechos brutos”, sino a “hechos institucionales”. Son de este segundo tipo los hechos que no tienen existencia independiente de la regla que los constituye. Por ejemplo, el hecho fáctico interpretado como un gol existe sólo a raíz de una regla a través de la cual puede ser interpretado como tal.

Un ejemplo del sentido en que Searle sostiene que de proposiciones descriptivas pueden derivarse prescriptivas sería el siguiente: suponga-

¹³³ Capella, Juan Ramón, *El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Barcelona, Ariel, p. 15.

¹³⁴ Hospers, John, *Introducción al análisis...*, cit., nota 100, p. 37.

¹³⁵ Searle, John, “How to Derive «Ought» from «Is»”, *The Philosophical Review*, 73, 1964.

¹³⁶ Scarpelli, Uberto, “Imperativi e asserzioni”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, año XXXVI, serie III, fascículo I-II, enero-abril de 1959, pp. 81-91.

mos que según las reglas de un determinado derecho, cuando alguien realiza una declaración unilateral de voluntad contrae la obligación de sostener su oferta durante un plazo de tres meses posteriores a haberla dado a conocer, con independencia de los perjuicios que dicho cumplimiento podría causarle. Si alguien emitiera la proposición: “Rodrigo ha hecho pública la declaración unilateral de voluntad por la cual se compromete a pagar 100,000 pesos a quien le devuelva su gato”, nos daría información suficiente para inferir: “Rodrigo debe pagar 100,000 pesos a quien devuelve su gato, si lo hace dentro de los próximos tres meses”.¹³⁷

Scarpelli coincide con Searle en que, en determinados casos, es posible derivar una proposición prescriptiva de una descriptiva. Sin embargo, para Scarpelli el caso de excepción no está en las proposiciones sobre hechos institucionales, sino en los casos en que la premisa es una ley trans-cultural. El ejemplo que nos proporciona es el siguiente:

Quien quiera que satisfaga las evaluaciones éticas
entiende que *a* sea bueno.
∴ *a* es bueno.¹³⁸

Sin ánimo de tomar partido por quienes defienden que la ley de Hume admite excepciones, creo que no todos los ejemplos de silogismos contruidos con proposiciones descriptivas de los que se pretende obtener conclusiones prescriptivas, son fácilmente refutables. Considérese el siguiente:

Si haz de actuar conforme a tus creencias.
Crees que si alguien es tu enemigo, entonces debes amarlo.
Y crees que Ricardo es tu enemigo.
∴ Debes amar a Ricardo.

Además de los intentos reduccionistas y las críticas a la ley de Hume, existe una tercera manera en que la división del lenguaje en descriptivo y prescriptivo está siendo revisada. Sin embargo, en este caso los argumentos no van encaminados a determinar la manera en que proposiciones

¹³⁷ Guastini, Riccardo, “Variazioni su temi di Scarpelli”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, núm. 2, diciembre de 1982, p. 549.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 550.

descriptivas y prescriptivas se relacionan, sino al sentido que tiene la división misma. Dentro de esta postura podríamos ubicar a Wittgenstein, Austin y Searle.

La filosofía antidivisionista de Wittgenstein se ubicaría en la línea representada por sus *Investigaciones filosóficas* y *Los cuadernos azul y marrón*, correspondiendo concretamente a su concepto de juegos lingüísticos.¹³⁹ Según esta concepción, los usos del lenguaje son infinitos. Una misma palabra puede emplearse en un sinnúmero de contextos, y significará en cada uno algo completamente distinto. De esta manera, carece de sentido pretender anquilosar la riqueza del lenguaje en dos tipos de discurso.¹⁴⁰

La segunda crítica importante a la *Gran división* también proviene de Austin,¹⁴¹ es refinada por Searle¹⁴² y está íntimamente vinculada con las proposiciones constitutivas. Sin embargo, no se funda en el surgimiento de un nuevo tipo de proposición (al menos no directamente), sino en la multiplicidad de la fuerza ilocucionaria del lenguaje. En síntesis, para Austin, en toda preferencia se pueden distinguir tres actos: un acto locucionario, uno ilocucionario y otro perlocucionario. El primero consiste en la emisión de ciertos sonidos (acto fónico) que se corresponden con palabras de un cierto léxico (acto fáctico) dotadas de sentido y referencias (acto rético); el segundo consiste no en lo que decimos, sino en la acción que hacemos mediante el acto locucionario y el tercero es el efecto producido por los actos precedentes.

Para los fines perseguidos aquí, de momento sólo nos interesan los actos ilocucionarios. La idea de que diciendo ciertas cosas no sólo decimos, sino que, además, hacemos algo, puede explicarse en modo sencillo me-

¹³⁹ Véase Wittgenstein, Ludwig, *Los cuadernos azul y marrón*, cit., nota 3. Así mismo *Investigaciones filosóficas*, cit., nota 115.

¹⁴⁰ Véase Guastini Riccardo, *Variazioni su temi di Scarpelli*, cit., nota 137, p. 547.

¹⁴¹ La obra por excelencia sobre las preferencias realizativas es: Austin, John, *Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con las palabras*, J. O. Ursom (comp.), trad. de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, Buenos Aires, 1971. También es relevante del mismo autor: "Emisiones relativas", en Ursom y Warnock (comps.), *Ensayos filosóficos*, trad. de Alfonso García Suárez, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1975.

¹⁴² Searle, John, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, London, Cambridge University Press, 1969. Existe versión castellana: Véase *Actos de habla*, trad. de Luis M. Valdés Villanueva, Madrid, Cátedra, 1980. Se recomienda especialmente el último capítulo. Sobre el mismo tema, véase Baratta, Alessandro, *Ricerche su 'essere' e 'dover essere' nell' esperanza normativa nella scienza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1968.

diante algunos ejemplos: cuando determinado sujeto dice —en circunstancias apropiadas— las palabras “te bautizo con el nombre de «Rodrigo Enrique Cáceres Gutiérrez»”, no sólo está diciendo esas palabras, sino que, al mismo tiempo, está haciendo algo: “bautizar a un niño con el nombre «Rodrigo Enrique Cáceres Gutiérrez»”. Cuando en una ceremonia nupcial la novia dice al sacerdote las palabras “Sí, acepto” no sólo está diciendo esas palabras, sino que, al mismo tiempo, está aceptando un cambio de *status* de soltera (o, en su caso, viuda o divorciada) a casada.

El acto ilocucionario es lo que se dice y el acto ilocucionario lo que se hace diciendo algo en circunstancias apropiadas. Así como las proposiciones descriptivas pueden ser evaluadas como verdaderas o falsas, las prescriptivas, como válidas o inválidas, y las proposiciones constitutivo-teoréticas como creídas o no creídas, las proposiciones performativas pueden serlo en términos de afortunadas o desafortunadas. Serán afortunadas si diciendo el acto locucionario efectivamente tiene lugar el acto ilocucionario, y serán desafortunadas en caso contrario. Las causas por las que una emisión realizativa puede ser desafortunada tienen que ver con la ausencia de algún elemento necesario para que el acto ilocucionario tenga lugar. Por ejemplo, que quien pronuncie las palabras “yo los declaro marido y mujer” no sea un sacerdote o, aunque lo sea, que las pronuncie en un día de campo y no en una ceremonia religiosa.

La crítica dirigida por Austin a la *gran división* consiste en refutar la posibilidad de dos únicas funciones lingüísticas (la descriptiva y la prescriptiva). Al lado de ésta se encuentra, por lo menos, una función *realizativa*. En una línea similar podríamos ubicar a Searle, quien a grandes rasgos sigue las mismas ideas expuestas por Austin.

VI. DELIMITACIÓN DEL ÁREA DE ARGUMENTACIÓN Y ESTIPULACIÓN DE ‘PROPOSICIÓN PRESCRIPTIVA’

Una vez apuntada la actual efervescencia teórica en torno a la clasificación de las proposiciones lingüísticas, estoy en condiciones de delimitar el terreno en que nos moveremos durante el resto del presente capítulo. Con independencia de la existencia de tendencias revisoras, centraré mi atención en las proposiciones prescriptivas entendiéndolas como un tipo de proposición autónomo e independiente caracterizado por las siguientes notas: 1) es un significado lingüístico (y no un significante); 2) su fun-

ción es dirigir la conducta humana (y no describir hechos, realizar acciones, generar esquemas de interpretación de hechos institucionales, transmitir estados de ánimo, solicitar información, ni crear realidades hermenéuticas), y 3) pueden ser evaluadas como válidas o inválidas (y no como verdaderas o falsas, creídas o no creídas, ni afortunadas o desafortunadas). La razón por la que me limito a este tipo de proposiciones obedece a que aquí consideraremos modelos teóricos sobre normas jurídicas tradicionales que están basadas en el esquema de la prescriptividad.

VII. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS PROPOSICIONES PRESCRIPTIVAS

Al lector que haya seguido atentamente la estrategia de exposición que he empleado hasta aquí no deberá sorprenderle que a continuación aluda primero a los problemas que conlleva la clasificación de las proposiciones prescriptivas, y después delimite el criterio conceptual que será seguido durante el resto del trabajo. Dicho en otras palabras: aquí agregaremos un eslabón más a la cadena de definiciones y estipulaciones con que pretendemos eliminar —en la medida de lo posible—, la ambigüedad en este trabajo.

Si centramos nuestra atención en los diferentes intentos de clasificación de las proposiciones prescriptivas, nos encontraremos con una absoluta falta de uniformidad, no sólo conceptual, sino, incluso, terminológica. Para Hare, por ejemplo, las proposiciones prescriptivas pueden ser clasificadas en dos grandes grupos, cada uno de los cuales admite subdivisiones: por una parte están los *imperativos* (que a su vez puedan ser singulares o universales) y por la otra, los *juicios de valor* (que a su vez se clasifican en morales y no morales).¹⁴³

De manera simplificada podemos decir que la distinción entre *imperativos* y *juicios de valor* estriba en que los primeros corresponden a exigencias de conducta que suelen ser expresadas mediante oraciones imperativas, mientras que los juicios de valor se caracterizan por el empleo de expresiones deónticas tales como ‘debido’, ‘prohibido’, ‘obligado’, etcétera.¹⁴⁴ Bobbio, por su parte, no considera a las proposiciones expresa-

143 Véase Hare, *El lenguaje de la moral*, cit., nota 118, p. 14.

144 Hospers, *Introducción al análisis...*, cit., nota 100, p. 168.

bles mediante verbos deónticos como tipos de proposiciones prescriptivas distintas de los imperativos “*non è detto del resto che la forma imperativa corrisponda sempre al modo verbale imperativo; vi sono altre forme grammaticali imperative come quella costituita dall’ausiario «dovere»: «Devi studiare»*”.¹⁴⁵

Para este autor, los imperativos pueden clasificarse atendiendo a distintos enfoques: 1) conforme a la relación entre sujeto emisor del imperativo y aquel a quien va dirigido, pueden ser autónomos y heterónomos, según suceda que quien pone el imperativo y quien debe cumplirlo sean la misma persona o personas distintas; 2) conforme a su estructura formal pueden ser imperativos categóricos o imperativos hipotéticos. Son del primer tipo los que no tienen una estructura condicional, por ejemplo: “¡haz los deberes!”. Son hipotéticos los que sí la tienen, por ejemplo: “si quieres ir al cielo, debes abstenerte de cometer pecados”.

Mientras que la estructura de la norma técnica es “si quieres Y, debes X”, la de la norma pragmática es “porque quieres Y, debes X”.¹⁴⁶

Por lo hasta aquí expuesto podría parecer que las proposiciones prescriptivas pueden reducirse simplemente a imperativos categóricos e imperativos hipotéticos. Esto implicaría sostener que toda proposición exige una conducta y, consecuentemente, impone una obligación.

Sin embargo, no todas las proposiciones prescriptivas pueden ser reducidas a imperativos y ni siquiera está totalmente fuera de duda que todos los imperativos sean proposiciones prescriptivas. Tal es el caso de las normas técnicas cuyo *fiat* prescriptivo es puesto en tela de juicio por diversos teóricos. A reserva de volver más adelante sobre este problema, y sólo a título provisional, he de explicar que la razón por la cual el carácter prescriptivo de las normas técnicas se ha puesto en entredicho obedece a que constituyen reformulación de proposiciones descriptivas. Por ejemplo, de la proposición descriptiva, “si al agua se le aplica una temperatura superior a los 100° C ebulle” se deriva la siguiente norma técnica: “si quieres que el agua ebulle, tienes que someterla a una temperatura superior a los 100° C”. Mientras que las proposiciones prescriptivas dan

¹⁴⁵ La forma imperativa no corresponde siempre al modo verbal imperativo; hay otras formas gramaticales imperativas como, por ejemplo, la constituida por el auxiliar «deber»: «Debes estudiar», Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica, cit.*, nota 70, p. 80.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 106.

cuenta de una relación orientadora de la conducta susceptible de ser inobservada, las normas técnicas son la reformulación de proposiciones que establecen relaciones de necesidad.¹⁴⁷

Además de los imperativos, son también proposiciones prescriptivas, por ejemplo: las súplicas, las sugerencias, las insinuaciones, las recomendaciones, las instrucciones, los consejos, las solicitudes, las peticiones, las reclamaciones, las indicaciones, las órdenes, las instancias, las autorizaciones, las exhortaciones, etcétera. Sin embargo, a pesar de que su importancia es ampliamente reconocida por los filósofos y lingüistas, se les ha prestado relativamente poca atención y se echa de menos un tratamiento sistemático. Obviamente una investigación sobre el papel que todos los tipos de prescripciones tienen en el derecho sería sumamente interesante. Desafortunadamente, un estudio de esas características no sólo sobrepasaría los límites de este trabajo, sino que además, presupone un marco de referencia de la lingüística o de la filosofía del lenguaje aún por construir.

Dadas las dificultades arriba apuntadas, las vías que se podrían intentar, para continuar con una exposición lo menos ambigua posible sobre la clasificación de las proposiciones prescriptivas, serían: 1) intentar una clasificación personal, o 2) aprovechar alguno de los trabajos hechos por una autoridad en la materia lo más próximo posible a una clasificación como la que necesitamos. Pese a lo que serían mis deseos, no estoy lo suficientemente capacitado para intentar una clasificación hecha “a medida”; he elegido la segunda opción, y el trabajo elegido es *La lógica de las normas* de Alf Ross. De exponerla sintéticamente me ocuparé a continuación. El paso siguiente será emplearla como “estante” en el cual acomodar algunos de los modelos normativos generados por diversas teorías jurídicas.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 107. Para quienes estén interesados en el tema de los imperativos, véase Mayo, Bernard, “Symposium: Varieties of Imperative, The Aristotelical Society”, *Supplementary*, vol. XXXI, Londres, 1957; Storer, “The Logic Value Imperative”, *Philosophy of Science*, vol. XIII, 1964, pp. 25 y ss.; Jørgensen, Jørgen, “Imperatives and Logic”, *Erkenntnis*, vol. 7, 1937, pp. 292 y ss.; Hare, R. M., “Imperative Sentences”, *Mind*, vol. 58, 1958. Ross, Alf, “Imperatives and Logic”, *Theoria*, 1941. En relación más directa con el tema de los imperativos y el derecho, véase Silvio, Pablo, “Sulla imperatività delle norme giuridiche”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm 1, enero-febrero de 1933; Opalek, Kazimiersz, “Directive discourse”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1974, pp. 227-245.

VIII. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PROPOSICIONES
PRESCRIPTIVAS SEGÚN ALF ROSS

Para Ross existen dos tipos de lenguaje: el que denomina ‘discurso indicativo’ y el denominado ‘discurso directivo’. El primero se caracteriza porque los temas de sus oraciones son pensados como *reales*,¹⁴⁸ al otro corresponden las oraciones cuyos temas son pensados como una idea acción.¹⁴⁹ Aunque sin coincidir absolutamente, la clasificación de Ross puede equipararse a la división que hace Hare entre lenguajes descriptivos y prescriptivos.¹⁵⁰ Sin embargo, hay que destacar que mientras Hare incluye a los juicios de valor como parte del discurso prescriptivo, Ross los excluye como parte del discurso directivo. Un punto de convergencia entre estos autores está en los llamados ‘frástico’ y ‘néustico’¹⁵¹ de Hare, y ‘tema’ y ‘operador’, de Ross.¹⁵² El frástico o tema es aquello que se piensa, mientras que el néustico u operador es el modo en que se piensa el tema, por ejemplo: en los enunciados “Pedro cierra la puerta” y “Pedro, ¡cierra la puerta!”, el tema es el mismo (Pedro cerrar la puerta); sin embargo, en ambos supuestos el tema está siendo pensado en forma diferente. En el primero, como algo que es descrito o que es real, mientras que en el segundo, como algo que habrá de hacerse o debe hacerse. Por último, antes de iniciar la exposición de la clasificación, debe destacarse que Ross también distingue entre forma o modo de expresión y fondo o significado. De hecho, inicia su exposición aludiendo a conceptos saussurianos.¹⁵³

Alf Ross divide los directivos en dos grandes grupos, cada uno de los cuales subdivide en especies, que en ocasiones admiten subdivisiones. Las dos grandes categorías son: 1) los directivos personales y 2) los directivos impersonales. Los primeros admiten tres especies: *a*) en interés del que habla, *b*) en interés del que escucha, y *c*) desinteresados. La primera especie (en interés del que habla) se subdivide en mandatos e invitaciones san-

148 Ross, Alf, *Lógica de las normas*, trad. de José Hierro, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 21-23.

149 *Ibidem*, pp. 41-43.

150 Hare, *El lenguaje de la moral*, *cit.*, nota 118, p. 169.

151 *Ibidem*, p. 106.

152 Ross, Alf, *Lógica de las normas*, *cit.*, nota 148, p. 41.

153 Al respecto, dice Ross: “Nuestra distinción entre lenguaje y discurso es la misma que la conocida distinción entre lenguaje y *parole*, que hizo el lingüista suizo Ferdinand de Saussure”. *Cfr.* Ross, Alf, *Lógica de las normas*, *cit.*, nota 148, p. 13.

cionados; mandatos e invitaciones de autoridad y peticiones condicionadas por la simpatía. La segunda especie (en interés del que escucha) comprende consejos, advertencias, reclamaciones, instrucciones, etcétera. La tercera especie se subdivide en exhortaciones y admoniciones.

Los segundos directivos de la gran división admiten tres especies que son: *a)* impersonales heterónomos o causimandatos; *b)* impersonales heterónimo-autónomos, y *c)* impersonales autónomos. La primera especie (cuasimandatos) comprende las reglas legales y las de la moral positiva, cortesía, etcétera. La segunda especie (las heterónimo-autónomas) comprende a las de los juegos y demás reglas fundadas en el acuerdo recíproco. La última especie (las autónomas) comprende las reglas y principios de la moral personal.

1. *Los directivos personales*

La característica de estos directivos es que describen una forma de conducta y evocan a los participantes y las circunstancias en que tiene lugar el proceso de comunicación en que surge el directivo.¹⁵⁴ De hecho, las divisiones y subdivisiones de los directivos personales obedecen a las distintas situaciones y motivaciones en que tienen lugar.

La nota más distintiva de los directivos personales es que “tienen un remitente y un receptor claramente definidos”.¹⁵⁵ El remitente (quien habla) es representado por A y el receptor (quien escucha) por B.

A. Los directivos en interés del que habla

Son dirigidos por A a B con la intención de que éste lleve a cabo un acto que de realizarse, satisfará los intereses de A.¹⁵⁶

a. Directivos sancionados

Pueden ser de dos tipos: mandatos e invitaciones sancionadas.

Los mandatos se caracterizan por que la fuerza del directivo es alentada mediante estímulos o motivaciones psicológicas positivas o ne-

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 44.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 45.

¹⁵⁶ *Idem*.

gativas. Para aludir a ambas motivaciones, Ross usa el término ‘sanción’: “El castigo y la recompensa, palancas con que los directivos sancionados operan, se llamarán colectivamente sanciones”.¹⁵⁷ La nota distintiva de estos directivos está en la severidad del castigo.

Las invitaciones sancionadas se distinguen de los mandatos sancionados en que sus sanciones son menos severas. “A medida que la sanción se hace menos severa o toma la forma de recompensa, ya no se habla de mandatos obligatorios o coactivos, sino de invitaciones bajo presión o tentación”.¹⁵⁸

b. Directivos de autoridad

Pueden ser de dos tipos: mandatos u órdenes e invitaciones de autoridad. A diferencia de lo que sucede con los mandatos e invitaciones sancionados, los mandatos e invitaciones de autoridad no se distinguen por la fuerza de ninguna consecuencia ante su cumplimiento o incumplimiento, sino por la fuerza del directivo y de la autoridad del emisor.¹⁵⁹

A diferencia de lo que sucede con los mandatos sancionados, la razón por la que el receptor ha de realizar la conducta contenida en el directivo no radica en un premio o castigo que lo motive, sino en su actitud de obedecer espontáneamente a A por considerarlo una autoridad. Sin esta actitud por parte de los miembros de una comunidad, no sería posible ni el derecho ni el Estado. “Ningún gobierno podría gobernar solamente por el miedo y el terror... La idea es que los sentimientos de validez y las desinteresadas actitudes de respeto hacia las instituciones establecidas son el fundamento mismo de toda vida políticamente organizada, del derecho y del Estado”.¹⁶⁰

c. Directivos condicionados por la simpatía

Su nota característica es que son emitidos por alguien que carece de autoridad o de fuerza sancionatoria. La fuente de motivación de A radica

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 46.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 47.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 48.

en la simpatía que pueda despertar en B. Dentro de esta categoría quedan incluidas “las peticiones, sugerencias, invitaciones, súplicas, ruegos”.¹⁶¹

B. Directivos personales en interés del que escucha

Se caracterizan porque la acción a que aluden, de ser llevada a cabo, favorece los intereses de B. No tienen por objeto generar una motivación en B, sino informarle sobre la acción que le es más conveniente llevar a cabo. A esta categoría pertenecen los consejos, advertencias, recomendaciones, instrucciones, peticiones, etcétera.¹⁶²

C. Directivos personales desinteresados

Son directivos cuya motivación no radica en ningún interés, sea a favor de A o de B, sino que presuponen la remisión a una norma o normas aceptadas tanto por A como por B.¹⁶³ Dentro de esta categoría quedan comprendidas las admoniciones o exhortaciones.

2. Directivos impersonales

A. Directivos impersonales heterónomos o causimandatos

Mientras que los directivos personales “presuponen necesariamente una persona que los emita y su efecto sobre el oyente depende de que hayan sido emitidos por esa persona particular”,¹⁶⁴ los impersonales heterónomos valen con independencia de haber sido emitidos por un sujeto o grupo de sujetos determinado. Su fuerza motivadora no depende del poder, autoridad o sabiduría de ningún individuo. Dentro de esta categoría quedan incluidas las reglas legales y las reglas convencionales de la moral positiva, cortesía o decencia.

Los mandatos y causimandatos presentan en común que su fuerza motivadora radica en una sanción, en la autoridad del emisor o en una mezcla

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 49.

¹⁶² *Ibidem*, p. 51.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 52.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 53.

de ambas cosas.¹⁶⁵ Se diferencian de ellos en que no derivan de una persona o grupo de personas, sino de un sistema impersonal de normas.¹⁶⁶

De los tipos de cuasimandatos presentan particular relevancia —para efectos de este trabajo— las normas legales. A diferencia de los demás directivos impersonales heterónomos, éstas originan instituciones creadoras de normas del sistema impersonal a que pertenecen y aplicadoras de sanciones fundadas en la fuerza física.¹⁶⁷ Las sanciones que siguen a la violación de normas de moral positiva o de trato social no incluyen el uso de la fuerza física sino, más bien, cosas como la desaprobación, el ridículo, el ostracismo, etcétera.¹⁶⁸

B. *Directivos impersonales heterónimo-autónomos*

Dentro de este tipo de directivos quedan incluidas las reglas de los juegos y regulaciones semejantes.

Ross distingue entre dos tipos de reglas: por un lado están las que llama *reglas regulativas*, cuya función es prescribir cómo ha de realizarse una acción preexistente a la regla, y por otro, las llamadas *reglas constitutivas*, cuya finalidad es prescribir cómo ha de llevarse a cabo una conducta que no podría realizarse sin la existencia de la regla. Ejemplo de la primera serían las reglas de un código de circulación que dice cómo hay que aparcar los automóviles, y ejemplo de las segundas serían las reglas del ajedrez.

Una nota distintiva de las reglas constitutivas o, en terminología de Ross, *directivos heterónimo-autónomos* es que presupone el acuerdo de los participantes y que no pueden ser violadas como los demás preceptos. En todo caso, no seguir la regla implicaría ya no jugar un juego.¹⁶⁹

Dentro de los ejemplos que Ross nos da de este tipo de reglas incluye normas jurídicas tales como las que crean testamentos, promesas, senten-

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 54.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 55.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 56.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 58.

cias, leyes, actos administrativos, etcétera. Duda en incluir otras, como cierto tipo de bailes, por ejemplo, el minué, o las recetas de cocina.¹⁷⁰

C. Directivos impersonales autónomos

Dentro de esta categoría, Ross incluye los directivos conforme a los cuales uno mismo orienta su conducta, *i. e.*, los de la moral personal o autónoma.¹⁷¹

IX. NORMAS O REGLAS JURÍDICAS Y MODELOS TEÓRICOS DE NORMAS O REGLAS JURÍDICAS

1. El lenguaje del derecho y el lenguaje de los juristas

Es posible distinguir entre dos tipos de lenguaje que tiene que ver con el derecho, a uno le podemos llamar “lenguaje del derecho” y al otro “lenguaje de los juristas”.

El primero se constituye por manifestaciones normativas externas provenientes de órganos creadores de reglas jurídicas, tales como los cuerpos legislativos y judiciales (incluyendo en estos términos a los de tipo administrativo). Estos órganos tienen su origen en reglas pertenecientes al mismo sistema al que revertirán las reglas por ellos generadas. Ejemplos concretos del lenguaje del derecho serían los diversos códigos, leyes, acuerdos, decretos, etcétera, publicados en los diarios o boletines oficiales y las sentencias judiciales. Es característico del lenguaje del derecho poder ser leído por cualquier hombre común.

El lenguaje de los juristas, por el contrario, es el conjunto de conceptos, definiciones, significados, clasificaciones, etcétera, que permite a los especialistas en derecho “ver” en el lenguaje del derecho cosas diferentes a las que ve el buen hombre de la calle; está constituido por un cúmulo de realidades hermenéuticas que hacen el papel de las teorías de los científicos. De la misma manera que un médico puede “ver” en una placa de radiografía algo distinto a lo que ve cualquier hombre normal, gracias al conocimiento de ciertas teorías, los juristas pueden “ver” en los códigos,

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 60.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 62.

leyes, etcétera, cosas distintas a lo que ve el hombre común, debido a la posesión de ciertas realidades hermenéuticas. Al igual que las teorías científicas, las realidades hermenéuticas son aprendidas deliberadamente, *i. e.*, son generadas artificialmente.

A diferencia de las teorías científicas, las realidades hermenéuticas no pueden ser convalidadas mediante la manipulación del mundo físico, pues sirven para manipular otro mundo: el de las teorías científicas tienen como materia prima proposiciones descriptivas que pueden ser verdaderas o falsas, las realidades hermenéuticas que son las teorías jurídicas, se constituyen de proposiciones constitutivo-teoréticas, que pueden ser creídas o no creídas. Son ejemplo de este tipo de proposiciones: “el derecho es lo que los funcionarios hacen respecto de las disputas”, “el derecho es el conjunto de profecías de lo que los tribunales harán”, “el derecho es la norma primaria que establece una sanción”,¹⁷² “el derecho es un sistema de reglas ónticas, deónticas y técnico-convencional”, etcétera.

Como puede verse, las proposiciones constitutivo-teoréticas suelen presentarse bajo la misma forma sintáctica que los enunciados observacionales de las ciencias exactas. Una característica especialmente importante de los criterios de evaluación de las proposiciones referidas (ser creídas o no creídas) es que, contrariamente a lo que podría suponerse, creer en una teoría no excluye creer en otra, aunque ambas expliquen aparentemente “lo mismo” de manera diferente.

Tal como hemos dicho, no hay teorías mejores o peores, verdaderas ni falsas, en el campo del derecho. Todas son igualmente plausibles y entre sí son, simplemente, distintas. Del “númeno” que son el derecho y los conceptos jurídicos, cada teoría es un fenómeno y cada fenómeno sólo es igual a sí mismo. No se olvide que empleando las mismas palabras se pueden decir cosas totalmente distintas, que los usos de cada expresión son infinitos y que cada significado es determinado por el contexto o sistema de significados en que se inserta.

2. *En el lenguaje de los juristas se incluyen las normas jurídicas*

Tal como hemos estipulado, el *lenguaje del derecho* es un lenguaje de enunciados. Como tal hace la función de texto susceptible de interpreta-

¹⁷² Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, México, Editora Nacional, 1980, p. 2.

ciones infinitas. Desde una perspectiva pragmática, el mismo artículo de un código civil puede ser objeto de miles de interpretaciones diferentes como consecuencia de haber sido puesto en contacto con miles de casos diferentes: “aun sabiendo perfectamente bien qué significa una expresión, puede surgir —y a menudo surgen— dudas acerca de la aplicabilidad a un caso o situación concreta dada”.¹⁷³

Desde una perspectiva semántica, un mismo enunciado jurídico suele tener un área de significado respecto del cual hay un consenso más o menos fuerte. Aunque normalmente se suele atribuir el calificativo de ‘norma’ a los significados determinados desde una perspectiva semántica,¹⁷⁴ no me parece un sinsentido hablar también de normas desde una perspectiva pragmática. Al significado o significados atribuibles a un enunciado normativo desde una perspectiva pragmática o semántica se les puede llamar ‘norma o regla jurídica’: “la distinción entre norma y formulación de la norma recuerda la distinción entre proposición y sentencia... Distinguiremos entre norma y formulación de norma. La formulación de la norma es el signo o símbolo (las palabras) usado al enunciar (formular) la norma”.¹⁷⁵

3. *Los modelos teóricos de norma o regla jurídica también pertenecen al lenguaje de los juristas*

‘Norma jurídica’ y ‘regla jurídica’, además de ser empleadas para aludir a las proposiciones resultantes de la interpretación de un enunciado normativo, suelen tener otro sentido en el campo de la teoría jurídica que también corresponde al lenguaje de los juristas (además del uso técnico de ‘regla de derecho’ acuñado por Kelsen). Con esas expresiones se suele aludir a los modelos teóricos acerca de lo que es una regla jurídica. Ejemplo de estos usos lo tenemos cuando Robles nos habla de “reglas ónticas”, “reglas deónticas” o “reglas técnico-convencionales”; cuando Hart nos habla de “reglas primarias y secundarias”; cuando Kelsen nos habla de “normas primarias”, etcétera. En todos estos casos se está alu-

¹⁷³ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Definiciones y normas”, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 439-463. Libro que compila diferentes artículos de los autores, uno de los cuales es el citado.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 17.

¹⁷⁵ Wright, G. H., *Norma y acción*, *cit.*, nota 77, p. 109.

diendo a construcciones conceptuales generadas por proposiciones constitutivo-teóricas, que de ser interiorizadas por un sujeto, le proporcionarán distintas realidades hermenéuticas, modelos de realidad jurídica o fenómenos (manifestaciones) de lo que pueda ser el “nómeno norma jurídica”.¹⁷⁶

Aunque estos modelos teóricos suelen ser concebidos como una constatación de algo que está más allá del sujeto cognoscente (a saber, las normas jurídicas) dicha concepción es revisable. Si desde una perspectiva teórica, las normas jurídicas son lo que los teóricos nos dicen que son y lo que podamos “ver” en el mundo como “normas jurídicas” está determinado por la teoría que adoptemos en un momento dado, no puede haber otra cosa sino las teorías mismas y lo que ellas nos permiten ver como normas.

Pretender sostener que, desde una perspectiva teórica, hay en el mundo algo distinto a la visión proporcionada por los modelos teóricos de las normas jurídicas y que esos “algo” sean las normas jurídicas equivale a afirmar que hay un mundo de color rojo independiente de la visión de un mundo “en rojo”, proporcionado por unas gafas con cristales rojos, a través de las cuales vemos el mundo en este color. Así como cambiando esas gafas por otras de color distinto veremos el mundo de un color diferente (el correspondiente a las nuevas gafas), “cambiando el esquema teórico acerca de las reglas” podremos ver en el mundo nuevas manifestaciones de “normas jurídicas”.

Entre las realidades hermenéuticas podemos distinguir dos tipos: 1) las no constitutivas de *types*, y 2) las constitutivas de *types*. Las primeras se caracterizan por ser realidades hermenéuticas puras, *i. e.*, por constituir arquetipos teóricos a partir de los cuales no puede ser interpretado como *token* ningún texto empíricamente perceptible, por ejemplo, la ley natural de Tomás de Aquino. Las segundas se caracterizan porque una vez “aceptados” han generado un *type* en la mente del sujeto cognoscente a partir del cual éste podrá “ver” ciertos *tokens* en determinado texto empírico. Son ejemplo de este tipo de realidades hermenéuticas, las generadas por las teorías de reglas de Kelsen, Hart, Robles, etcétera. Es por virtud de este tipo de teorías como puede ser confirmada la afirmación: “es la teoría la que

¹⁷⁶ Montserrat, Javier y Zaccagnini, José, “«Los modelos de realidad»: ¿Es posible la relación interdisciplinaria entre filosofía y psicología científica?”, *Pensamiento*, Madrid, núm. 158, vol. 40, abril-junio de 1984.

condicionará lo que veamos en el mundo y las teorías pueden ser intercambiadas para obtener distintos modelos de realidad”.

He podido comprobar esta tesis en el aula de clases de la siguiente manera: al entrar al curso de introducción al derecho, la mente de los alumnos es como un disquete de ordenador en blanco, después de haber expuesto la teoría kelseniana, según la cual el derecho se constituye sólo por un tipo de normas que son las primarias, he pedido a mis alumnos que busquen ejemplos de normas en el derecho positivo. Desde luego, ninguno encontró ninguna regla potestativa, ni una óntica, deóntica o técnico-convencional. Después de haber estudiado la teoría de Hart, según la cual el derecho es la unión de reglas primarias y secundarias, repito el ejercicio: el resultado es que los alumnos han visto cosas distintas en el mismo material en que habían buscado antes normas primarias en el sentido kelseniano. Por último, después de haber expuesto la tipología de Robles, los alumnos nuevamente demuestran haber podido encontrar nuevas reglas donde habían buscado antes; ahora han descubierto ejemplos de reglas ónticas creadoras de sujetos, espacios, tiempos y competencias, reglas técnico-convencionales y reglas deónticas.

El lenguaje del derecho ha sido el texto en que se han podido “ver” *tokens* distintos a partir de los *types* que los alumnos han ido cambiando a lo largo del curso. Sobra decir que en vez de haber reducido sus posibilidades cognitivas sobre las reglas a una sola teoría, cuentan ahora, por lo menos, con tres concepciones diferentes de las que echar mano según sus necesidades concretas en el ejercicio profesional o en la actividad teórica. En vez de quedarse con una y haber roto otras dos, los alumnos finalizan el curso con tres gafas de diferente color a través de las cuales pueden ver el mundo en tres colores según su elección.

En lo que sigue me referiré a distintos modelos teóricos de las “reglas jurídicas”. Dichos modelos pueden ser clasificados en dos grandes tipos: 1) modelos prescriptivistas y 2) modelos constitutivistas. Los primeros, a su vez, pueden ser monistas o pluralistas. Son monistas lo que consideran que el derecho está constituido por un solo tipo de proposiciones prescriptivas. Por ejemplo, Austin y el Kelsen de la primera edición de *La teoría pura*. Son prescriptivistas pluralistas las que consideran que el derecho está constituido por dos o más tipos de proposiciones prescriptivas. Por ejemplo, Hart (reglas primarias y secundarias) y Robles (reglas deónticas y reglas técnico-convencionales).

A continuación me referiré a los modelos prescriptivistas. La finalidad es meramente comparativa y, aunque en algunos momentos reproduzca algunas de las críticas dirigidas por otros teóricos a determinada concepción, no hay que olvidar que cualquier crítica a la teoría de otro teórico no es sino una crítica a nuestra interpretación de lo que ese teórico quiso decir. Por ejemplo, como se verá al analizar las críticas de Hart a su versión reforzada de la teoría de Austin, aquél sostiene que la posición de Austin es inconsistente, ya que cuando falta el soberano en una comunidad políticamente independiente, los ciudadanos siguen obedeciendo reglas.

En esta interpretación paradigmática parece subyacer el razonamiento siguiente: *a)* Austin sostiene que el derecho está constituido por mandatos emitidos por un soberano con poder y disposición para sancionar a quienes desobedezcan las órdenes; *b)* para que alguien sea soberano es imprescindible que sea habitualmente obedecido y que no obedezca a nadie; *c)* según el argumento de Austin, si muere el soberano, dado que no hay nadie más a quien obedecer, sus mandatos dejan de serlo, y *d)* sin embargo, vemos que en el mundo moderno, cuando un soberano muere, las reglas del sistema jurídico de la sociedad que gobernaba siguen siendo obedecidas. Por lo tanto, hay una contradicción entre lo que pretende explicar la teoría de Austin y la explicación misma.

Pero ¿cómo justifica Hart que de la afirmación de Austin, en el sentido de que un mandato, para serlo, debe ser emitido por un soberano, se puede seguir que Austin quiso afirmar implícitamente que a falta de soberano también faltarían los mandatos?, ¿acaso conforme a los usos normales del lenguaje no solemos usar la palabra ‘hábito’ para aludir a una conducta que seguimos realizando aunque haya desaparecido la motivación directa por la que la realizábamos?, ¿acaso es un sinsentido que mi vecino recién jubilado me comente que se ha quedado con el *hábito* de levantarse a las cinco de la mañana, como cuando trabajaba? Debo aclarar que no es mi intención poner en entredicho las críticas de Hart, que por otra parte, dentro de los fines explicativos de su teoría, me parecen excelentemente introducidas, lo único que pretendo es poner de manifiesto que siempre que hablamos de una teoría ajena, estamos hablando de nuestra versión de esa teoría y como la nuestra puede haber muchas versiones diferentes, igualmente plausibles. Quizá la gran cantidad de trabajos acerca de *La teoría pura del derecho*, tanto a favor como en contra, sea un buen ejemplo de lo que quiero decir.

La mejor prueba de que las teorías son las que determinan lo que vemos y no que descubrimos algo a partir de las teorías estará en el próximo capítulo, donde veremos cómo a partir de la aparición del concepto de regla constitutiva y su importación al campo de la teoría del derecho, se empiezan a ver reglas distintas donde se había visto anteriormente a través de gafas, con cristales prescriptivistas.

X. EL PRESCRIPTIVISMO MONISTA

Como he señalado, ‘prescriptivismo’ monista es el nombre genérico bajo el que englobo los diversos modelos teóricos sobre las reglas jurídicas, según los cuales el derecho está constituido por un solo tipo de proposiciones prescriptivas: *los imperativos, i. e.*, aquellas mediante las cuales una conducta es exigida. Desde luego, la nota de la exigibilidad no está presente en todas las prescripciones; no lo está, por ejemplo, en las súplicas, los ruegos, consejos, etcétera.

Entre los principales teóricos imperativistas podemos citar a Francesco Carnelutti: “*Con la fórmula della imperatività si vuol denotare che il comando è l’elemento infettibile dell’ordinamento giuridico o, in altre parole, il proddoto semplice o primo del diritto*”;¹⁷⁷ Giorgio del Vecchio: “*Importantissimo ed essenziale carattere della norma giuridica è l’imperatività. Non possiamo concepire una norma che non abbia carattere imperativo*”;¹⁷⁸ Augusto Thon: “El derecho interno de una sociedad no es otro que un complejo de imperativos”.¹⁷⁹ Quizá una de las razones por las que ha tenido tanto impacto la imperatividad en las concepciones sobre el derecho obedezca a que “la característica general más destacada del derecho es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en algún sentido”.¹⁸⁰ Aunque no todas las teorías imperativas comparten las notas de la estaticidad y la coercitividad, *i. e.*, no todas conciben al derecho como un producto del Estado cuyas exigencias estén siempre respaldadas por una sanción

¹⁷⁷ Francesco Carnelutti, citado por Bobbio, *Teoria della norma giuridica, cit.*, nota 70, p. 124.

¹⁷⁸ *Ibidem*, núm. 652.

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ Guibourg, “Hart y la escuela analítica inglesa”, *El lenguaje del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979, p. 92.

(Thon es sólo imperativista y Del Vecchio es imperativista y estatista),¹⁸¹ aquí nos ocuparemos de tres teorías que presentan las tres características: la teoría de Austin y las teorías de Kelsen sobre las normas jurídicas.

1. *El modelo normativista de John Austin*

A. *Ubicación del modelo austiniano de norma dentro de la clasificación de directivos de Alf Ross*

Si empleamos como marco de referencia la clasificación de los directivos de Alf Ross para ubicar, en relación con otras proposiciones prescriptivas, el tipo de proposiciones que según Austin integran al derecho, tendremos que colocarlas en la categoría de los directivos personales sancionados. Sólo habría que hacer dos salvedades: *a)* en Austin no encontramos elementos que permitan inferir que, para él, un mandato es emitido por un sujeto que quiere beneficiarse de la conducta de aquel a quien dirige el mandato y *b)* a diferencia de Ross, Austin rechaza que sea apropiado usar la expresión “sanción” para referirse a las recompensas.

B. *El concepto de la norma jurídica como mandato (propiedades necesarias y suficientes)*

a. La estructura del mandato

Para Austin: “Toda norma jurídica (*law*) es un mandato o, mejor, las normas son propiamente hablando, especies de mandatos”.¹⁸²

Dado que para Austin las normas jurídicas son especies de mandatos, se hace necesario ver qué es para éste un mandato, *i. e.*, el género al que pertenecen las normas jurídicas.

Al respecto decía Austin: “Si usted expresa o manifiesta el deseo de que yo haga o me abstenga de algún acto, y si me inflinge un daño en caso de que no satisfaga su deseo, entonces la expresión o manifestación de

¹⁸¹ Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica, cit.*, nota 70, p. 124.

¹⁸² Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970, p. 5.

su voluntad es un mandato”.¹⁸³ De esta definición y empleando parcialmente la simbología usada por Raz,¹⁸⁴ podemos inferir los elementos estructurales que para Austin constituyen un mandato:

- 1) Un sujeto “X”.
- 2) Un operador imperativo “!”.
- 3) Un acto a realizar por el sujeto “A”.
- 4) Una ocasión “C” en la que “x” habrá de realizar “A”.
- 5) Un operador lógico de conjunción “&”.
- 6) Un supuesto en que el sujeto “x”, no realiza el acto “A” en la ocasión “C”.
- 7) Un operador lógico condicional “→”.
- 8) Un consecuente consistente en la aplicabilidad de una sanción “π” al sujeto “x”.

La formulación completa sería: $x!A \text{ en } C \ \& \ \sim x A \text{ en } C \rightarrow x \pi$.

Como puede observarse, los mandatos de Austin son una especie de los imperativos, *i. e.*, son imperativos hipotéticos (que a su vez son un tipo de proposición prescriptiva o directivo). Si pertenecieran a la otra categoría de los imperativos, *i. e.*, a los categóricos, su formulación hubiera sido “ $x!A \text{ en } C$ ”.

Una nota importante en la concepción de Austin acerca del mandato es que ahí donde un mandato ha sido emitido, un deber ha sido impuesto: “Al estar expuesto a un daño por parte de usted si no me conformo con un deseo que usted expresa, me encuentro vinculado u obligado por su mandato o me encuentro bajo un deber de obedecerlo”.¹⁸⁵ Si simbolizamos deber con “O”, entonces podremos completar la formalización precedente de la siguiente manera:

$$x!A \text{ en } C \ \& \ \sim x A \text{ en } C \rightarrow x \pi = x O A \text{ en } C$$

O lo que es lo mismo: Exigir a “x” que realice el acto “A” en la condición “C”, so pena de ser sancionado en caso contrario, equivale a decir que “x” tiene el deber o la obligación de hacer “A” en la ocasión “C”.

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

¹⁸⁴ Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmoirán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 42.

¹⁸⁵ Austin, John, *The Province...*, *cit.*, nota 182, p. 6.

Es evidente que para Austin “mandato”, “deber” y “sanción” son términos complicados, es más, los considera en algún sentido sinónimos: “De todo lo dicho se infiere que “mandato”, “deber” y “sanción” son términos inseparablemente relacionados: “cada uno es el nombre de la misma noción”.¹⁸⁶

El elemento más importante en la definición de mandato de Austin, desde el punto de vista de su estructura formal, es la sanción: “El mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo, no por la forma en que se manifiesta, sino por el poder y el propósito de la parte que manda infligir un daño o pena, en caso de que el mandato no sea obedecido”.¹⁸⁷

Respecto de la sanción, Austin sostiene las siguientes tesis:

1) La sanción es “el daño que probablemente será aplicado en caso de que un mandato sea desobedecido”.¹⁸⁸

2) Para Austin, una expresión sinónima de sanción es “ejecución forzosa” (*enforcement of obedience*).¹⁸⁹

3) A pesar de que es normal asimilar la idea de sanción a la idea de castigo, este término es denotativamente más restringido que ‘sanción’.¹⁹⁰ Una de las razones que pudo haber tenido Austin para emitir esta opinión es que “castigo” es más connotativo de sufrimiento físico impuesto como consecuencia de haber realizado un mal irreparable. Por ejemplo, cuando a alguien se le priva de la libertad por haber cometido homicidio. En el ejemplo anterior, difícilmente diríamos que el homicida está siendo compelido a obedecer su obligación jurídica de abstenerse de privar de la vida a un semejante, pues la obligación ha sido infringida de manera irreparable. Sin embargo, sí diríamos que alguien está siendo obligado a cumplir con sus obligaciones cuando parte de sus bienes son puestos en remate para pagar, con el monto de la venta, una deuda incumplida. En conclusión y en concordancia con Austin, el significado del término “sanción” es más amplio que el de “castigo”.

4) El término “sanción” es empleado inapropiadamente para aludir a los estímulos positivos con que se pretende motivar una conducta *i. e.*,

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 9.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

¹⁸⁸ Páramo, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, prólogo de Gregorio Peces Barba, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 144.

¹⁸⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del...*, *cit.*, nota 6, p. 39.

¹⁹⁰ *Idem*.

rechaza las llamadas sanciones premiales o positivas: “hablar de mandatos y deberes sancionados... por premios o hablar de recompensas que obligan o que constriñen a obedecer es, ciertamente, alejarse mucho del significado establecido de los términos”.¹⁹¹ Con esta opinión Austin contradice a Bentham, quien tanta influencia tuvo en su pensamiento, cuya concepción “engloba tanto las “motivaciones coercitivas” como las “motivaciones seductoras”.¹⁹² En la misma línea se encuentra Alf Ross: “El castigo y la recompensa, palancas con que los directivos sancionados operan, se llamarán colectivamente sanciones”.¹⁹³

5) La severidad de la sanción es irrelevante a efectos de tener un mandato: “cuando existe la menor probabilidad de sufrir el daño más insignificante, la expresión de un deseo equivale a un mandato y por tanto, impone un deber. La sanción, si usted quiere, es débil o insuficiente, pero aún así, hay una sanción y por lo tanto un deber y un mandato”.¹⁹⁴

Con lo expuesto hasta aquí —*i. e.*, la estructura del mandato—, únicamente hemos dado cuenta de una propiedad necesaria, pero no suficiente para que, según Austin, pueda hablarse de un mandato. Además del requisito de la estructura de la proposición, exige otros requisitos, ya que en algunas circunstancias alguien podría emitir un enunciado que contuviera exactamente la misma estructura de un mandato sin ser mandato; por ejemplo, supongamos que un niño de seis años le dice a su padre: “llévame al cine o de lo contrario evitaré que salgas de casa en una semana”.

b. Propiedades no estructurales

Las demás propiedades necesarias para que una proposición con la estructura $x!A$ en C & $\sim x A$ en $C \rightarrow x \pi$, sea un mandato según Austin, se encuentran expuestas en el pasaje siguiente:

Un mandato se distingue de otras significaciones de deseo... por el poder y el propósito de la parte que manda de infligir un mal o daño en caso de que el deseo no sea satisfecho... un mandato, entonces, es la significación de un deseo, pero un mandato se distingue de otras manifestaciones del

191 Austin, John, *The Province...*, *cit.*, nota 182, p. 8.

192 Páramo, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y...*, *cit.*, nota 188, p. 145.

193 Ross, Alf, *Lógica de las normas*, *cit.*, nota 148, p. 46.

194 Raz, Joseph, *El concepto de sistema...*, *cit.*, nota 184, p. 32.

deseo por esta peculiaridad: que la parte a la cual el mandato se encuentra dirigido esté expuesta a un mal por parte de otra, en caso de que no cumpla con el deseo.¹⁹⁵

Las referidas propiedades son:

- 1) Un sujeto “A” desea que otro sujeto “B” se comporte de cierta manera.
- 2) “A” expresa su deseo.
- 3) “A” tiene la intención de causar un daño a “B” si su deseo no es satisfecho.
- 4) “A” tiene el poder suficiente como para, efectivamente, causar daño a “B”.
- 5) “A” ha expresado su intención de causar daño a “B” si su deseo no es satisfecho.
- 6) En el mandato se expresa el deseo (a) de “A” y su intención de dañar a “B” si éste no satisface su deseo (c).¹⁹⁶

C. *El modelo teórico de norma jurídica como mandato
(notas distintivas respecto a los mandatos generales)*

Una vez definidas las propiedades necesarias y suficientes para que una proposición prescriptiva sea un mandato, Austin define los mandatos jurídicos como una especie del género mandatos. La razón de esto estriba en que puede haber muchos mandatos que satisfaciendo las características apuntadas no sean mandatos jurídicos, por ejemplo, la preferencia hecha por un asaltante a su víctima en los siguientes términos: “entregame tus pertenencias o de lo contrario te lesionaré con este puñal”.

Las diferencias específicas que permiten distinguir los mandatos jurídicos de los demás son introducidas por Austin, tanto en el contenido semántico que habrá de corresponder a la estructura del mandato como en los requisitos no estructurales.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 30.

¹⁹⁶ Páramo, Juan Ramón, *cit.*, nota 188, p. 153.

a. Contenido semántico de la norma jurídica

La nota semántica distintiva se encuentra en el acto que el emisor del mandato desea sea llevado a cabo. Los mandatos jurídicos, a diferencia de todos los demás, contienen clases de actos y no actos particulares:

A través de todo mandato la parte a la que es dirigido se encuentra obligada a hacer u omitir... Ahora bien, cuando obliga generalmente actos u omisiones de una clase, el mandato es una norma jurídica (*law or rule*). Pero cuando obliga a una acción u omisión específica... el mandato es ocasional o particular... Una norma jurídica es un mandato que obliga a una o varias personas. Pero a diferencia o en oposición a los mandatos ocasionales o particulares, una norma jurídica es un mandato que obliga... generalmente actos u omisiones de cierta clase.¹⁹⁷

Para Austin, esta idea de la generalidad es fundamental, como se refleja en el pasaje siguiente:

Si usted ordena a su sirviente ir a un cierto mandado o no dejar la casa cierta noche... el mandato es ocasional o particular... Pero si usted le ordena simplemente, levantarse a tal hora o levantarse siempre a tal hora hasta nuevas órdenes, puede decirse con propiedad, que usted establece una regla para guiar el comportamiento de su sirviente, puesto que ningún acto específico es señalado por el mandato, sino que el mandato le obliga generalmente a actos u omisiones de determinada clase.¹⁹⁸

Contrariamente a lo que muchos autores opinan, para Austin las normas jurídicas se caracterizan por la generalidad en los actos y no por contener clases de sujetos.¹⁹⁹

b. La nulidad como sanción

También en relación con la estructura de la norma jurídica, Austin hace interesantes consideraciones respecto de la nulidad como sanción. Al igual que los demás mandatos, la sanción es elemento fundamental de las

¹⁹⁷ Austin, John, *The Province...*, *cit.*, nota 182, pp. 11 y 12.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 11.

¹⁹⁹ *Idem*.

normas jurídicas; sin embargo, dentro del concepto de sanción jurídica, Austin incluye un concepto que no podría ser introducido en otros tipos de mandatos: la nulidad. En palabras del mismo Austin: “las disposiciones jurídicas son algunas veces sancionadas por nulidades”.²⁰⁰

Estrechamente vinculada con la estructura de los mandatos jurídicos se encuentra la opinión de Austin, respecto de lo que aparentemente podrían ser normas jurídicas no obstante no ser mandatos: las reglas que crean derechos subjetivos y las reglas consuetudinarias.

Austin se refiere a las reglas que crean derechos subjetivos: “Existen normas jurídicas (*laws*) que, podría decirse, meramente crean derechos subjetivos: y viendo que todo mandato impone un deber, las normas jurídicas (*laws*) de este tipo (parecería) no son imperativas”.²⁰¹ Su respuesta a este problema es que las normas creadoras de derechos subjetivos, en realidad son creadoras de deberes de manera indirecta, ya que ahí donde hay un derecho subjetivo un deber correlativo es creado, lo cual no vale formulado a la inversa: “toda norma jurídica (*law*) que efectivamente confiera un derecho impone expresa o tácitamente, un deber relativo o un deber correlativo al derecho... Toda norma jurídica (*law*) que efectivamente confiere un derecho es, por tanto, imperativa”.²⁰²

El segundo tipo de reglas jurídicas que aparentemente podrían no parecer imperativas son las normas consuetudinarias que, en principio, parecería que no tienen su origen en un emisor determinado (el soberano). La respuesta de Austin a este problema es que estas reglas, aunque originalmente son normas de moral positiva, cuando son aplicadas por los órganos judiciales automáticamente cambian su *status* a normas jurídicas. La razón de esto se encuentra en que dichos órganos son depositarios de una delegación de poder por parte del emisor del mandato (el soberano), quien acepta tácitamente esa regla. De esta manera, también esas reglas tienen su origen en un emisor determinado:

cuando las costumbres son transformadas en normas jurídicas por decisión de los jueces los cuales son súbditos, las normas jurídicas que emergen de las costumbres son mandatos tácitos del cuerpo legislativo soberano. El Estado, el cual puede abolirlo, permite a sus ministros ejecutarlas: y por

200 Raz, Joseph, *El concepto de sistema...*, cit., nota 184, p. 41.

201 Austin, John, *The Province...*, cit., nota 182, p. 21.

202 *Idem*.

tanto, expresa su asentimiento, su aquiescencia voluntaria (que sirva como derecho al gobierno).²⁰³

Un buen ejemplo de lo que quiere decirse al sostener que las normas consuetudinarias son imperativos generados en forma implícita es proporcionado por Hart:

Un ejemplo militar puede dar a la idea de “orden tácita” toda la claridad que ella puede llegar a tener. Un sargento que regularmente obedece a sus superiores, ordena a sus hombres hacer ciertos ejercicios y los castiga cuando lo desobedecen. El general, enterado de esto, permite que las cosas continúen, aunque si él hubiera ordenado al sargento que cesaran los ejercicios habría sido obedecido. En tales circunstancias puede considerarse que el general ha expresado tácitamente su voluntad de que los hombres cumplan con la rutina. Su no interferencia, pudiendo haber interferido, es un sustituto silencioso de las palabras que podría haber usado para ordenar los ejercicios.²⁰⁴

c. Propiedades metalógicas de la norma jurídica

Además de las especificaciones introducidas en el contenido del mandato general para obtener el mandato jurídico y de la reducción de posibles normas no imperativas al modelo imperativo, Austin introduce nuevos elementos en las propiedades no estructurales de la norma jurídica.

1) *El emisor del mandato: el soberano*. El origen del mandato jurídico no se encuentra en cualquier persona que desee que otro sujeto se comporte de cierta manera, exprese ese deseo, pretenda causar un daño al sujeto a quien va dirigido el mandato en caso de que éste no satisfaga sus deseos, tenga el poder de aplicar el castigo en cuestión, haya expresado su intención de castigar al destinatario del mandato, o en el mandato que emite vayan contenidos su deseo e intención. El origen de los mandatos jurídicos se encuentra en un tipo especial de emisor: el soberano. Dicho en otros términos, que un mandato haya sido emitido por un soberano es una condición necesaria para que ese mandato sea jurídico. Además, el soberano no tiene por qué identificarse con una persona, ya que puede ser un cuerpo colegiado: “Toda norma (jurídica) positiva o toda norma (jurídica) simple

²⁰³ *Ibidem*, p. 24.

²⁰⁴ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 172, p. 58.

y estrictamente así llamada, es establecida por una persona soberana o un cuerpo soberano de personas”.²⁰⁵ Las propiedades necesarias y suficientes para que el emisor de un mandato sea un soberano son: *a)* ser habitualmente obedecido; *b)* ser obedecido por los miembros de una comunidad política independiente, y *c)* no obedecer habitualmente a nadie.

Para Austin las características de la soberanía son:

- 1) No es subordinada, *i. e.*, no es conferida ni por una norma jurídica ni puede ser revocado jurídicamente.
 - 2) Ilimitada. Lo que quiere decir que su poder legislativo es ilimitado y que no puede estar sometido a deberes jurídicos en el ejercicio de su poder legislativo.
 - 3) Única. Para todo sistema jurídico hay uno y sólo un Poder Legislativo.
 - 4) Unitaria. Se encuentra concentrada en una persona o grupo de personas.²⁰⁶
- 2) *El destinatario del mandato: el súbdito.* Éstos deben constituir una sociedad política independiente, *i. e.*, no cualquier conglomerado puede ser considerado el destinatario de un mandato jurídico:

La superioridad que caracterizo como soberanía y la sociedad política independiente que la soberanía implica, se distinguen de otra superioridad y de otra sociedad por los siguientes rasgos: el grueso de la sociedad dada se encuentra en un hábito de obediencia o sumisión a determinado superior común: sea este superior común una persona o un determinado cuerpo o agregado de personas... que tal individuo o... cuerpo de individuos no se encuentre en hábito de obediencia a un determinado superior.²⁰⁷

Una sociedad es una sociedad política (y no un mero conglomerado) si y sólo si el grueso de sus integrantes se encuentra en hábito de obediencia respecto de un soberano común.²⁰⁸

Una vez determinado el concepto de norma jurídica en Austin estamos en posibilidad de determinar algunos otros aspectos de su teoría de las reglas, a saber, cuáles son los criterios de membresía y de existencia de una norma jurídica.

²⁰⁵ Austin, John, *The Province...*, *cit.*, nota 182, p. 169.

²⁰⁶ Raz, Joseph, *El concepto de sistema...*, *cit.*, nota 184, p. 26.

²⁰⁷ Austin, John, *The Province...*, *cit.*, nota 182, p. 170.

²⁰⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia...*, *cit.*, nota 6, p. 45.

D. *Criterios de membresía de las normas a los sistemas jurídicos*

Una norma jurídica pertenece a un sistema jurídico determinado “A” y no a otro “B”, cuando ella ha sido emitida por el soberano que emite las reglas del sistema “A” y no del sistema “B”.²⁰⁹ Desde luego, este criterio es consecuencia del criterio de identidad de todo sistema jurídico. Según Austin, un sistema jurídico se integra por todas las normas jurídicas emitidas por un mismo soberano.

E. *Criterios de existencia de las normas jurídicas*

Una norma jurídica existe si y sólo si es emitida por una persona o grupo de personas que efectivamente, es (o son) habitualmente obedecidas por el grueso de una comunidad política independiente y, además, no obedece habitualmente a nadie.²¹⁰

F. *Críticas al modelo teórico austiniano*

Como es sabido, muchas han sido las objeciones hechas, fundamentalmente por Hart, a la teoría expuesta. Dichas críticas se pueden clasificar en dos grupos en función del blanco que buscan impactar: *a)* unas son de naturaleza lógica y debaten la tesis según la cual el modelo de las reglas jurídicas con estructura $x! A \text{ en } C \ \& \ \sim x A \text{ en } C \rightarrow x \pi$ es suficiente para explicar satisfactoriamente todas las reglas que integran un sistema jurídico; *b)* otras se dirigen a la teoría del soberano (propiedad metalógica del concepto austiano de mandato jurídico). Como el primer tipo de críticas puede ser extensible no sólo al modelo de Austin sino, en algún sentido, también al de Kelsen, reservaré su exposición para después. Aquí expondré sucintamente el segundo tipo de críticas con la finalidad de permitir comprender en qué sentido la teoría de las normas de Kelsen puede considerarse superior a la de Austin al no podersele imputar a aquél las críticas que se han esgrimido contra éste.

Las críticas a las propiedades no estructurales del modelo austiniano de mandato jurídico se pueden resumir en tres tesis:

²⁰⁹ Raz, Joseph, *El concepto de sistema...*, *cit.*, nota 184, p. 23.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 24.

1) No explica la persistencia del derecho. Sosteniendo que un mandato jurídico (norma jurídica) existe si y sólo si quien lo emite es un soberano, quedan sin explicación aquellos supuestos en que, ya no siendo posible que ese soberano siga siendo obedecido, los mandatos por él emitidos (a los que no dudaríamos en denominar “normas jurídicas”) siguen siendo obedecidos. El ejemplo ofrecido por Hart es el siguiente:

En 1944 una mujer fue procesada y condenada en Inglaterra por decir la suerte en violación de la *Witchcraft Act* de 1735. Éste no es más que un ejemplo pintoresco de un fenómeno jurídico muy familiar: una ley dictada hace siglos puede ser derecho hoy todavía... ¿cómo es posible que el derecho creado por un legislador antiguo, ya desaparecido, sea todavía derecho para una sociedad de la que no puede decirse que lo obedezca habitualmente?²¹¹

2) El concepto austiniano de soberanía no es el único posible y, en todo caso, puede no ser el más conveniente. Al lado de la concepción de soberanía de Austin, según la cual ésta es una propiedad predicable de una persona o un grupo de personas, existe otra concepción alternativa, también de la soberanía, que corresponde más a las intuiciones jurídicas de esta noción: la idea de que la soberanía radica en el pueblo y que los gobernantes no son sino mandatarios del soberano. La concepción de Austin deja sin explicar los sistemas jurídicos de los Estados democráticos:

la identificación del soberano con el electorado no tiene ninguna plausibilidad, a menos que acordemos a “hábito de obediencia” y “persona o personas” un significado completamente distinto del que recibían en el caso simple (la versión construida por Hart sobre la teoría de Austin) y que sólo puede aclararse si se introduce en forma subrepticia la noción de una regla aceptada. El esquema simple de hábitos de obediencia y órdenes no basta para ello.²¹²

3) La concepción de soberanía como jurídicamente ilimitada es contraintuitiva si tenemos en mente un Estado moderno en el que las autoridades detentadoras del poder político están jurídicamente limitadas.

Sosteniendo que una de las características de la soberanía es no estar limitada jurídicamente, Austin proporciona una explicación que resulta

²¹¹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 172, p. 77.

²¹² *Ibidem*, p. 93.

contraintuitiva si tenemos en mente un derecho moderno en el que las facultades de los funcionarios detentadores del poder político están limitadas por reglas que determinan incompetencias:

la concepción del soberano jurídicamente ilimitado desfigura el carácter del derecho en muchos Estados modernos en los que nadie cuestionaría que hay derecho. Aquí tenemos legislaturas, pero muchas veces la potestad legislativa suprema dentro del sistema está muy lejos de ser ilimitada. Una Constitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura... al excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa imponerle limitaciones de fondo.²¹³

Otra manera importante en que las reglas jurídicas imponen restricciones a las autoridades detentadoras del poder político es a través de ciertas reglas que difícilmente podrían explicarse como mandatos. Estas reglas se caracterizan por la imposición de una serie de requisitos para que algo pueda ser jurídicamente válido:

A diferencia del desprecio a la opinión popular o a las convicciones morales de la población, opinión o convicciones que Rex podría a menudo respetar aun en contra de sus deseos, el no acatamiento de estas restricciones específicas haría que su legislación fuese nula. Los tribunales se ocuparían de ellas, en consecuencia, en forma distinta a como lo harían respecto de otros límites simplemente morales o de facto impuestos al ejercicio de la potestad del legislador.²¹⁴

4) Omitiendo de las propiedades definitorias del concepto de soberano el que éste sea determinado conforme a ciertas reglas jurídicas, Austin proporciona una explicación poco satisfactoria para el campo jurídico, ya que en todos los Estados modernos alguien es autoridad (o soberano) sólo si ha cumplido ciertos requisitos establecidos por reglas jurídicas,

sólo necesitamos advertir que en algunos casos, aún antes de que un legislador haya comenzado a legislar, puede resultar claro que existe una regla firmemente establecida que le otorga, como miembro de una clase o línea de personas, el derecho a hacerlo cuando llegue el momento... la persona cuya palabra ha de ser obedecida no es únicamente el individuo Rex I, si-

²¹³ *Ibidem*, p. 85.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 86.

no aquella que reúna ciertas cualidades, por ejemplo, la de ser descendiente mayor en la línea directa de un antepasado. Rex I no es más que la persona con esas condiciones en un momento determinado.²¹⁵

Una de las consecuencias de ignorar que ser soberano presupone una regla que determine en qué circunstancias alguien es soberano, es que Austin no explica satisfactoriamente cómo se lleva a cabo la sucesión de un soberano a otro:

Supongamos ahora que al cabo de un feliz reinado, Rex muere y deja un hijo Rex II, que comienza entonces a dictar órdenes generales. El mero hecho de que haya existido un hábito de obediencia a Rex I en vida de éste, no basta por sí, para hacer siquiera probable que Rex II será habitualmente obedecido... No hay todavía un hábito establecido frente a Rex II. Tendremos que esperar y ver si hay tal obediencia a Rex II, como la había respecto de su padre... Nada hay que lo haga soberano desde el comienzo.²¹⁶

5) Establecer (al igual que Austin) como propiedad necesaria de un mandato jurídico que éste sea habitualmente obedecido, implica sostener que todo mandato o norma jurídica necesita ser conocida por los destinatarios. Esta explicación es contraintuitiva si se tiene en mente un derecho moderno en el que gran número de normas sólo son conocidas por ciertos funcionarios: “en un Estado moderno sería absurdo pensar que la masa de la población, por respetuosa de la ley que sea, tiene conciencia clara de las reglas que especifican los requisitos para integrar un cuerpo de personas en continuo cambio, facultado para legislar”.²¹⁷

2. *El prescriptivismo monista en La teoría pura del derecho*

A. *Ubicación de los modelos kelsenianos de norma dentro de la clasificación de directivos de Alf Ross*

Parece un campo común en las interpretaciones de *La teoría pura del derecho* afirmar que, según Kelsen, las normas jurídicas son proposicio-

²¹⁵ *Ibidem*, p. 73.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 67.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 75.

nes integradas por un supuesto o antecedente (conducta ilícita) y una consecuencia o sanción que debe ser aplicada a quien cometa el hecho antijurídico: “según Kelsen, una norma jurídica es la que prescribe una sanción jurídica”.²¹⁸ Este deber constituye la expresión de un nexo de imputación que tiene sentido con independencia de si en el mundo de los hechos ocurre que, efectivamente, ante el acontecimiento de que alguien haya incurrido en una conducta ilícita, le sea aplicada o no la sanción.

De adherirnos a esa interpretación, podríamos destacar algunas complicaciones al interior de la teoría pura. Por ejemplo: si es cierto que, según Kelsen, toda norma jurídica puede ser definida en función de presentar como propiedad necesaria una sanción que es consecuencia de la realización de una conducta ilícita, entonces incurre en autocontradicción teórica al incluir en el concepto normas que imponen actos coactivos que no son sanción. Esto sucede en la segunda edición, donde puede leerse:

En la línea evolutiva, en especial en la línea que va del Estado judicial al Estado administrativo, se amplía también el círculo de los hechos convertidos en condición de actos coactivos, en cuanto se incorporan a ellos no sólo acciones y omisiones humanas socialmente indeseadas, sino también otros hechos que no tienen características de hechos ilícitos... Por sus circunstancias externas, todos esos actos exhiben la misma privación coactiva de la vida, la libertad y la propiedad, que muestran sanciones como la pena capital, la pena de prisión o la ejecución civil. De esas sanciones se distinguen, como se ha sugerido ya, sólo en cuanto se trata de actos de coacción que no están ligados, como consecuencia a una acción determinada jurídicamente establecida, y socialmente indeseada, de seres humanos determinados en cuanto no tienen como condición un acto ilícito o delito, cometido por un hombre determinado y jurídicamente comprobado.²¹⁹

Como resulta evidente, el cambio introducido tiene consecuencias interesantes respecto del concepto original de sanción, tal como reconoce el mismo Kelsen:

si se extiende en este sentido el concepto de sanción, ya no estará conectado con el de consecuencia de un ilícito... Si se adopta este sentido amplísimo

218 Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, cit., nota 2, p. 82.

219 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., cit., nota 79, p. 53.

del concepto de sanción, corresponderá formular entonces la noción de monopolio de la coacción por la comunidad jurídica en una alternativa: la coacción del hombre por el hombre es, o bien un delito o bien una sanción (donde, por sobre todo, por sanción no ha de entenderse sólo la reacción frente a un delito, es decir, frente a una conducta humana determinada, sino también la reacción ante otras circunstancias objetivas socialmente indeseadas).²²⁰ Como puede verse, el nuevo concepto presenta el grave inconveniente, respecto del antiguo, de recurrir a un concepto a-jurídico como criterio de definición: el de reacción ante circunstancias objetivas socialmente indeseadas. Un ejemplo de sanción en el sentido apuntado sería la reclusión de enfermos mentales en centros psiquiátricos (estar loco no puede considerarse un hecho ilícito, ya que no es una acción, sino un estado).²²¹

Dado que no es objeto de este trabajo realizar un examen concienzudo del pensamiento kelseniano, nos acogeremos a la opinión general. Desde ésta, el tipo de directivo en el que quedaría englobado el modelo de normas jurídicas de Kelsen, según Alf Ross, sería el de directivos impersonales sancionados, con la salvedad de que para el jefe de la Escuela de Viena, las sanciones jurídicas no son premiales.

B. *La norma jurídica como imperativo sin imperator*

Como hemos visto, el hecho de que un mandato sea emitido por un soberano es una de las propiedades necesarias para que un mandato sea una norma jurídica en la teoría de Austin. Esta concepción dio lugar a la serie de críticas a que hicimos alusión.

A diferencia de Austin, Kelsen construye su teoría sin recurrir al elemento personal como nota necesaria para definir una norma jurídica. De esta manera las críticas dirigidas contra el requisito del soberano de la teoría austiniana no pueden dirigirse a la teoría de Kelsen. En este aspecto, la segunda puede ser considerada mejor teoría que la primera.

Entre las múltiples razones que hicieron posible la diferencia señalada, seguramente se encuentra el hecho de que Austin y Kelsen fueron formados en paradigmas filosóficos distintos. Mientras el primero seguía el

²²⁰ *Ibidem*, p. 55.

²²¹ *Ibidem*, p. 53.

pensamiento de Bentham, el segundo siguió el de Kant. Así, puede leerse en Páramo:

La concepción que Austin tiene del derecho se puede enmarcar dentro de la tradición positivista inglesa, tradición que, como hemos visto, concibe al derecho como un mandato. Austin sistematiza y ordena, aunque muchas veces de forma rígida, siguiendo e impulsando la metodología de la jurisprudencia analítica de clarificación y ordenación de las nociones jurídicas fundamentales, así como sus interconexiones lógicas, todo el legado jurídico que Bentham dejó, legado —por otra parte— mucho más rico y flexible.²²²

El mismo autor, en otra parte: “Para Bentham, el concepto de ley implica la autoridad de un soberano para respaldarla... Refiriéndose a los mandatos emitidos por distintos profesionales en relación a sus subordinados, Bentham dice: «tanto en unos casos como en otros la empresa de hacerlos cumplir por la fuerza es privativa en último término del soberano»”.²²³

Sobre la formación kantiana de Hans Kelsen podemos dar fe con palabras del profesor Bobbio: “*Kelsen a una convergencia significativa... con il neo-kantismo della scuola di Marburgo. Ancora oggi Kelsen passa per un neokantiano, anche se il nome di Herman Cohen non è citato neppure una volta nella seconda edizione della Reine Rechtslehre*”.²²⁴

En el mismo sentido se pronuncia Juan Carlos Smith: “la obra de Kelsen se enmarca centralmente en los lineamientos generales del neokantismo de Marburgo, que constituyeron sin duda la base de todos sus desarrollos”.²²⁵ Para efectos de la superación del requisito del elemento personal como criterio definitorio de las normas jurídicas, la influencia de Kant puede resumirse a un traslado de la noción del yo trascendental al campo del conocimiento jurídico bajo la forma de la norma funda-

²²² Páramo, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría...*, cit., nota 188, p. 141.

²²³ *Ibidem*, p. 140.

²²⁴ “Kelsen tiene una convergencia significativa con el neokantismo de Marburgo. Aún hoy Kelsen pasa por un neokantiano, aunque el nombre de Herman Cohen no es citado ni una vez en la segunda edición de *La teoría pura del derecho*”. Bobbio, Norberto, “Hans Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo de 1973, pp. 425-449.

²²⁵ Smith, Juan Carlos, “Kelsen y *La teoría pura del derecho* frente a nuestra tesis sobre la ciencia jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 43.

mental o *Grundnorm*: “no es difícil darse cuenta de que la norma fundamental de Kelsen significa para el derecho (y para la teoría jurídica), lo mismo que el yo trascendental kantiano para el conocimiento de la realidad, esto es, para la física”.²²⁶ En efecto, la norma fundamental es el principio unificador de los datos de la experiencia jurídica que hace posible la construcción del objeto de conocimiento mediante la organización del “caos de los datos sensibles”.²²⁷

Expresamente, Kelsen descarta el elemento personal cuando en la primera edición de *La teoría pura* dice: “la norma como específico substrato de sentido, es cosa distinta del acto psíquico en que es querida o representada”.²²⁸ Que Kelsen tuvo en mente la superación de Austin al construir su concepto de norma como proposiciones despsicologizadas lo pone de manifiesto Esquivel, quien nos dice:

Al comentar acerca de la norma jurídica Kelsen quiere refutar la tesis de Austin que define a la norma como mandato. Mostrando los inconvenientes de introducir elementos psicológicos, característicos de la definición austiniana, concluye Kelsen que la norma es, en todo caso un mandato despsicologizado, ya que el concepto de norma no implica la presencia de un querer psicológico.²²⁹

Recasens también resalta la importancia de la concepción kelseniana: “Una de las consecuencias más importantes que trae consigo la tesis de la pureza del método jurídico, es la de alejar de la jurisprudencia la noción psicológica de voluntad, porque ésta constituye un elemento perteneciente al reino del ser, de la naturaleza”.²³⁰ No está de más recordar la importancia que para este autor tiene la dicotomía insoluble entre ser y deber ser, tal como lo hace notar su discípulo Verdross:

²²⁶ *Idem.*

²²⁷ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, cit., nota 79, p. 85.

²²⁸ *Ibidem*, p. 44.

²²⁹ Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, p. 44.

²³⁰ Kelsen, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, trad. de Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1970, p. 31.

Desde su primer libro *Problemas fundamentales de la teoría del derecho y del Estado*, publicado en ese mismo 1911, Kelsen tomó como punto de partida de su sistema la radical separación entre ser y deber ser: las ciencias del ser son las disciplinas causales, que proporcionan una explicación genética de los fenómenos, los que, a su vez, son presentados dentro de una cadena de causas y efectos. A estas disciplinas se oponen las ciencias normativas, cuyo objeto ya no es el ser, sino el deber ser. La ciencia del derecho queda comprendida en este segundo grupo.²³¹

Desde luego, no es que Kelsen trate de decir que no tiene sentido sostener que las normas jurídicas tienen su origen en una voluntad, sino simplemente que esas consideraciones no entran dentro del objeto de conocimiento del derecho (entendiendo objeto de conocimiento en sentido kantiano). “En otras palabras, es cierto que toda norma jurídica proviene de un acto humano de voluntad y que éste es condición necesaria para su existencia; pero una vez que la norma existe, la existencia de dicho acto deja de ser necesaria”.²³² El argumento fuerte que Kelsen esgrime acerca de la superioridad teórica de no hacer depender la definición de las normas jurídicas de actos de voluntad estriba en sostener que ser soberano presupone necesariamente una norma: En palabras de Bobbio:

El elemento que diferencia la relación definida como poder estatal (*Staatsgewalt*) de las otras relaciones de poder, es que está regulada jurídicamente (*rechtlich geregelt*): lo que consiste en que los hombres que ejercen el poder como gobierno del Estado están autorizados por un orden jurídico a ejercer ese poder, creando y aplicando normas jurídicas: es decir en el hecho de que el poder estatal tiene carácter normativo.²³³

Aunque aquí nos ocuparemos de los modelos teóricos de norma jurídica expuestos por Kelsen en *La teoría pura*, vale señalar que la clara distinción establecida por este autor con respecto al modelo normativo de Austin se vio envuelta en la neblina de sus revisiones de senectud, como se puede ver en la siguiente transcripción de lo que el mismo Kelsen dijo

²³¹ Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho en el mundo occidental*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1983, p. 286.

²³² Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross...*, *cit.*, nota 229, p. 63.

²³³ Bobbio, Norberto, “Kelsen y el poder jurídico”, trad. de Ricardo A. Guibourg, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1970.

en una mesa redonda, donde se discutían temas de derecho natural y teoría política, acerca de la posibilidad de concebir normas como actos despsicologizados (con alusión concreta al concepto de *Grundnorm*):

Yo he hablado en mis anteriores escritos de normas que no son el sentido de actos de voluntad. He presentado toda mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. Ahora debo, lamentablemente, aceptar, señores, que esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella. Me pueden creer que no es para mi fácil renunciar a una teoría que yo he representado durante decenios. He renunciado a ella en el conocimiento de que un deber tiene que ser el correlato de un querer.²³⁴

Aunque es cierto que esta autocrítica va dirigida primordialmente al concepto de *Grundnorm*, que es una norma distinta a las que integran el sistema jurídico positivo y, por tanto, podría pensarse que no afecta la noción de las normas positivas como mandatos despsicologizados, lo cierto es que no es muy claro sostener esto, sobre todo si se tiene en cuenta que la misma vinculación entre normas jurídicas y voluntad psicológica es aludida en la obra póstuma de Kelsen sin hacer alusión al problema de la norma fundamental: “*Una norma statuita da un atto di volontà che ha luogo nella realta è una norma positiva. Partendo da un positivismo morale e giuridico vengono prese in considerazione, come oggetto della conoscenza, solo norme positive, cioè norme statuite da atti di volontà e precisamente da atti di volontà umana*”.²³⁵

En todo caso, como éste no es un problema que deba ser resuelto para realizar el análisis que es de nuestro interés, puede ser únicamente referido y dejado de lado.

²³⁴ Schmill, Ulises y Vernengo, Roberto J., *Pureza metódica y racionalidad en la teoría pura del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.

²³⁵ “Una norma establecida por un acto de voluntad que tiene lugar en la realidad es una norma positiva. Partiendo de un positivismo moral y jurídico, considero que el objeto del conocimiento son sólo normas positivas, es decir, normas establecidas por actos de voluntad y precisamente de actos de voluntad humana”. Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, trad. de Mirella Torre, Turín, Giulio Einaudi Editore, 1985, p. 7.

C. *Distinción entre el modelo de regla de derecho y el modelo de norma jurídica*

A efecto de evitar confusiones, aclaro que no me ocuparé de analizar aquí el modelo teórico de las reglas de derecho, *i. e.*, de las proposiciones propias de la ciencia del derecho mediante las cuales se pretende describir las normas jurídicas, según Kelsen.

Hans Kelsen no tuvo siempre presente la distinción entre reglas y normas jurídicas. En la primera edición de *La teoría pura* brilla por su ausencia y no aparecería sino hasta su *Teoría general del derecho y del Estado*, donde parece advertir la inconsecuencia epistemológica que implica identificar a las normas jurídicas-objeto del conocimiento, con los juicios de la ciencia de derecho, e introduce la noción de “reglas de derecho” para denominar a estos últimos. En dicha obra dice:

Estos juicios por medio de los cuales la ciencia jurídica expresa el derecho, no deben ser confundidos con las normas que elaboran los encargados de legislar. Es preferible no dar a aquellos el nombre de normas, sino el de reglas jurídicas. Las normas formuladas por los órganos legislativos son prescriptivas; las reglas de derecho que la ciencia jurídica establece, son puramente descriptivas.²³⁶

A pesar de que la idea de diferenciar entre normas y reglas es clara, la manera en que el mismo Kelsen pretende establecerla no siempre ha sido considerada así: “Examinando en detalle la cuestión, puede concluirse que con la concepción de la “regla de derecho” se introduce una notable confusión en la propia tesis kelseniana, toda vez que la teoría pura no demuestra que el objeto conocido mediante aquélla sea en realidad una norma jurídica”.²³⁷ A pesar de que ciertamente la introducción del concepto de regla jurídica trae como consecuencia ciertos problemas al interior de la teoría, dignos de una mayor atención a la que aquí podemos prestarles, baste como ejemplo la tesis kelseniana de que a las normas jurídicas se les pueden aplicar los valores veritativos de verdad y falsedad de manera

²³⁶ Smith, Juan Carlos, “Kelsen y la teoría pura del derecho frente a nuestra tesis sobre la ciencia jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 48.

²³⁷ *Ibidem*, p. 49.

indirecta a través de las reglas jurídicas²³⁸ y aún a riesgo de trivializar, trataremos de explicar en qué consisten esas reglas. Tomaremos como punto de referencia a la segunda edición de *La teoría pura*, donde se puede leer:

Los enunciados jurídicos (reglas de derecho) son proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo ciertas condiciones que el orden jurídico determina. Las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido, son mandamientos y, en cuanto tales, órdenes, imperativos: en ningún caso, empero, pese a lo que a veces se suele afirmar al identificar el derecho con la ciencia del derecho, información instructiva. El derecho ordena, permite, faculta; no “informa”.²³⁹

Un ejemplo de regla de derecho dado por el mismo Kelsen nos permitirá comprender mejor lo que quiere decir: el enunciado que describe la validez de una norma penal que prescribe la pena de prisión para el hurto sería falso si afirmara que, conforme a esa norma, el hurto no es de hecho castigado, por ejemplo, porque el autor evita la pena. El enunciado jurídico que describe esa norma penal sólo puede rezar: “si alguien comete hurto deberá ser castigado”.²⁴⁰ Como se puede observar, las reglas jurídicas constituyen un metalenguaje descriptivo con respecto a las normas, lo que implica que: 1) todo enunciado o regla jurídica presupone necesariamente la existencia de una norma jurídica, y esa norma jurídica es, precisamente, la que se pretende describir; 2) la norma jurídica descrita pertenece a un sistema jurídico particular (los enunciados implícitamente contienen la fórmula: “conforme al derecho «x»...”);²⁴¹ 3) la existencia del sistema referido es presupuesta por el enunciado. Si éste no existe, la regla jurídica no es verdadera ni falsa, carece de valores de verdad;²⁴² 4) según Raz, “los enunciados normativos explicados por Kelsen

²³⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 79, p. 87. Véase Valsamiglia, Albert, *Sobre la teoría general de las normas*, Doxa, Alicante, Universidad de Alicante, 1985, p. 94.

²³⁹ *Ibidem*, p. 84.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 88.

²⁴¹ Raz, Joseph, *El concepto de sistema...*, cit., nota 184, p. 70.

²⁴² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 79 p. 70.

se refieren también, implícitamente, a un momento particular de la vida de un sistema, se refieren a un sistema momentáneo particular”.²⁴³ Dejaremos de lado el problema sobre si las reglas jurídicas de la historia del derecho son o no proposiciones descriptivas desde el momento en que los sistemas normativos a que se refieren ya no existen. Conforme a esto, podemos determinar las propiedades necesarias y suficientes que definen un enunciado jurídico: una proposición es una regla de derecho si y sólo si describe una norma jurídica perteneciente a un momento determinado de un sistema jurídico particular existente o, más abreviadamente, “un enunciado es un enunciado normativo (jurídico) si la existencia de una norma (jurídica) es una condición necesaria para su verdad”.²⁴⁴ Como hemos venido haciendo, centraremos nuestra atención en los modelos teóricos de las normas, y no en el de las reglas jurídicas.

D. Sobre la ambigüedad de la fórmula “Si A es, debe ser B”

Uno de los conceptos más representativos de la teoría pura es, sin duda alguna, la fórmula “Si A es, debe ser B”. De hecho, cuando se piensa en la estructura de la norma jurídica es normal asociar esta fórmula. Sin embargo, creo que ésta presenta algunas dificultades si es analizada considerando las dos ediciones de *La teoría pura*. Dichas dificultades consisten en una ambigüedad, pues, al parecer, con ella se puede referir Kelsen a cuestiones distintas. En primer lugar, como consecuencia de la indiferenciación entre normas y reglas, concretamente en la primera edición, Kelsen representa con la fórmula a las normas jurídicas, las cuales a su vez constituyen el objeto de estudio de la ciencia del derecho: “Si la ley natural dice: si A es, tiene que ser B, dice la ley jurídica: si A es, debe ser B”.²⁴⁵ Sin embargo en la segunda edición emplea la misma fórmula para representar a las proposiciones con que la ciencia del derecho describe su objeto y no a los objetos de la ciencia: “El enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad”.²⁴⁶

²⁴³ Raz, Joseph, *El concepto de sistema...*, cit., nota 184, p. 70.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 71.

²⁴⁵ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, trad. de Tejerina, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 49.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 291.

Si lo que nos preocupara aquí fuera determinar, entre otras cosas, la estructura de los modelos teóricos de las normas jurídicas, la interpretación de que ésta corresponde a la fórmula “Si A es, debe ser B” se tendría que enfrentar a este primer problema.

Una posible salida sería considerar que, siendo las reglas jurídicas la descripción de las normas jurídicas, es comprensible que ambas presenten la misma estructura. Sin embargo, acogiéndonos a esta interpretación nos tendremos que enfrentar a un nuevo problema, ya que con la fórmula “si A es, debe ser B”, Kelsen puede querer decir nuevamente dos cosas distintas: “Si sucede en el mundo empírico un acontecimiento A, siendo A un acto antijurídico, entonces debe ser B, siendo B la sanción correspondiente. Esta interpretación, que es la corriente, se puede desprender de lo que dice Kelsen en la primera edición de *La teoría pura*: “la ley jurídica enlaza la condición jurídica con la consecuencia de lo antijurídico)... La consecuencia jurídica (antijurídica) es imputada a la condición jurídica.

Tal es el sentido del enunciado: alguien será castigado “a causa” de un delito, la ejecución contra algún patrimonio tiene lugar “a causa” de una deuda no pagada.²⁴⁷ Sin embargo, al lado de ésta existe otra interpretación posible según la cual “Si A es, debe ser B” equivale a: “Si sucede la condición jurídica A, debe ser la consecuencia jurídica B”, sin que A sea forzosamente un acto antijurídico ni B una sanción. Por ejemplo: “Si se da la circunstancia de que la casa de un asegurado se incendie, la compañía de seguros debe pagar el monto estipulado en el contrato”. Las consecuencias de esta segunda interpretación de la estructura de la norma son interesantes, ya que mediante ella se disolvería la contradicción en que incurre Kelsen cuando reconoce la existencia de normas que tienen como consecuente actos coactivos que no son sanción, y como antecedente un hecho jurídico, y no una conducta ilícita. Sin embargo, admitir esta solución implicaría renunciar a la tesis kelseniana según la cual el elemento característico e imprescindible de las normas jurídicas es la sanción.

Por todas estas razones, en lo que sigue, evitaré aludir a la famosa fórmula “Si A es, debe ser B” cuando quiera referirme a la estructura lógica de las proposiciones jurídicas. Además, hay que destacar que la fórmula “Si A es, debe ser B” tiene el dudoso *pedigrí* de ser proposición prescriptiva. Yo no puedo emitir y entender la fórmula sin que ello implique la orientación de mi conducta, sino sólo para dar cuenta de lo que debe

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 48.

acontecer ante la verificación de cierto supuesto, según el ordenamiento jurídico, independientemente de que lo debido acontezca o no.

E. *Norma primaria y secundaria (primer modelo normativo kelseniano)*

En la evolución de la teoría pura del derecho podemos distinguir dos modelos teóricos normativos, ambos englobables en el normativismo prescriptivista. El primero de ellos aparece en la primera edición y el otro en la segunda. En ambas ediciones la idea de que el derecho se constituye por un solo tipo de normas permanece constante. Aquí iniciamos la exposición de ese primer modelo.

Como dice Robles en su trabajo *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*: “La ausencia más llamativa en el sistema teórico construido por la teoría pura del derecho es la ausencia de una definición o de un tratamiento directo del concepto de norma jurídica. En vano buscará el estudioso de la obra de Kelsen un epígrafe... que aborde dicho concepto”.²⁴⁸ Ante esta circunstancia, si hemos de hablar del modelo de norma jurídica en Kelsen, se hace necesario realizar una labor reconstructiva a partir de lo que él mismo nos dice en su obra.

a. El concepto de norma

Al parecer, Kelsen parte del supuesto de que las normas son tipos de proposiciones prescriptivas. Esto se pone de manifiesto cuando, refiriéndose a las diferencias entre las normas jurídicas respecto de otros tipos de normas (principalmente las de la moral) nos dice: “la norma jurídica no es comprendida como imperativo, a semejanza de la norma moral”.²⁴⁹ No necesitamos remarcar que los imperativos tienen como finalidad orientar la conducta, y por tanto son proposiciones prescriptivas. La función de todas las normas para Kelsen es el establecimiento de deberes. Conforme a esto, el concepto de norma en la primera edición sería el siguiente: proposición prescriptiva de tipo imperativo que tiene como finalidad el establecimiento de deberes. La estrategia seguida por Kelsen consiste en determinar el concepto de norma, género próximo del con-

²⁴⁸ Robles, Gregorio, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, inédito, p. 21.

²⁴⁹ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, cit., nota 245, p. 47.

cepto de norma jurídica, para después definir esta última: “con la categoría formal del deber ser o de la norma sólo se ha logrado, sin embargo, el concepto supremo, no la diferencia específica del derecho”. Veámos cuál es la caracterización completa de las normas jurídicas.

b. Las normas jurídicas como proposiciones prescriptivas

Siendo las normas proposiciones prescriptivas, parecería natural que las jurídicas, especie de aquéllas, también lo fueran. Que para Kelsen las normas jurídicas son proposiciones lingüísticas se pone de manifiesto en la obra en distintos pasajes: “la consecuencia enlazada en la proposición jurídica «a»”;²⁵⁰ “Lo antijurídico es la conducta, determinada en la proposición jurídica”.²⁵¹

*c. El concepto del derecho y la teoría de la proposición jurídica*²⁵²

Como nota marginal, no debe perderse de vista que estamos hablando de la primera edición, donde aún no se distingue entre normas y reglas de derecho. Por lo tanto, cuando Kelsen usa la expresión “proposición”, no está empleándola como sinónimo de “regla de derecho” (al menos expresamente) tal como lo haría en su teoría general y en la segunda edición.

Una de las consecuencias más perniciosas de la falta de distinción entre norma y regla de derecho en esta edición es la falta de elementos explícitos que permitan determinar qué es lo que Kelsen tiene en mente al usar la expresión “norma jurídica”, no se sabe a ciencia cierta si son una especie de proposiciones descriptivas características de la ciencia del derecho, si son proposiciones prescriptivas que dirigen la conducta, o si el mismo término es empleado para aludir a los dos conceptos en momentos diferentes. Aquí adoptamos esta última interpretación.

Algunos de los pasajes en que el autor parece estar pensando en proposiciones descriptivas características de la ciencia del derecho son los siguientes: “La norma jurídica se convierte en proposición jurídica que acusa la forma fundamental de la ley, así como la ley natural enlaza una

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 52.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 53.

²⁵² *Ibidem*, p. 44.

determinada situación de hecho como causa con otra como efecto, la ley jurídica enlaza la condición jurídica con la consecuencia jurídica”;²⁵³ “si la ley natural dice: Si A es, tiene que ser B, dice la ley jurídica: si A es, debe ser B”.²⁵⁴

Desde esta interpretación, tanto las proposiciones científicas como las jurídicas cumplen la función de describir el mundo, con una diferencia importante: en el caso de que en el mundo de los hechos, si una vez se da el antecedente, no sucede el consecuente, la proposición científica deja de existir como ley al haber sido falseada por un contraejemplo. A diferencia de aquélla, la proposición de la ciencia del derecho no deja de ser una ley científico-jurídica por el hecho de que en el mundo de los hechos, una vez verificado el antecedente no ocurra el consecuente “por causa del derecho la pena sigue siempre y sin excepción al delito, aun cuando en el sistema de la naturaleza, la pena pueda faltar por cualquier razón”.²⁵⁵

Además del sentido apuntado, Kelsen parece emplear la palabra “norma” para aludir no a proposiciones descriptivas, sino prescriptivas, que tienen como finalidad imponer deberes: “Toda proposición jurídica tiene que estatuir necesariamente un deber jurídico”.²⁵⁶ Obviamente, carecería de sentido sostener que las proposiciones descriptivas de la ciencia del derecho estatuyen deberes. Este segundo sentido es el que nos interesa destacar en este trabajo.

d. El primer modelo de norma jurídica (propiedades necesarias y suficientes)

Al igual que Austin, Kelsen propone un modelo de norma jurídica construido con diversas propiedades, algunas de las cuales corresponden a la estructura de la proposición jurídica y otras son de carácter diferente. A las segundas las hemos llamado “metalógicas”.

Para el Kelsen de la primera edición de *La teoría pura*, la estructura completa de una norma jurídica es la de una proposición prescriptiva integrada por dos partes: una norma primaria y una norma secundaria:

²⁵³ *Ibidem*, p. 48.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 49.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 50.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 78.

se puede representar la proposición o precepto jurídico completo o total... como una especie de norma doble: “En ciertas condiciones un hombre determinado debe conducirse de un modo determinado: ahora bien, si no se comporta así, entonces otro hombre —el órgano del Estado— debe practicar contra él de una manera determinada, un acto coactivo pena o ejecución forzada”.²⁵⁷

De las dos normas, la principal es la primaria, ya que a partir de ella se puede inferir la secundaria, no siendo posible el proceso a la inversa:

La norma que estatuye la conducta que evita la coacción —y que el orden jurídico tiene por finalidad—, solamente importa una norma jurídica bajo la condición de que con ella deba expresarse —en forma abreviada, por razones de comodidad en la exposición— lo que sólo la proposición jurídica enuncia cabal y correctamente: que bajo condición de la conducta contraria ha de acontecer un acto coactivo como consecuencia. Ésta es la norma jurídica en su forma primaria. La norma que estatuye la conducta que evite la coacción, sólo puede valer, por tanto, como norma jurídica secundaria.²⁵⁸

Partiendo de la idea de la dependencia de normas secundarias respecto de primarias, “Kelsen da una regla de transformación para obtener una regla secundaria de una primaria: el carácter de una norma secundaria es un carácter de deber y su contenido es la conducta opuesta a la que figura como condición de aplicación de una norma primaria”.²⁵⁹ Poniendo en primer término a la norma primaria respecto de la secundaria, Kelsen introducía un cambio revolucionario en la manera de concebir tradicionalmente las normas jurídicas “los conceptos tradicionales de antijuridicidad y de conformidad con el derecho, de conducta contradictoria al derecho y correspondiente al derecho, apuntan hacia la norma secundaria en tanto expresión del fin del derecho”.²⁶⁰ Por su parte, Recasens nos dice al respecto:

²⁵⁷ Kelsen, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, cit., nota 230, p. 126.

²⁵⁸ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, cit., nota 245, pp. 56-57.

²⁵⁹ Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis...*, cit., nota 2, p. 84.

²⁶⁰ Kelsen, Hans, *La teoría pura*, cit., nota 79, p. 59.

Kelsen hace notar que todas las consideraciones que otros autores han hecho en torno al deber jurídico, muestran claramente que construyen su concepto con los mismos ingredientes del deber moral... Pero esto que nos presentan como deber jurídico, no es más que un deber moral, que tiene por contenido una norma jurídica: formalmente en nada se diferencia de otro tipo de obligación ética.²⁶¹

A partir de la misma definición de lo que es una norma jurídica completa, trataremos de construir una representación para su estructura, pero antes, es necesario hacer alguna consideración marginal. Excluiremos aquí una interpretación corriente según la cual la norma jurídica primaria va dirigida a los funcionarios. Aunque es bien cierto que Kelsen mismo da lugar a esa interpretación y por tanto es aceptable, aquí la suprimimos, porque aceptarla implicaría aceptar una contradicción en la teoría pura que nos impediría continuar. Desde esa interpretación, las normas jurídicas primarias van dirigidas a un funcionario diciéndole: “Si se da la circunstancia de que el sujeto “x” incurra en el hecho antijurídico ~A, entonces, debes sancionarlo”.

Pero admitir la existencia de normas de este tipo equivaldría a admitir que puede haber normas sin sanción, *i. e.*, normas jurídicas secundarias puras, postura contra la cual el mismo Kelsen se pronunció, según hemos visto. Nótese que la norma primaria interpretada en este sentido habla de sanción y de deber, pero no de la sanción de la regla dirigida al funcionario, sino dirigida al ciudadano. Para que pudiéramos hablar de una norma primaria dirigida al funcionario tendría que decir: “Si incurres en el acto antijurídico «no sancionar a quien ha incurrido en el antijurídico ~A», entonces, deberás ser sancionado”.

Sin embargo, admitir la existencia de estas normas para todos los funcionarios llevaría a un problema de difícil superación al interior de la teoría pura, por ser incompatible con la tesis de que todas las normas jurídicas traen aparejada una sanción: el problema del regreso *ad infinitum* en la aplicación de sanciones que el mismo Kelsen reconocería en la segunda edición y que trataría de resolver mediante el recurso al concepto de normas dependientes:

²⁶¹ Kelsen, Hans, *Compendio de..., cit.*, nota 230, p. 48.

El cumplimiento de una sanción es obligatorio, es contenido de una obligación jurídica, cuando su omisión es convertida en condición de una sanción. Si tal cosa no sucede, sólo puede valer como facultativa, pero no también como obligatoria. Como no puede tratarse en esto de un regreso infinito, la última sanción en esta secuencia sólo puede estar autorizada (ser facultativa), pero no ser obligatoria.²⁶²

Dado que no es la finalidad de este trabajo realizar un examen crítico de la obra de Kelsen, sino destacar distintos modelos normativos para hacer su estudio comparado, podemos dejar a un lado la objeción apuntada para, conforme a la tesis central de la teoría pura, analizar el modelo de norma jurídica como necesariamente coactiva.

Hecha la aclaración, procedamos a analizar la definición de norma jurídica completa:

se puede representar la proposición o precepto jurídico completo o total como una especie de norma doble: “En determinadas condiciones un hombre determinado debe conducirse de un modo determinado: ahora bien, si no se comporta así entonces otro hombre —el órgano del Estado— debe practicar contra él de una manera determinada, un acto coactivo (pena o ejecución forzada)”.²⁶³

1) *La estructura lógico-formal de la norma jurídica*

Los elementos de la norma primaria son:

- 1) Un sujeto “x”.
- 2) Un acto antijurídico $\sim A$.
- 3) El hecho de que si algún sujeto realizara $\sim A$, será “x” y no otro quien lo realice.
- 4) Un nexo condicional establecido por imputación y por el que se estatuye un “deber ser”: “ $O \rightarrow$ ”.
- 5) Una sanción “ π ”, que deberá ser aplicada a “x” por haber incurrido en “ $\sim A$ ”.

Los elementos de la norma secundaria son:

- 1) El mismo sujeto “x”.

²⁶² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 79, p. 39.

²⁶³ Kelsen, Hans, *Compendio de...*, cit., nota 230, p. 126.

- 2) Un operador deóntico “O”.
- 3) La acción cualificada por el operador deóntico, *i. e.*, la conducta debida “OA”, que es precisamente el valor binario opuesto del acto antijurídico “ $\sim A$ ”.
- 4) El hecho de que, si algún sujeto debe “A” éste es “x” y no otro.

El elemento que une a la norma primaria con la secundaria es un functor lógico de conjunción “&”.

La representación de la norma jurídica completa es:

$$xOA \ \& \ x \sim A \ O \rightarrow \ xO\pi$$

La cual se puede leer: Sujeto “x”, debes realizar la conducta “A”, porque si no la realizas, deberás ser sancionado”.

Descomponiendo la fórmula, tendríamos la siguiente representación de la norma primaria: $x \sim A \ \Delta \rightarrow \ x\pi$. Que se lee: “Sujeto “x”, si realizas el acto $\sim A$, entonces, deberás ser sancionado”.

La representación de la norma secundaria sería: $x\Delta A$. Que se lee: sujeto “x”, debes hacer “A”.

Pasemos a analizar brevemente cada uno de los elementos estructurales de la norma jurídica primaria:

a) *La sanción*. Constituye, sin duda, el elemento característico de las normas jurídicas en el pensamiento kelseniano. Es un elemento clave para la distinción de las normas jurídicas respecto de otras normas. En este sentido, Kelsen es, como él mismo lo reconoce, un heredero del pensamiento de la teoría jurídica del siglo XIX:

La teoría jurídica del siglo XIX estuvo en lo general acorde en cuanto a que la norma jurídica sería una norma coactiva en el sentido de una norma que manda la coacción, y que justamente por eso se distingue de otras normas. En este punto la teoría pura del derecho prosigue la tradición de la teoría positivista del siglo XIX.²⁶⁴

Sin embargo, no es suficiente tampoco el criterio de la existencia de las sanciones para particularizar las normas jurídicas de otros tipos de normas ya que en otros sistemas normativos también suelen estar presentes:

Para apreciar la posibilidad de un sistema moral sin sanciones debe advertirse que cuando el sistema moral exige determinada conducta, exige si-

²⁶⁴ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 245, p. 52.

multáneamente que la conducta exigida a un sujeto sea aprobada por los otros, y la conducta contraria, en cambio, sea desaprobada... También la aprobación y desaprobación de los restantes miembros de la comunidad son percibidas como premio y pena, y pueden, por ende, ser entendidas como sanciones.²⁶⁵

La distinción no está, entonces, en la sanción, sino en el tipo de sanción de esas normas y la particular forma en que pueden ser aplicadas. Dichas normas son actos de fuerza aplicables por órganos del Estado aun contra la resistencia física del sujeto a quien se han de aplicar. Al respecto, nos dice Robert Walter:

En contra de la delimitación conceptual con ayuda de la sanción normativa, se puede objetar que también otros ordenamientos normativos conocen sanciones. La moral cristiana prevé, en caso de transgresiones sustanciales a sus mandatos, castigos en el más allá... Así pues, debemos caracterizar la sanción jurídica en forma algo más precisa, para poder distinguirla de otras «sanciones». Ello podría hacerse así: la sanción del derecho consistiría en actos organizados, terrenales, que deben ser realizados por el hombre.²⁶⁶

De esta manera, mediante la aplicación institucionalizada de sanciones, el derecho garantiza su eficacia como técnica de control social basada en la motivación indirecta de la conducta:

Pero si el derecho —considerado de modo puramente positivista— no es sino un orden coactivo exterior sólo será concebido entonces como una específica técnica social: el Estado social deseado será provocado, o se tratará de provocarlo, enlazando a la conducta humana contradictoriamente opuesta a ese estado, un acto coactivo (esto es, la privación coactiva de un bien: la vida, la libertad, un valor económico) como consecuencia.²⁶⁷

b) *El deber ser*. En la primera edición, a diferencia de lo que sucede en la segunda, Kelsen utiliza la expresión “deber” en su sentido habitual: “hay que señalar que en la obra de Kelsen, el *sollen* característico de la norma ha experimentado un profundo cambio semántico desde la prime-

²⁶⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 79, p. 41.

²⁶⁶ Walter, Robert, “Las normas jurídicas”, *Doxa*, Alicante, 1985, p. 111.

²⁶⁷ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, cit., nota 245, p. 56.

ra a la segunda edición de *Reine Rechtslehre...* En la primera edición (1934), el *sollen* se identifica con la significación habitual, propia del uso del lenguaje normal, del deber-ser”.²⁶⁸

Conforme a este sentido del deber ser, la función primordial de las normas jurídicas es la de mandar hacer algo, exigir que cierta conducta sea observada por una clase de sujetos. Sin embargo, hay que señalar que no es ésta la única función normativa, según el Kelsen de la primera edición, ya que también reconoce que pueden estatuir facultades:

toda proposición jurídica tiene que estatuir necesariamente un deber jurídico, aunque es posible que estatuya también una facultad ...Hay una facultad, cuando entre las condiciones de la consecuencia jurídica se incluye una manifestación de la voluntad dirigida hacia ella y emitida en forma de acción procesal o querella, del lesionado en sus intereses por la situación del hecho antijurídico.²⁶⁹

Como se puede ver, ya aquí se esboza muy sutilmente la idea de que el supuesto del que depende la verificación de la sanción jurídica puede constar de varias partes, una de las cuales puede ser una facultad. Esta idea volvería a aparecer en la segunda edición, dando lugar a la teoría de la norma jurídica independiente como constituida por varias normas jurídicas dependientes. Debe destacarse, no obstante, que la facultad, a diferencia del deber, es una función normativa contingente: “la facultad es sólo una estructura posible y en manera alguna necesaria del contenido del derecho objetivo, una técnica especial de que el derecho puede servirse, pero de la que no tiene necesidad de servirse”.²⁷⁰ Como ejemplo de la no necesidad de la facultad, Kelsen cita la función del ministerio público del derecho penal, que suple de oficio y de manera obligatoria la facultad de los particulares para querellarse.

Respecto de este deber ser, hay que resaltar que, según Kelsen, constituye un elemento de relación que pone en contacto de manera artificial dos hechos del mundo. Esta relación es denominada imputación: “Así como la ley natural enlaza una determinada situación de hecho como causa con otra como efecto, la ley jurídica enlaza la condición jurídica

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 132.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 78.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 79.

con la consecuencia jurídica... En un caso la forma del enlace de los hechos es la causalidad, en el otro la imputación”.²⁷¹ Por ejemplo, si un artículo de un código penal dice: “A quien cometa delito de homicidio se le impondrá una pena de cuatro a diez años de prisión”, la relación entre el hecho “privar de la vida a un semejante” y la consecuencia “deber ser sancionado con pena de cuatro a diez años de prisión” no es algo que ocurra en la naturaleza, como sucede si caliento agua a una temperatura superior a los 100° C, y entonces ésta ebulle. La relación “homicidio deber ser sancionado” es establecida artificialmente por la norma primaria consagrada en ese artículo.

c) *La conducta antijurídica*. Es el antecedente de cuya verificación depende que deba ser aplicado el consecuente o sanción al sujeto obligado. Cabe destacar que para Kelsen, a diferencia de Austin, el hecho antijurídico no es determinado por ser contrario a la voluntad de ningún soberano, sino, simplemente, por ser la condición de la sanción:

lo antijurídico no es el motivo del legislador, no es la circunstancia de que un hecho sea contrario a los deseos de la autoridad que establece las normas... sino única y exclusivamente, la posición del hecho cuestionado en la proposición jurídica: el ser la condición para la reacción específica del derecho, para el acto coactivo... Lo antijurídico es la conducta, determinada en la proposición jurídica como condición, de aquel hombre contra quien se dirige el acto coactivo estatuido en la proposición jurídica como consecuencia.²⁷²

2) *La estructura lógico-formal de la norma secundaria*

a) *La conducta debida*. Es el valor binario opuesto a la conducta antijurídica. Así, si la conducta antijurídica es “privar de la vida a un semejante”, la conducta debida será “no privar de la vida a un semejante”; si la conducta antijurídica es no pagar el precio pactado en el contrato, la conducta debida será pagar el precio pactado en el contrato, etcétera: “En relación con la situación fáctica establecida por ella (por la norma como debida —con la conducta que evita la coacción y que el orden jurídico tiene por fin— lo antijurídico, que es condición del acto coactivo, representa in-

²⁷¹ *Ibidem*, p. 48.

²⁷² *Ibidem*, p. 53.

dudablemente algo así como una negación, como una especie de contradicción”.²⁷³ En síntesis, la conducta debida es el valor binario opuesto, la negación, de aquella que funciona como antecedente en una relación condicional por imputación, cuyo consecuente es la sanción, *i. e.*, es el binario opuesto a la conducta antijurídica.

b) *El concepto de deber.* Una consecuencia interesante de la formulación de la norma secundaria está en que no aparece expresamente una definición del concepto de “deber” ni de la conducta que es cualificada deónticamente por esta expresión. Ambos conceptos son interdefinibles a partir del concepto de norma primaria. En este sentido, la indefinibilidad de “deber” como concepto independiente parece ser admitida por Kelsen de la misma manera que lo fue por Ross en su célebre trabajo *Tú-tú*.²⁷⁴

c) *El sujeto, elemento común a las normas primaria y secundaria.* Kelsen se ocupa poco de este concepto en relación con las normas jurídicas. Apenas dice algo sobre él al referirse a los ámbitos de validez de las normas jurídicas: “Junto al espacial y temporal puede distinguirse un ámbito de validez de las normas en cuanto a los hechos (*sachlichen*) o ámbito material... Y si se pregunta por los hombres cuya conducta es regulada, se puede también distinguir las normas de acuerdo a su ámbito personal de validez”.²⁷⁵ Por otra parte, Kelsen parece tener muy claro que, de la misma manera que un mismo actor (hombre biológicamente considerado) pueden representar diversos personajes, los hombres sometidos a un sistema jurídico pueden representar diversos “personajes jurídicos”, cada uno de los cuales constituye una clase lógica: “las normas de una moral universal se dirigen decididamente a todos los hombres, es decir, tienen un ámbito personal de validez por principio ilimitado; mientras que determinadas normas jurídicas sólo obligan o autorizan a ciertas categorías de hombres, es decir, sólo tienen un ámbito personal de validez de carácter limitado”.²⁷⁶ De esta manera, decir que un sujeto tiene el deber de realizar cierta conducta equivale a decir que si esa conducta es debida para alguien, lo es para una clase lógica determinada de sujetos y no para otra, lo que implica afirmar que para todos los miembros de esa clase vale la proposición según la cual si incurren en el acto antijurídico, entonces deberán ser sancionados.

²⁷³ *Ibidem*, p. 58.

²⁷⁴ Ross, Alf, *Tú-tú*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979.

²⁷⁵ Kelsen, Hans, *La teoría pura*, nota 275, p. 34.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 35.

3) *Propiedades metalógicas*

Para que una proposición prescriptiva pueda ser una norma jurídica, la satisfacción de: 1) la estructura expuesta y 2) la significación teórica atribuida por Kelsen a cada uno de los elementos de esa estructura son propiedades necesarias, pero no necesarias y suficientes. Además de éstas, se deben satisfacer otras propiedades metalógicas. Veamos cuáles:

a) *La existencia de la norma*. Una proposición prescriptiva es una norma jurídica si, además de las propiedades relativas a la estructura apuntada y la significación a ella atribuida, es una norma jurídicamente existente. Para que una norma sea jurídicamente existente, es necesario que cumpla con otras propiedades, como son la validez y su pertenencia a un sistema jurídico mínimamente eficaz.

b) *La validez*. Una norma es jurídicamente válida cuando ha sido creada de conformidad con lo establecido por una norma jerárquicamente superior, la cual, a su vez, lo ha sido de conformidad con otra, y así sucesivamente, hasta llegar a la Constitución, y más allá de ésta a una norma hipotético-fundamental o *Grundnorm* que reza: “Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación”.²⁷⁷

c) *La pertenencia a un sistema jurídico mínimamente eficaz*. Un sistema jurídico es eficaz cuando, en su conjunto, opera en el mundo empírico. Que una norma jurídica sea ineficaz no implica que no sea válida si pertenece a un sistema eficaz en su conjunto:

Del hecho de que la validez de un orden jurídico, en cuanto validez de un sistema cerrado de normas jurídicas dependa de su eficacia... no se infiere que también la validez de una norma jurídica singular esté en la misma relación de dependencia, respecto a su eficacia. La validez de un orden jurídico como totalidad no es afectada, por cierto, porque alguna norma jurídica singular de este sistema carezca de eficacia. Ésta sigue siendo válida, porque y en cuanto se encuentra en la serie de actos creadores de un orden válido.²⁷⁸

Que un mínimo de eficacia del sistema es presupuesto para que una norma pueda ser válida es obvio si consideramos que una norma no podría haber sido creada de conformidad con lo establecido en otra norma jerár-

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 98.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 106.

quicamente superior si no hubiera operado en el mundo de los hechos el procedimiento legislativo previsto por dicha norma, lo cual implica ya cierta eficacia del sistema. Desde el momento en que una norma puede ser válida, aunque nos sea eficaz, se sigue que la validez y la eficacia respecto de las normas jurídicas singulares son conceptos que no se implican.

Antes de pasar a analizar el segundo modelo normativo kelseniano debe destacarse que, como es fácil constatar, existe cierta semejanza en la estructura lógica de los mandatos de Austin y la norma completa de Kelsen. Ambas presentan *a)* un sujeto; *b)* un operador deóntico para la conducta exigida a ese sujeto; *c)* una realización de conjunción con otra proposición condicional en cuyo antecedente se encuentra el valor binario opuesto a la conducta exigida y como consecuencia una sanción a aplicar al sujeto a quien se dirige la norma en caso de que se realice la conducta prohibida.

Sin embargo, esas semejanzas no deben confundirse, pues dentro de la misma estructura lógica aparecen diferencias importantes, como sucede con el functor lógico condicional de las normas de Kelsen, que no tiene equivalente con el modelo de Austin y con la especificación del carácter necesario de las normas primarias con relación a las secundarias, también de Kelsen, en contraste con la preeminencia del mandato de Austin. Pero donde se encuentra el núcleo más importante de diferencias entre ambos modelos es en las propiedades metalógicas y en el significado teórico de cada uno de los elementos de las respectivas estructuras lógicas.

d. Normas jurídicas dependientes e independientes (el segundo modelo normativo)

1) Estructura lógica-formal de la norma independiente

El modelo teórico kelseniano expuesto en la primera edición de *La teoría pura*, sufrió grandes modificaciones en la segunda edición. Ahí, Kelsen deja de concebir a la norma jurídica completa como la simple unión de una norma primaria y una secundaria, para concebirla como una norma independiente integrada por la unión de diversas normas dependientes. La razón atribuida a este cambio ha sido que el mismo Kelsen se percató de que su construcción teórica era satisfactoria para explicar úni-

camente parte de la totalidad de lo que estaríamos dispuestos a identificar como normas jurídicas en un sistema jurídico positivo:

las normas de comportamiento dotadas de obligación estaban en principio situadas en un primer plano en cuanto a la construcción conceptual de la teoría pura del derecho. Para muchas normas jurídicas, por ejemplo, para las normas penales, este concepto de norma resulta muy adecuado. Pero —comprensiblemente— muy pronto surgió la cuestión que si este concepto resultaba también apropiado para el derecho constitucional (y para el derecho procesal). Pues en estos sectores jurídicos, no parece tratarse ya aparentemente, del mandato de un determinado comportamiento y de la amenaza de la sanción para el caso de su infracción.²⁷⁹

En el mismo sentido, Nino:

del desarrollo anterior de las normas secundarias surge que una norma con carácter de deber y cuyo contenido no sea un acto coercitivo sólo es una norma jurídica si constituye una norma secundaria que derive de alguna norma primaria... Esto nos coloca frente a una grave cuestión que debe enfrentar Kelsen. Resulta que si observamos el contenido de cualquier sistema jurídico, encontramos una serie de enunciados normativos cuyo contenido no son actos coercitivos.²⁸⁰

Sobre el tema, se expresa Robles:

Esta estricta concepción del *sollen* (se refiere a la primera edición) impedía, no obstante, una explicación satisfactoria de aquellas normas que no imponían expresa y directamente un deber jurídico, como las que es usual denominar normas interpretativas, normas permisivas, normas potestativas, normas derogatorias, normas organizativas, etcétera.²⁸¹

La formulación con la que Kelsen pretendió resolver estos problemas se puede resumir en la tesis según la cual todas esas normas que no imponen obligaciones de manera directa no son sino partes del antecedente de una norma jurídica completa: cada una de esas partes es llamada “norma dependiente”, y a la estructura integrada por el conjunto de normas

279 Walter, Robert, “Las normas jurídicas”, *cit.*, nota 266, p. 111.

280 Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis...*, *cit.*, nota 2, p. 86.

281 Robles, Gregorio, *Epistemología y derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, p. 132.

dependientes o norma completa, “norma independiente”. Conforme a este criterio, en un sistema jurídico habría tantas normas independientes como sanciones contuviera. A continuación me tomaré el atrevimiento de reproducir la explicación ofrecida por Robles acerca del funcionamiento de las normas dependientes e independientes. A pesar de que la cita es extensa, considero oportuno reproducirla por su valor didáctico:

Designemos con N1 a la primera norma dependiente y con N2 a la segunda norma dependiente. La suma de N1+ N2 proporciona, como resultado, la norma completa e independiente, cuya designación es N. Así:

$$N = N1 + N2$$

Supongamos, por ejemplo, que N1 prohíbe el comportamiento A1 y que N2 prevé una sanción B que debe ser impuesta al individuo que realiza el comportamiento previsto en N1. La norma independiente N que resulta de la suma de las normas dependientes N1 y N2 es una unidad que expresa en su conjunto la sanción que debe imponerse al individuo que realiza el comportamiento prohibido:

N1 dice: no se debe A (A = hacer, no hacer X)

N2 dice: el individuo que haga lo prohibido en N1 deberá ser sancionado con la sanción B.

Entonces, la suma $N = N1 + N2$ puede expresarse: Si A, debe ser B. Supongamos otra hipótesis, esta vez en relación con la llamada norma potestativa (o permisiva en sentido positivo). N1 impone una sanción determinada al individuo que realice un comportamiento determinado; N2 permite, no obstante, a determinados individuos (a todos aquellos que cumplan la condición Z) realizar el comportamiento prohibido por N1. Aparentemente, pues, y sólo aparentemente, la norma N1 es una norma independiente al prever tanto el comportamiento como la sanción imposible. La norma N2 limita el alcance de la imposibilidad de la sanción y, por consiguiente, completa la norma N1. La norma N que es el resultado de la suma $N1 + N2$ dirá: todos los individuos que realicen un comportamiento determinado A deberán ser sancionados con una sanción determinada B (contenido de la norma N1), excepto los individuos que cumplan la condición Z. La norma N1, pues, no se entiende desde sí misma, no es una norma independiente, sino que es preciso su conexión con la norma N2, siendo sólo la suma, esto es, la norma N1 la verdadera norma independiente.²⁸²

282 *Ibidem*, pp. 134-136.

Un ejemplo simplificado de norma completa según Kelsen sería el siguiente:

Si la mayoría simple de un cuerpo integrado por los representantes electos del pueblo ha establecido un enunciado que dice el que mata será castigado con prisión de 8 a 25 años; si otro cuerpo integrado por los representantes de las provincias ha formulado un enunciado similar; si un funcionario elegido por el cuerpo electoral lo ha promulgado y hecho publicar; si alguien ha matado; si un funcionario lo ha acusado ante otro designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado con la función de resolver este tipo de asuntos; si el acusado ha prestado declaración indagatoria y un abogado elegido por él lo ha defendido; si se dio oportunidad para que se ofrezcan pruebas; si tales pruebas son suficientes según determinados criterios; si el hecho no se produjo en legítima defensa o por error, etcétera; si se da todo eso, el acusado debe ser condenado por juez a cumplir entre 8 y 25 años de prisión.²⁸³

Conforme a lo dicho hasta aquí, la representación lógica de la norma jurídica independiente sería la siguiente:

$$“x” \sim A \ \& \ N1 \ \& \ N2 \ \& \ N3 \ \& \ Nn... \ O \rightarrow x \ O \ \pi$$

Que puede leerse: si el sujeto “x” incurre en el acto antijurídico $\sim A$ y además se satisfacen las normas N1, N2, N3, etcétera, entonces el sujeto “x”, debe ser sancionado. Desde luego, los funtores lógicos entre las distintas normas dependientes (incluyendo entre ellas a “x” $\sim A$) no tienen que ser necesariamente de conjunción (&), puede serlo también de disyunción (V).

Si he empleado una representación con funtores de conjunción ha sido sólo a efecto de simplificación. Un ejemplo de norma independiente con un functor lógico de disyunción entre dos normas dependientes podría ser el siguiente: si un sujeto es mayor de edad y está en pleno goce de sus facultades mentales y comete un homicidio y éste se cometió sin que existiera eximente de responsabilidad (defensa propia, estado de necesidad, error insuperable, obediencia a un superior jerárquico, etcétera) y si el delito hubiera sido denunciado por cualquier afectado o si hubiere

283 Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis...*, cit., nota 2, p. 86.

ejercitado la acción penal por el Ministerio Público y se hubiera seguido el juicio correspondiente, etcétera, entonces, el homicida debe ser sancionado con una pena que irá de cuatro a diez años de prisión.

Como puede verse, aunque Kelsen no nos habla expresamente de las normas completas, como la unión de una norma primaria y una secundaria, la noción permanece de manera implícita, con la única diferencia de que el antecedente de la norma primaria puede estar constituido por diversas normas dependientes en vez de limitarse a la conducta antijurídica. Nada impedirá representar la norma independiente agregándole la norma secundaria en la que se estableciera la conducta debida:

$$("x"OA) \& ("x" \sim A \& N1 \& N2 \& N3 \vee N4 \dots O \rightarrow "x" O\pi)$$

La cual puede leerse: sujeto "x", debes realizar la conducta "A", porque si no la realizas (*i. e.*, si incurres en el hecho antijurídico) y además se cumple con lo establecido por las normas N1, N2, N3, etcétera, entonces, deberás ser sancionado.

Que Kelsen sigue teniendo presente el modelo de la norma jurídica completa como unión de una norma primaria y una secundaria en la segunda edición de *La teoría pura* se pone de manifiesto en el siguiente pasaje:

e) Normas jurídicas no independientes. Ya en otro contexto se señaló que cuando una norma obliga a determinada conducta, y una segunda norma estatuye una sanción para el caso de no observancia de la primera, ambas se encuentran entrelazadas entre sí esencialmente... Si un orden jurídico —por ejemplo una ley dictada por el parlamento— contiene una norma que prescribe una determinada conducta y otra que enlaza al incumplimiento de la primera una sanción, la primera no constituye una norma independiente.²⁸⁴

Al lado de la conducta antijurídica, Kelsen coloca a las demás normas dependientes, lo que prueba que el modelo de la norma completa como producto de la unión de normas primarias y secundarias permanece, sólo que reformulado:

²⁸⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79, p. 67.

un orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede con todo ser caracterizado como un orden coactivo, en cuanto todas las normas que de por sí no estatuyen actos coactivos, y que por tanto, no imponen obligaciones, sino que sólo facultan o permiten positivamente la producción de normas, son normas no independientes que sólo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo.²⁸⁵

Kelsen explica expresamente que la teoría de la norma jurídica independiente es presentada como reacción contra las posturas que sostienen que puede haber normas jurídicas sin sanción:

contra la definición del derecho como orden coactivo... se hará valer que los órdenes jurídicos históricamente dados contienen de hecho normas que no estatuyen ningún acto coactivo... La definición del derecho como orden coactivo puede también sustentarse, pese a las normas que facultan una conducta carente del carácter de acto coactivo, o que permiten positivamente tal conducta, en cuanto tales normas son normas no independientes que se encuentran en unión esencial con normas que estatuyen actos coactivos.²⁸⁶

2) *Los elementos estructurales de la norma independiente*

Al igual que en el primer modelo, se repiten aquí *a)* el sujeto; *b)* la conducta debida; *c)* la conducta antijurídica; *d)* el conector lógico condicional “deber ser”, y *e)* la sanción. Se agregan como nuevos elementos las demás normas dependientes. Sin embargo, no obstante la permanencia de ciertos elementos sintácticos, hay importantes modificaciones en cuanto a su significado teórico, como veremos a continuación.

a) La sanción. En la segunda edición la sanción sigue siendo fundamental en el concepto de norma, de tal suerte que sólo tenemos una sanción como consecuente respecto de una o varias normas dependientes como antecedente. Sin embargo, también se hacen algunas consideraciones respecto de la sanción, que no se habían hecho anteriormente. En primer lugar, se reconoce que la sanción no es sino una especie de acto coactivo, *i. e.*, no toda norma que consagra una coacción consagra una sanción. El ejemplo concreto está en aquellas normas que imponen actos coactivos como la suspensión de la libertad, no como consecuencia de un acto anti-

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 70.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 64.

jurídico, sino una vez que se ha verificado una determinada condición jurídica. A ellas se refiere Kelsen cuando dice:

Los sistemas jurídicos modernos prescriben la internación coactiva de enfermos mentales socialmente peligrosos en hospicios, y la de enfermos contagiosos en hospitales. Aquí también corresponde mencionar la expropiación coactiva de bienes, cuando el interés público lo exige... se trata de actos de coacción que no están ligados, como consecuencia, a una acción u omisión determinada, jurídicamente establecida... no tienen como condición un acto ilícito o delito.²⁸⁷

Otra alusión interesante respecto de la sanción es la que hace Kelsen sobre la imposibilidad de una remisión infinita en la aplicación de sanciones:

El cumplimiento de la sanción es obligatorio, es contenido de una obligación jurídica, cuando su omisión es convertida en condición de una sanción. Si tal cosa no sucede, sólo puede valer como facultativa, pero no también como obligatoria. Como no puede tratarse en esto de un regreso infinito, la última sanción en esta secuencia sólo puede estar autorizada (ser facultativa), pero no ser obligatoria.²⁸⁸

Como puede verse, la introducción del concepto de normas dependientes permite a Kelsen resolver muchos de los problemas que parecían irresolubles en la primera edición.

En ella, la existencia de actos coactivos no sancionatorios y el problema de la imposibilidad de la remisión infinita en la aplicación de sanciones constituían contraargumentos irrefutables contra la tesis según la cual el derecho se compone sólo de normas jurídicas que contienen sanciones.

b) *El deber y la clasificación de las normas conforme a sus funciones.* A diferencia de lo que sucedía en la primera edición, donde el término “deber” era empleado en su acepción habitual, *i. e.*, como equivalente a orden, en la segunda edición su significado es ampliado mediante una estipulación teórica.

En el nuevo sentido se incluyen, además de la función imperativa, tres nuevas, que son la facultativa, la permisiva y la derogatoria:

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 54.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 39.

deber es utilizada aquí en un significado más extenso que el usual. Conforme a los usos corrientes lingüísticos, un “deber” sólo tiene correspondencia con el ordenar algo; el estar permitido, con la permisión; el “puede”, con una autorización. Aquí, empero, designaremos con “deber” el sentido normativo de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro. En el término “deber” está comprendido el estar permitido y el estar facultado. Puesto que una norma puede no sólo mandar algo, sino también permitirlo y especialmente autorizarlo.²⁸⁹

A partir de esta estipulación, Kelsen define la norma (en realidad norma jurídica) de la siguiente manera: “«Norma» es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite, y en especial, se autoriza, un comportamiento”.²⁹⁰ Cabe destacar que, aunque no las incluye expresamente ni al referirse a las diversas funciones normativas comprendidas por ‘deber’ en su definición de “norma”, Kelsen también considera como funciones normativas a otras tres, que son: la derogatoria, la definitoria y la interpretativa. Respecto de la función derogatoria nos dice: “También esas normas derogatorias, son normas independientes, ya que sólo pueden ser entendidas conjuntamente con otras que estatuyen actos coactivos”.²⁹¹ Es de destacar que esta ampliación del sentido de ‘deber’ es básicamente la misma que adopta en la *Teoría general de las normas*. Ahí puede leerse:

*Comandare non è però l'unica funzione. Una norma può non solo comandare ma anche autorizzare un certo comportamento; e infine eliminare la validità di un'altra norma, cioè derogare a un'altra norma. Oltre a ciò, anche il permettere viene visto come una funzione normativa. Se la «norma» viene definita come un certo significato (oppure come contenuto del significato) e questo significato viene definito nel senso che qualcosa «deve» essere o «deve» accadere, in particolare che un uomo deve comportarsi in un certo modo, il verbo «dever essere» viene usato con un significato più ampio del solito.*²⁹²

289 *Ibidem*, p. 19.

290 *Idem*.

291 *Ibidem*, p. 68.

292 “Mandar no es, sin embargo, la única función. Una norma puede no sólo mandar sino también autorizar cierto comportamiento, y asimismo eliminar la validez de otra norma, esto es, derogar otra norma. Por otra parte, también el deber es visto como función normativa. Si la «norma» viene definida como un cierto significado (o como contenido del significado) es este significado el que viene definido en el sentido de que algo «debe» ser o «debe» suceder,

Acerca de las funciones definitoria e interpretativa se refiere Kelsen en los siguientes términos: “A las normas no independientes pertenecen, por fin, aquellas que determinan con mayor especificidad el sentido de otras normas, en cuanto definen un concepto utilizado en la formulación de otra norma, o interpretan de otra manera auténticamente una norma”.²⁹³

Conforme a la nueva estipulación, la clasificación de las normas jurídicas según sus funciones sería: normas obligatorias, normas permisivas, normas facultativas o autoritativas, normas derogatorias, normas definitivas y normas interpretativas. Todas ellas dependientes.

A pesar de que en el desarrollo de este epígrafe seguiré básicamente el modelo normativo expuesto por Kelsen en la segunda edición de *La teoría pura*, complementaré la exposición de las distintas funciones normativas potenciándola hasta sus últimas consecuencias, *i. e.*, según las presentó en su obra póstuma: *Teoría general de las normas*.

Sin ánimos de exhaustividad y sólo a título informativo, veamos en qué consiste cada uno de estos tipos de normas dependientes.

Las normas obligatorias. Se corresponden con las normas jurídicas secundarias y son aquellas que establecen la conducta debida por un cierto sujeto, *i. e.*, el valor binario opuesto a aquella que es el acto antijurídico. A ellas se refiere Kelsen cuando dice:

Ya en otro contexto se señaló que cuando una norma obliga a determinada conducta, y una segunda norma estatuye una sanción para el caso de no observancia de la primera, ambas se encuentran entrelazadas entre sí esencialmente. Ello sucede, especialmente, cuando un orden normativo —como un orden jurídico— obliga a una determinada conducta, justamente en cuanto enlaza a la conducta contraria un acto coactivo, una sanción.²⁹⁴

Repitiendo lo dicho en la primera edición, Kelsen insiste en que las normas secundarias son superfluas desde el punto de vista de la técnica legislativa, y da algún ejemplo: “se ve claramente que la norma que establece: «No debes matar» es superflua, si existe una norma válida que establezca que: «Quien mate, será sancionado penalmente»”.

en particular que un hombre debe comportarse de cierto modo, el verbo «deber ser» es usado con un significado más amplio que de costumbre”. Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, Mario G. Losano (ed.), trad. de Mirella Torre, Turín, Giulio, p. 157.

²⁹³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79, p. 70.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 67.

En la *Teoría general de las normas*, Kelsen complementaría su concepción de las normas obligatorias estableciendo que a pesar de que comúnmente se considere que “mandar” y “prohibir” son verbos que cumplen funciones distintas, lo cierto es que cumplen una misma función referida a comportamientos diferentes: “*Dal punto di vista linguistico si fa una distinzione fra «comandare» e «vietare». Questi verbi non indicano due funzioni differenti, bensí un'unica funzione, referita a comportamenti differenti: un'azione a l'omissione di questa azione*”.²⁹⁵ Consecuentemente, mientras las órdenes tienen como finalidad prescribir u ordenar la realización de una conducta, las prohibiciones ordenan o prescriben la omisión de una conducta.

Podemos decir que mientras unas imponen una obligación de hacer, las otras imponen una obligación de omitir. Poniendo a las normas preceptivas y prohibitivas en contacto con la norma primaria tendríamos los siguientes ejemplos en orden respectivo: “Sujeto ‘x’, debes pagar tus deudas conforme a lo pactado en contratos válidos, ya que si no pagas tus deudas conforme a lo pactado en contratos válidos, deberás ser sancionado”. A la cual correspondería la siguiente norma prohibitiva: “Sujeto ‘x’, debes omitir el no pagar tus deudas de conformidad con lo pactado en contratos válidos ya que si no omites no pagar tus deudas de conformidad con lo pactado en contratos válidos, deberás ser sancionado”. Nótese que en ambos casos la norma primaria es exactamente la misma, debido a que, en realidad, según la definición kelseniana, mandato y prohibición cumplen la misma función. El ejemplo dado por el mismo Kelsen es: “*Il divieto «Non si deve rubare» equivale al comando «Si deve omettere rubare»*”.²⁹⁶

a) *Las normas permisivas*

En la segunda edición de *La teoría pura*, Kelsen ya hablaba de cierto tipo de normas dependientes, caracterizadas por delimitar el ámbito de validez de otra norma jurídica que prohibía la conducta para la cual se

²⁹⁵ “Desde el punto de vista lingüístico se hace una distinción entre «mandar» y «prohibir». Estos verbos no indican dos funciones diferentes, sino una única función, referida a comportamientos diferentes: una acción o la omisión de esta acción”. Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, cit., nota 291, p. 156.

²⁹⁶ “«No se debe robar» equivale al mandato «Se debe omitir»”. Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, cit., nota 291, p. 56.

establecía la permisión: “Normas jurídicas no independientes son también aquellas que permiten positivamente una determinada conducta. Puesto que sólo delimitan el dominio de validez de una norma jurídica, que prohíbe esa conducta al enlazar a la contraria una sanción”.

Un ejemplo de este tipo de normas podría ser el siguiente: supóngase una norma N1 que dice: “Quienes sean declarados no aptos por incapacidad física o mental, en las condiciones prescritas por la legislación militar, liberarán su servicio militar sin prestar servicio activo”. Supóngase ahora la norma N2 siguiente: “Todos los mexicanos mayores de edad deberán cumplir con su servicio militar”. Como puede verse, la primera norma (la permisiva) sólo tiene sentido si es interpretada en relación con la segunda (obligatoria) respecto de la cual constituye una excepción. A su vez, ambas tienen sentido como parte de una norma jurídica independiente que dijera: “Todos los mexicanos mayores de edad, salvo los que sean declarados no aptos física o mentalmente conforme a lo prescrito en la legislación militar, deberán prestar su servicio militar, ya que de no hacerlo deberán ser sancionados con una pena de prisión que irá de los cuatro a los seis años”.

En la segunda edición de *La teoría pura*, Kelsen apenas presta atención a las llamadas permisiones negativas: “La función de la permisión meramente negativa, consistente en que el orden jurídico no prohíba determinada conducta, no entra aquí ya en juego, puesto que la permisión resulta aquí de una norma positiva”.

Los conceptos de permisión positiva y permisión negativa son retomados por Kelsen en la *Teoría general de las normas*. El concepto de permisión positiva es prácticamente el mismo, salvo por el hecho de que se pone más énfasis en su analogía con una derogación parcial respecto de la norma cuyo ámbito de validez delimita:

*Permettere in un senso positivo non è la funzione diretta della norma che abolisce limita la validità di una norma è invece la sua funzione indiretta perché l'essere permesso di un comportamento è la conseguenza del fatto che il divieto di questo comportamento (o il comando di omettere questo comportamento) viene abolito o limitato.*²⁹⁷

²⁹⁷ “Permitir un sentido positivo no es la función directa de la norma que limita la validez de otra norma; es su función indirecta porque el estar permitido un comportamiento es la consecuencia del hecho de que la prohibición de este comportamiento (o el mandato de omitir este comportamiento) es abolido o limitado”. Kelsen, Hans, *Teorie generale delle norme*, cit., nota 291, p. 15.

Respecto de la permisión negativa, Kelsen es más explícito en su obra póstuma que en la segunda edición de *La teoría pura*. Para él, decir que una conducta está permitida de modo negativo equivale a decir que ella no está ordenada, prohibida, autorizada ni permitida en sentido positivo por el derecho, *i. e.*, su realización es libre desde el punto de vista del derecho, no es una conducta jurídicamente regulada:

Dire che una certa condotta è in questo senso «permessa», significa che non esiste alcuna norma che prescriva o vieti, permetta o autorizzi questo comportamento. «Permettere» in questo senso negativo non è quindi minimamente la funzione di una norma. Non esiste un «permettere» in questo senso negativo come funzione di una norma; esiste soltanto un essere permesso quale proprietà di un comportamento che non costituisce oggetto di nessuna norma; ad esempio respirare, pensare.²⁹⁸

b) Normas autorizativas o facultativas²⁹⁹

Son las normas diferentes a las que imponen sanciones, que por primera vez son mencionadas en el pensamiento kelseniano. Ya en la primera edición de *La teoría pura* se refiere Kelsen a ellas, concibiéndolas como tipos de normas jurídicas que confieren derecho políticos: “Hay una facultad cuando entre las condiciones de la consecuencia jurídica se incluye una manifestación de voluntad dirigida hacia ella y emitida en forma de acción procesal o de querrela del lesionado en sus intereses por la situación de hecho antijurídica”.³⁰⁰

Como puede verse, y tal como hemos resaltado en otro lugar, ya aquí se encuentra el germen de la teoría de la norma jurídica independiente. La manera en que, por virtud de las normas que confieren facultades, se puede contribuir en la producción normativa es mediante el ejercicio de

²⁹⁸ “Decir que una cierta conducta está en este sentido «permitida», significa que no existe ninguna norma que prescriba o prohíba, permita o autorice este comportamiento, «permitir» en este sentido negativo no es mínimamente la función de una norma. No existe un «permitir» en este sentido negativo como función de una norma; existe solamente un estar permitido como propiedad de un comportamiento que no constituye objeto de ninguna norma, por ejemplo, respirar, pensar”. Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, *cit.*, nota 291, p. 157.

²⁹⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79, p. 68.

³⁰⁰ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 245, p. 78.

acciones procesales que habrán de desembocar en sentencias judiciales o normas jurídicas individualizadas. En ese sentido nos dice Kelsen que si los derechos políticos

se caracterizan por conceder al facultado una participación en la formación de la voluntad estatal, también el derecho subjetivo privado es entonces un derecho político, pues también hace tomar parte al facultado en la formación de la voluntad del Estado. Ésta se expresa en la norma individual de la sentencia judicial no menos que en la norma general de la ley.³⁰¹

La misma noción de facultad pasa a la segunda edición, donde las normas que la confieren son expresamente definidas como normas dependientes: “también las normas que facultan una determinada conducta son normas no independientes, mientras se entienda por “facultar” otorgar a un individuo un poder jurídico, es decir, conferirle el poder de producir normas jurídicas. Puesto que sólo determinan una de las condiciones a las cuales, una norma independiente, enlaza el acto coactivo”.³⁰² En esta edición expresamente quedan incluidas, dentro de la categoría de normas facultativas, las de la Constitución que regulan los procedimientos judiciales y de justicia administrativa.³⁰³

En su *Teoría general de las normas*, Kelsen amplía su tratamiento de las normas autorizativas o facultativas señalando con toda claridad que es característico de ellas ser “inviolables” desde el momento en que no son condiciones para la aplicación de una sanción, *i. e.*, no estar prohibidas, y además, que los actos cuyo sentido subjetivo sea la aplicación o creación de una norma, que no correspondan con un sentido objetivo por no estar efectivamente facultados por una norma, son nulos:

Una norma giuridica autorizza certi individui a produrre o applicare norme giuridiche... Un individuo che non ne abbia l'autorizzazione non può produrre o applicarsi diritto. I suoi atti non hanno oggettivamente il carattere di produzione o di applicazione del diritto anche se soggettivamente non è il loro senso oggettivo. Questi atti non hanno —come si dice— alcun effetto giuridico; sono nulli, cioè non esistono sul piano giuridico. Quindi non «violano» neppure una norma giuridica in vigore. A meno che

³⁰¹ *Ibidem*, p. 82.

³⁰² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79, p. 68.

³⁰³ *Ibidem*, p. 69.

*la statuizione di tali atti sia giuridicamente vietata, sia cioè condizione di una sanzione. Essi violano allora questo divieto.*³⁰⁴

Aunque la cita es demasiado extensa he considerado necesario reproducirla, ya que en ella creo encontrar una ambigüedad lingüística en el uso de “prohibido” por parte de Kelsen. Como se recordará de lo expuesto anteriormente, para Kelsen la prohibición equivale a una orden sólo que en relación con una conducta de tipo negativo. Como resaltamos en su momento, el lugar ocupado por la prohibición, desde esa acepción, en el esquema de la norma independiente correspondía a la norma secundaria y no a la conducta antijurídica. Conforme a lo dicho, el lugar de la prohibición era el siguiente: “Debes omitir robar”,³⁰⁵ si no omites robar, entonces deberás ser sancionado. Sin embargo, en el apartado dedicado a las normas autorizativas (sólo a once páginas de distancia del primer sentido de prohibido) Kelsen ubica a la conducta prohibida en el lugar de la conducta antijurídica, *i. e.*, como antecedente de la sanción y no ya como conducta debida.

En todo caso y dejando de lado la ambigüedad apuntada, debe resaltarse que para Kelsen ya ocupan un papel importante las normas que en vez de dar lugar a sanciones pueden dar lugar a nulidades. Esta característica debe tenerse presente para cuando consideremos las reglas secundarias de Hart e incluso, las técnico-convencionales de Robles.

c) *Normas derogatorias*

La última de las funciones normativas que tiene un tratamiento paralelo en la segunda edición de *La teoría pura y la Teoría general de las normas* es la derogatoria.

Así, en la segunda edición puede leerse: “Así como una norma jurídica puede limitar el dominio de validez de otra (se refiere a las permisivas positivas) también pueden eliminar completamente la validez de otra.

³⁰⁴ “Una norma jurídica autoriza a cierto individuo a producir o aplicar normas jurídicas... Un individuo que no tenga la autorización no puede producir o aplicar derecho. Sus actos no tienen objetivamente el carácter de producir o de aplicar del derecho. Estos actos no tienen —como se dice— ningún efecto jurídico. En estos casos no se «viola» ninguna norma jurídica en vigor. Salvo en el caso de que la realización de tales actos esté jurídicamente prohibida, o sea condición de una sanción”. Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, *cit.*, nota 291, p. 167.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 156.

También esas normas derogatorias son normas no independientes, que sólo pueden ser entendidas conjuntamente con otras que estatuyen actos coactivos”.³⁰⁶

En la *Teoría general de las normas* puede leerse:

*Una funzione normativa estremamente particolare è quella che consiste nell' abrogare la validità di un'altra norma, il che viene definito deroga... La funzione di una norma soltanto derogatoria non è, come quella di altre norme, il comandare, l'autorizzare, il permettere un certo comportamento. Essa non afferma che in presenza di certe condizioni deve verificarsi un certo comportamento; abroga invece il fatto che sia dovuto un comportamento stabilito in una norma fino a quel momento valida. Essa statuisce non un dover essere, bensì un non-dover-essere.*³⁰⁷

Las normas definitivas e interpretativas no vuelven a ser expuestas en la Teoría general de las normas.

Crítica al segundo modelo normativo kelseniano

Una vez analizada la estructura de la norma independiente de Hans Kelsen, y el significado teórico de sus elementos, parece oportuno exponer los criterios conforme a los cuales se puede identificar una norma jurídica desde una perspectiva estructural. Ello nos brindará la oportunidad de poner de relieve ciertos problemas de la concepción estudiada.

Como primer intento ensayemos la definición siguiente: una norma es una norma jurídica dependiente si cumple con alguna de las siguientes funciones: 1) impone una obligación; 2) confiere una facultad; 3) establece una permisión positiva; 4) deroga otra norma del mismo sistema al que pertenece; 5) define; 6) establece en que sentido hay que interpretar una norma del mismo sistema al que pertenece y si, además, puede incluirse en

³⁰⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, nota 79, p. 68.

³⁰⁷ “Una función normativa extremadamente particular es la que consiste en abrogar la validez de otra norma... La función de una norma derogatoria no es, cómo la de las otras normas, el mandar, el autorizar, el permitir un cierto comportamiento. Ella no afirma que en presencia de ciertas condiciones debe verificarse cierto comportamiento; abroga el hecho de que sea debido un comportamiento establecido en una norma hasta el momento válido. Ella establece no un deber ser, sino un no-deber ser”. Kelsen, Hans, *Teoría generale delle norme*, cit., nota 235, p. 170.

una estructura lógica tal que funcione como condición para la aplicación de una sanción, *i. e.*, si forma parte de una norma jurídica independiente.

Desde luego, algo falla en nuestra definición, y es que en ella se da por presupuesta, injustificadamente, una absoluta correspondencia entre la categoría genérica “norma” y el género próximo de la especie “norma jurídica”, el cual, a su vez, debería funcionar como género próximo en cada una de las subespecies “normas jurídicas dependientes”. Veamos si es posible la justificación de esta presuposición.

Como se vio en su momento y en correspondencia con los usos normales del lenguaje, solemos asociar a la palabra “norma” la idea de prescripción. Mediante una norma se nos dice algo que tiene como finalidad influir en nuestra conducta en algún sentido. Conforme a esto, hemos considerado aceptable ubicar a las normas dentro de la categoría lingüística de las proposiciones prescriptivas. Nada sorprendente hay en ello.

Como también se vio en su momento, según el Kelsen de la segunda edición de *La teoría pura*, las normas tienen como finalidad orientar la conducta: “«Norma» es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento”.³⁰⁸ Al parecer no hay ningún inconveniente en sostener que Kelsen hubiera admitido que, conforme a lo dicho por él mismo, las normas son proposiciones prescriptivas. Conforme a esto, la categoría más general, en la que quedarían encuadradas las normas, sería la de proposiciones prescriptivas. Dentro del género “normas” cabría englobar diversas especies, una de las cuales son las normas jurídicas, y a cuya diferenciación respecto de los demás tipos de normas, Kelsen dedica buena parte de su teoría.

Dentro del género “normas jurídicas” Kelsen distingue dos grandes especies: las dependientes y las independientes. Pues bien, siendo las normas dependientes especies de normas jurídicas y siendo las normas jurídicas especies de normas y siendo las normas especies de proposiciones prescriptivas, sería de esperar que todas las normas dependientes pudieran ser encuadradas dentro de la categoría de proposiciones prescriptivas.

Sin embargo, es aquí donde comienzan las dificultades, ya que, si bien es cierto que tanto las normas permisivas, como las facultativas y las obligatorias tienen un claro carácter prescriptivo, no podemos decir lo mismo de las definitivas, las derogatorias ni las interpretativas. ¿Qué función prescriptiva puede tener una definición?; ¿acaso no solemos

³⁰⁸ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79, p. 19.

identificarla más con funciones cognoscitivas que con funciones prescriptivas?; ¿en qué sentido el dejar sin efecto una norma puede ser entendido como una prescripción?; ¿acaso no el mismo Kelsen nos habla de un no-deber?; ¿en qué sentido las normas interpretativas pueden considerarse prescriptivas y además, con un carácter prescriptivo distinto al facultativo, permisivo u obligatorio?

A pesar de que, como veremos más adelante, algunos autores han intentado responder a estas cuestiones, lo cierto es que al interior de *La teoría pura* no encontramos elementos para afrontarlas sin caer en el error de imputar a Kelsen cosas que nunca dijo o que tal vez difícilmente estaría dispuesto a aceptar.

A reserva de volver sobre estas cuestiones y con el fin de no dejar en el aire la respuesta sobre los criterios para definir una norma jurídica desde una perspectiva estructural diremos que: una norma jurídica dependiente es toda proposición lingüística que cumple una función preceptiva, facultativa o permisiva, positiva, derogatoria, definitoria o interpretativa y que, además, puede ser ubicada en una estructura lógica en la que cumple la función de condición para la aplicación de una sanción, *i. e.*, en una norma jurídica independiente. Por cierto, cabe también hacer notar que, a pesar de que la norma jurídica independiente es el producto de la suma de varias normas dependientes y siendo la sanción sólo un elemento más de la norma independiente, Kelsen nunca habló expresamente de una función normativa sancionatoria ni de normas sancionatorias.

Como Kelsen nada dice sobre el carácter lingüístico de las normas definitorias, derogatorias e interpretativas, nos limitaremos a afirmar que son proposiciones de clasificación lógico-lingüística indeterminada al interior de la teoría pura. Si el ser proposición prescriptiva puede ser considerada una propiedad necesaria para que una proposición lingüística sea una norma, el carácter normativo de estas supuestas normas estará también indeterminado.

Ahora nos quedan por analizar las normas jurídicas independientes. Las complicaciones apuntadas respecto de las normas dependientes no se dejarán esperar. Si hiciéramos la concesión de que todas las normas dependientes son proposiciones prescriptivas, entonces podríamos intentar la siguiente definición del criterio conforme al cual identificar una norma jurídica independiente de entre las demás proposiciones prescriptivas: “Toda proposición molecular que tenga como condición para la aplicabi-

lidad de una sanción positiva una o varias proposiciones prescriptivas, es una norma jurídica independiente desde un punto de vista estructural”.

Sin embargo, dicha definición tendría que enfrentarse a la siguiente objeción: según se desprende de la caracterización teórica de las normas independientes, más que quedar englobadas en el concepto de proposición, lo estarían en el de discurso, *i. e.*, un sistema de proposiciones. Sin embargo, concebir una norma como un discurso y no como una proposición resulta contraintuitivo.

Ahora, si retiramos nuestra concesión e incluimos en el análisis el hecho de que el *status* prescriptivo de algunas de las normas dependientes es dudoso, tendremos que abandonar no sólo el intento de definir a las normas independientes como discurso prescriptivo, sino también, y con mayor razón, como proposición prescriptiva. La única salida posible es definirla como una proposición molecular de tipo condicional cuyo antecedente puede estar constituido por proposiciones lingüísticas atómicas que cumplan cualquiera de las siguientes funciones: permitir en sentido positivo, obligar, facultar, derogar, definir o establecer criterios de interpretación auténtica para otras normas del mismo sistema a que pertenecen y que, además, tenga como consecuente una sanción.

A pesar de que es claro que tanto en ésta como en la interpretación sobre los requisitos que debe satisfacer una norma dependiente nos hemos alejado del sentido original que Kelsen quiso imprimir a su teoría, emplearemos estas construcciones teóricas correctoras de las deficiencias de la teoría pura para poder proseguir nuestra investigación.

Al igual que sucedió con los modelos normativos de Austin y el primero de Hans Kelsen, que una proposición satisfaga los requisitos estructurales y la significación teórica de sus elementos es sólo una propiedad necesaria, pero no suficiente para ser una norma: además, debe poseer ciertas propiedades metalógicas. Veamos cuáles son:

Propiedades metalógicas

Para que una proposición con las características estructurales de una norma dependiente o independiente pueda ser considerada norma jurídica, necesariamente debe: *a)* pertenecer a un sistema jurídico determinado y *b)* ser mínimamente eficaz.

Pertenencia a un sistema jurídico determinado. “Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden”.³⁰⁹

Satisfacer este requisito presupone, por tanto: 1) que la norma haya sido creada conforme al procedimiento establecido por una norma jerárquicamente superior que a su vez haya sido creada conforme al procedimiento establecido por una norma superior, y así sucesivamente, hasta llegar a una norma fundante o *Grundnorm* que diga: “los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera Constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la Constitución lo prescribe),”³¹⁰ y 2) que el sistema jurídico al que pertenezca la norma sea mínimamente eficaz. Lo suficientemente eficaz para que la aplicación de las normas que regulan la producción de la norma en cuestión haya operado.

La norma misma debe tener un mínimo de eficacia. Es suficiente como para no ser derogada por *desuetudo*: “la norma jurídica, al ser duramente inaplicada o no acatada, puede perder su validez mediante la llamada *desuetudo* o desuso”.³¹¹

Los criterios de membresía y existencia de una norma jurídica en *La teoría pura del derecho* se pueden obtener de las propiedades necesarias y suficientes de la norma jurídica.

El criterio de la existencia. Una norma jurídica existe cuando es válida: “Si se pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica perteneciente a un determinado orden jurídico, la respuesta sólo puede consistir en referir a la norma fundante básica de ese orden”.³¹²

El criterio de membresía. Una norma jurídica pertenece a aquel sistema normativo al que pertenecen la norma jerárquicamente superior conforme a la cual ha sido creada y la *Grundnorm* en que esta última fundamenta su validez.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 45.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 208.

³¹¹ *Ibidem*, p. 224.

³¹² Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 79, p. 114.

XI. EL PLURALISMO PRESCRIPTIVISTA

En páginas anteriores nos hemos ocupado de analizar dos teorías cuya característica común es considerar que el derecho se integra por un solo tipo de normas. En este sentido, y sólo en este sentido, he agrupado a dichas teorías bajo el rubro prescriptivista monista.

A partir de este momento nos ocuparemos de otras dos teorías cuya característica común es considerar que el derecho se integra por, al menos, dos clases distintas de reglas o normas que tienen como finalidad orientar la conducta. A éstas como a todas aquellas teorías que sostengan la misma tesis, las agruparemos bajo el rubro “pluralismo prescriptivista”.

Las teorías que ocuparán nuestra atención son: la teoría del derecho como unión de reglas primarias y secundarias, y el aspecto prescriptivo de la teoría de las reglas de Robles, *i. e.*, sus reglas directas.

El pluralismo prescriptivista de Hart: el derecho como unión de reglas primarias y secundarias

A. Ubicación dentro de la clasificación de Alf Ross

Como veremos a continuación, Hart construye un modelo teórico en el que el derecho es un sistema constituido por dos tipos de piezas: *a)* reglas primarias y *b)* reglas secundarias. Las primeras son las que imponen obligaciones, y las segundas (con las reservas que más adelante se harán valer) son las potestativas. La clase de directiva más próxima a ambos tipos de reglas en el esquema de Alf Ross sería el de los directivos impersonales y heterónomos o cuasimandatos.

No obstante, debo hacer una matización. Mientras la clasificación es bastante acertada respecto de las reglas primarias, no lo es tanto respecto de las secundarias, por la sencilla razón de que Ross al hablar de cuasimandatos parece estar pensando sólo en proposiciones que imponen deberes y obligaciones y no en aquellas que tienen la estructura similar a la de las reglas técnicas (“si quieres *p*, tienes que *q*”). Las reglas con esa estructura las concibe dentro de los directivos impersonales heterónimo-autónomos, dentro de los cuales no incluye reglas legales, sino reglas de juegos y semejantes.

B. *Crítica de Hart a los modelos prescriptivistas monistas (su insuficiencia para explicar un derecho moderno)*

En *El concepto del derecho* Hart dirige sus críticas contra los modelos teóricos pertenecientes al prescriptivismo monista imperativista, a través de sus ataques a la versión reforzada de la teoría kelseniana de las normas dependientes e independientes.

La razón fundamental por la que Hart critica los modelos monistas referidos parece estar en que éstos no dan cuenta de una serie de asociaciones mentales que acompañan a nuestras intuiciones sobre lo que es un sistema jurídico moderno.

Concebir que el derecho está integrado sólo por normas que imponen obligaciones reforzadas por sanciones, parece decir Hart, es suficiente para dar cuenta de un tipo particular de concepción del derecho, correspondiente a un derecho primitivo: “para que una sociedad pueda vivir únicamente con tales reglas primarias, hay ciertas condiciones que, concediendo algunas pocas verdades trilladas relativas a la naturaleza humana y al mundo en que vivimos, tienen que estar claramente satisfechas”.³¹³ Estas condiciones son: 1) que las reglas restrinjan el uso de la violencia, el robo y el engaño. “Tales reglas siempre aparecen en las sociedades primitivas que conocemos, junto con una variedad de otras reglas que imponen a los individuos deberes positivos diversos, como cumplir ciertos servicios o hacer contribuciones a la vida común”.³¹⁴ 2) Aunque en la sociedad pueda haber cierta tensión entre lo exigido por las reglas y el comportamiento de algunos miembros de la sociedad, es muy claro que el segundo grupo es minoritario y que la mayoría vive de acuerdo con las reglas.

Estas características son necesarias para la sobrevivencia de la sociedad ya que debido a su elemental organización hay poca presión social que temer: “Esto también está confirmado por lo que sabemos de las comunidades primitivas en las que, aunque hay disidentes y malhechores, la mayoría vive de acuerdo con las reglas vistas desde el punto de vista interno”.³¹⁵ Del punto de vista interno nos ocuparemos más adelante; sin

³¹³ Hart, *El concepto de derecho...*, cit., nota 172, p. 114.

³¹⁴ *Idem.*

³¹⁵ *Idem.*

embargo, de manera muy simplificada se puede comprender como el concebir una regla jurídica como proposición prescriptiva y no como proposición descriptiva que busque dar cuenta de regularidades acontecidas en el mundo fáctico. 3) Un derecho constituido únicamente de reglas primarias sólo sería posible en “una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias y ubicada en un ambiente o circunstancia estable”.³¹⁶

Las principales asociaciones mentales que acompañan a nuestras intuiciones de lo que es el derecho moderno y que no acompañan a nuestras asociaciones de lo que es un derecho primitivo, y de las que, por tanto no da cuenta la concepción del derecho como unión de reglas primarias, son: 1) solemos asociar a la noción de derecho moderno, la idea de que éste es un sistema de reglas. En el caso del derecho primitivo “las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria”.³¹⁷

A este defecto de la estructura social simple de reglas primarias Hart lo llama “falta de certeza”. 2) Cuando pensamos en un derecho moderno, solemos asociar la idea de que, de alguna manera, es posible la modificación deliberada del sistema jurídico mediante la introducción, modificación o supresión de una o algunas de sus reglas.

Esta asociación no puede hacerse (y por tanto no puede explicarse) respecto de la concepción del derecho como conjunto reglas primarias: “En tal sociedad (la regida por reglas primarias) no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas”.³¹⁸

A este defecto se refiere Hart con la expresión “carácter estático de las reglas”. 3) Cuando pensamos en un derecho moderno, es corriente asociar la idea de la existencia de autoridades que de modo concluyente decidan sobre las posibles violaciones de una regla del sistema.

En el caso del derecho primitivo, no es dable tal noción, ya que es una sociedad regida por un tipo de derecho constituido sólo por reglas primarias: “siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no

³¹⁶ *Idem.*

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 114 y 115.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 115.

violada y, salvo en las sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva y con autoridad, el hecho de la violación”.³¹⁹

4) Implicada en la asociación mental hecha a la noción de derecho moderno expuesta en 2, está la idea de la existencia de órganos legislativos que no es dable en el caso de la concepción del derecho como conjunto de reglas primarias: “Una estructura social de este tipo (con un derecho formado por reglas primarias) es designada a menudo como una estructura social basada en la “costumbre”;³²⁰ 5) implicada en la asociación mental hecha a la noción de derecho moderno expuesta en 3, está la idea de la existencia de órganos encargados de dirimir controversias, la cual, como vimos, no se presenta en el caso del derecho primitivo. 6) Una última, pero muy importante asociación que acompaña a nuestras intuiciones de lo que es un derecho moderno y de la que no da cuenta el modelo normativista, según el cual el derecho es un conjunto de reglas primarias, estriba en que al lado de las reglas primarias es normal asociar también bajo la noción de regla, a ciertas proposiciones que no orientan la conducta mediante la imposición de deberes, sino a través de la determinación de lo que hay que hacer para obtener resultados jurídicamente válidos: “tales normas no imponen deberes u obligaciones.

En lugar de ello, acuerdan a los particulares facilidades para llevar acabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho”.³²¹ Son ejemplo de estas reglas las que definen la manera de celebrar contratos, matrimonios, testamentos, etcétera.³²² Implicada en la asociación mental hecha a la noción de derecho como conjunto de reglas primarias y secundarias que incluyan a aquellas que otorgan potestades expuesta en 4, se encuentra la noción de nulidad jurídica: “Al otorgar nuestro testamento podemos ‘cumplir’ o no con lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Testamentos de 1837, en cuanto al número de testigos. Si no cumplimos,

³¹⁹ *Ibidem*, p. 116.

³²⁰ *Ibidem*, p. 113.

³²¹ *Ibidem*, p. 35.

³²² *Idem*.

el documento no será un testamento ‘válido’ que crea derechos y deberes: será un ‘acto nulo’ sin ‘fuerza’ o ‘efecto’ jurídicos”.³²³

C. *El modelo del derecho como unión de reglas primarias y secundarias*

La manera en que según Hart puede ser corregido el modelo monista consiste en introducir nuevos elementos que den cuenta de las ideas asociadas a la noción de derecho moderno que aquél deja sin explicación. Esos elementos teóricos son los conceptos de regla de reconocimiento, regla de cambio y regla de adjudicación, todas englobables bajo el rubro “reglas secundarias”: “El remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma más simple de estructura social, consiste en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias que son de un tipo diferente”.³²⁴

Introduciendo estas reglas tendremos un modelo teórico satisfactorio para explicar un derecho moderno: “La introducción del remedio para cada defecto podría, en sí, ser considerada un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico... los tres remedios en conjunto son suficientes para convertir el régimen de reglas primarias en algo que es indispensablemente un sistema jurídico”.³²⁵

La regla de reconocimiento es la que hace posible la solución al problema de la falta de certeza, y consiste en un parámetro que funciona como criterio de identificación de todas las reglas pertenecientes a un mismo sistema jurídico. Como puede verse, la regla de reconocimiento de Hart cumple la misma función que la *Grundnorm* en la teoría pura del derecho, salvo por una distinción fundamental: la regla de reconocimien-

³²³ *Idem*.

³²⁴ *Ibidem*, pp. 116 y 117. Sobre los conceptos de regla primaria y regla secundaria véase Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, Turín, Giappichelli, 1967. Lee, K. K., “Hart’s Primary and Secondary Rules”, *Mind*, 1968, pp. 561-564. Véase Gerber, G., “Levels of Rules and Hart’s Concept of Law”, *Mind*, LXXXI, 1972. pp. 102-105. Amato, Giuliano, *Raporti fra norme primarie e norme secondarie, aspetti problematici*, Milán, Giuffré, 1957. Bobbio, Norberto, “Ancora sulle norme primarie e norme secondarie”, *Rivista di Filosofia*, XLIX, 1968, pp. 35-53.

³²⁵ *Ibidem*, p. 117.

to no es un presupuesto lógico trascendental, sino una cuestión de hecho. Hart critica implícitamente a Kelsen cuando dice:

Algunos autores que han subrayado el carácter jurídicamente último de la regla de reconocimiento, han expresado esto diciendo que, mientras que la validez jurídica de otras reglas del sistema puede ser demostrada por referencia a ella, sino que “se da por admitida”, es “postulada” o es una hipótesis. Esto, sin embargo, puede ser seriamente equívoco.³²⁶

Como bien ha puesto de manifiesto Juan Ramón de Páramo, la regla de reconocimiento de Hart es una cuestión empírica, es una regla contemplada desde el punto de vista externo:

Si la R. R. es una regla aceptada (los tribunales y funcionarios del Sistema identifican efectivamente el derecho con arreglo a los criterios que ella suministra) la Constitución de un país será aceptada. No hace falta una duplicación que sugiera la existencia de una regla que disponga «la Constitución ha de ser obedecida». Una cosa es la R. R. aceptada; otra bien distinta es la existencia de una regla que prescribe la obediencia a ella.³²⁷

A pesar de la enorme importancia que tiene esta regla de reconocimiento en la teoría hartiana, no me ocuparé más de ella en este capítulo.

El problema de la falta de explicación del carácter dinámico de los sistemas jurídicos modernos es resuelto mediante la introducción del concepto de regla de cambio: “El remedio para la cualidad estática de régimen de reglas primarias, consiste en la introducción de lo que llamaremos ‘reglas de cambio’... es en términos de tal regla... que han de ser entendidas las ideas de creación y derogación de normas jurídicas por vía legislativa”.³²⁸

Como se puede ver, la regla de cambio se caracteriza por la concesión de potestades públicas, concretamente de tipo legislativo. Éstas pueden cumplir dos funciones: *a)* especificar las personas que han de legislar, y *b)* determinar el procedimiento a seguir en la legislación: “Tales reglas de cambio pueden ser muy simples o muy complejas; las potestades conferidas pueden ser limitadas o ilimitadas de diversas maneras; y las reglas, además de especificar las personas que han de legislar, pueden de-

³²⁶ *Ibidem*, p. 134.

³²⁷ Páramo, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría...*, cit., nota 188, p. 252.

³²⁸ Hart, *El concepto de derecho*, cit., nota 172, p. 119.

finir en forma más o menos rígida el procedimiento a ser seguido en la legislación”.³²⁹

Debe destacarse que la regla de cambio no es sino un tipo de aquella clase de proposiciones de las que no da cuenta el modelo simple. Al lado de ellas se encuentran las que confieren facultades a los particulares para realizar actos jurídicamente válidos:

Sin tales reglas que confieren potestades privadas, la sociedad carecería de algunas de las principales facilidades que el derecho les acuerda, porque los actos que tales reglas hacen posible, son el otorgamiento de testamentos, la celebración de contratos, y muchas otras estructuras de derechos y deberes creadas voluntariamente... El parentesco entre estas reglas y las reglas de cambio que están en juego en la noción de legislación, es claro.³³⁰

El problema de la presión social difusa es resuelto mediante la introducción del concepto de regla de adjudicación: “El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquél ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria”.³³¹ Son funciones de estas reglas determinar a los individuos que han de ejercitar la actividad jurisdiccional y definir el procedimiento a seguir.³³²

Con la introducción de los conceptos de regla de cambio y regla de adjudicación también se resuelven las dificultades implicadas en los problemas respectivos a esos conceptos, *i. e.*, la falta de referencia a órganos legislativos y judiciales. Aludiendo concretamente a las reglas de adjudicación nos dice Hart: “estas reglas, como las otras reglas secundarias, definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de tribunal, jurisdicción y sentencia”.³³³

Al introducir el concepto de reglas de cambio y adjudicación, Hart también introduce de manera inevitable el concepto de nulidad ignorado por el modelo monista. Ambas reglas son especie de aquellas que, en ca-

³²⁹ *Idem.*

³³⁰ *Ibidem*, p. 120.

³³¹ *Idem.*

³³² *Idem.*

³³³ *Idem.*

so de ser “desobedecidas”, tendrán como efecto una nulidad, y en ningún caso una sanción. Pertenecen al mismo género que las que conceden potestades o facilidades a los particulares.

Para reforzar su tesis, según la cual las reglas secundarias de cambio y adjudicación constituyen un tipo especial y autónomo de reglas, Hart contraargumenta dos concepciones, que tienen en común negar dicha autonomía: la primera, representada por Austin, sostiene que la nulidad es una sanción y que, por tanto, no es una regla autónoma. La segunda, representada por Kelsen, sostiene que las reglas que confieren facultades o potestades son reglas dependientes.

Las reglas potestativas no son especies de reglas primarias por carecer de sanción (sanción y nulidad son conceptos distintos e irreductibles)

Para la primera teoría, las nulidades son especies de sanciones que sobrevienen al hecho de que alguien no ha satisfecho con alguna condición necesaria para ejercitar una potestad:

La nulidad, se pretende, a semejanza del castigo imputado por la norma penal, es un mal o sanción amenazado... Del mismo, se nos invita a concebir a la regla que establece que un testamento sin dos testigos carece de eficacia, como una regla que impulsa a los testadores a cumplir con el artículo 9 de la Ley de Testamentos, tal como la idea de presión nos impulsa a obedecer las normas del derecho penal.³³⁴

Nadie podría negar, nos dice Hart, que en algún sentido la palabra nulidad es connotativa de reacciones psicológicas emparentadas con las que se presentan en el caso de una sanción. Por ejemplo, “la frustración de la esperanza de que una transacción será válida”.³³⁵ Sin embargo, conceptualmente solemos hacer ciertas asociaciones mentales cuando pensamos en la nulidad que no solemos tener cuando pensamos en la sanción. Con estas diferencias se justifica la independencia de las reglas potestativas, respecto de las reglas primarias. Las diferencias son las siguientes:

³³⁴ *Ibidem*, p. 42.

³³⁵ *Ibidem*, p. 43.

1) Implicación necesaria del concepto de nulidad en el concepto de regla potestativa, a diferencia de la autonomía conceptual de la noción de sanción en el caso de las reglas primarias: en las reglas primarias es lógicamente posible distinguir dos partes: una, que establece una pauta de conducta, y otra, que establece la sanción correspondiente para el caso de desobediencia de esa pauta. Desde luego, alguien podría contraargumentar diciendo que una regla tal no podría ser considerada jurídica por faltarle el elemento característico del derecho respecto de otros sistemas normativos. No obstante, es posible distinguir nítidamente la parte de la regla en la que se establece la pauta, de aquella que impone la sanción: “podemos, en cierto sentido, quitar la sanción y dejar una pauta o criterio de conducta inteligible que aquélla estaba destinada a hacer observar”. Sin embargo, las reglas potestativas son impensables sin el concepto de nulidad, ya que si el no cumplimiento de la condición no trajera aparejada la nulidad, no podría decirse que la regla existe ni siquiera como regla no jurídica: no hay posibilidad lógica de hacer tal distinción entre la regla que requiere el cumplimiento de ciertas condiciones, por ejemplo, la firma de testigos para que haya un testamento válido y la llamada sanción de “nulidad”.³³⁶

2) El carácter neutro de la nulidad, a diferencia del carácter motivador de la sanción. En el caso de las reglas primarias, las pautas de conducta por ellas establecidas son motivadas indirectamente mediante la sanción. En el caso de las reglas potestativas no tendría sentido decir que la conducta que satisface la condición por ella impuesta es motivada indirectamente por la nulidad. Los motivos por los que puede ser conveniente a alguien aprovechar la facilidad concedida por una regla pueden ser de lo más diverso y normalmente no pensaríamos que se realizan para evitar la nulidad.

3) De las reglas potestativas no puede predicarse la existencia de una conducta indeseable que busque ser desalentada mediante la aplicación de nulidades como puede decirse de las reglas primarias: “¿Cómo podríamos ver a esta luz actividades socialmente deseables tales como las que cumplen los hombres cuando intercambian promesas que no satisfacen las exigencias legales en cuanto a la forma?”.³³⁷ Las reglas potestativas no buscan “castigar”. Sería absurdo suponer, por ejemplo: “conside-

³³⁶ *Ibidem*, p. 44.

³³⁷ *Ibidem*, p. 43.

rar como sanción el hecho de que una medida legislativa no llega a alcanzar el *status* de ley si no obtiene una mayoría necesaria”.³³⁸

2) La segunda teoría refutada por Hart es sostenida por Kelsen, y consiste en considerar a las normas potestativas como normas dependientes (recordemos las normas facultativas a las que alude Kelsen desde su primera edición de *La teoría pura*). Como la teoría kelseniana ya ha sido expuesta podemos pasar directamente a ver la crítica de Hart. El núcleo fundamental de la crítica es que pretendiendo diluir el concepto de regla potestativa dentro de un concepto más amplio de regla independiente, se oscurece el hecho de que las reglas del derecho cumplen funciones distintas a las atribuibles a las normas primarias:

Representar estas reglas (las potestativas) como meros aspectos o fragmentos de las reglas que imponen deberes es... oscurecer las características distintivas del derecho y de las actividades posibles dentro de su estructura. Porque la introducción en la sociedad de reglas que habilitan a los legisladores para reformar y crear reglas de deber, y a los jueces para determinar cuando estas últimas han sido transgredidas, es un avance tan importante para la sociedad como la invención de la rueda.³³⁹

D. *Los modelos de regla de Hart*

A diferencia de lo que sucedía con las teorías monistas, en el caso de teorías pluralistas se hace necesario definir la estructura lógica de más de una regla. En el caso concreto de Hart, la reconstrucción teórica de los tipos de reglas a que alude se enfrentan con dificultades adicionales: en primer lugar, Hart no explicita su concepción de regla primaria, sino que asume su existencia dentro de los sistemas jurídicos. La consecuencia de esto es el desconocimiento de los conceptos hartianos de sanción, acto antijurídico y deber.

A pesar de todo, creo encontrar una justificación teórica impecable para esta omisión, pues mal quedaría alumbrar las reglas que imponen deberes cuando de lo que se trata es de arrojar luces sobre un tipo de regla diferente, desatendida por las teorías monistas. En segundo lugar, las alusiones explícitas de Hart a las reglas con que hay que complementar los modelos monistas enfocan tres tipos de reglas, dos de las cuales pueden

³³⁸ *Idem.*

³³⁹ *Ibidem*, p. 52.

ser subsumidas, junto con las que confieren potestades privadas, dentro de un esquema lógico general.

Sin embargo, sobre ese esquema lógico nos dice muy poco. Por otra parte, debo apuntar un problema que deliberadamente he decidido pasar por alto, y que consiste en determinar si la regla de reconocimiento, además de funcionar como patrón de identificación de las reglas de un sistema, también puede considerarse una regla potestativa que, de no ser observada, trae aparejada nulidad. Por las razones apuntadas en su momento y por no contar con pasajes concretos con los cuales apoyar esa posible interpretación, he decidido no profundizar en la regla de reconocimiento. En todo supuesto, quien considere viable concebirla como poseedora de un aspecto similar al potestativo, encontrará en lo que sigue un esquema lógico más amplio dentro del cual subsumirla.

a. La estructura lógica de las reglas primarias

Aunque como hemos dicho, Hart no expone su concepción de regla primaria, parece admitir la estructura lógica común de las teorías monistas, *i. e.*, la de una proposición prescriptiva que orienta la conducta determinando una que debe ser omitida, ya que de lo contrario podrá actualizar una sanción. El valor opuesto a esa sanción sería, desde luego, la conducta exigida. Que para Hart la sanción es un elemento fundamental de este tipo de reglas se puso de manifiesto cuando se aludió a la autonomía conceptual de la sanción dentro de las reglas primarias.

Como se recordará, en todo momento Hart alude a la sanción como un elemento de las reglas primarias que puede ser pensado en modo independiente, pero jamás habla de reglas sancionatorias. La postura de Hart respecto de la sanción es reforzada cuando alude a la idea de que una norma sin sanción no sería una norma jurídica (desde luego una norma primaria sin sanción). De esta manera, la sanción pasa de ser una propiedad necesaria para todas y cada una de las reglas de un sistema jurídico, a ser una propiedad necesaria para un tipo de reglas de todo ordenamiento jurídico.

La estructura lógica sería, pues:

$$\{ ({}^{\prime}x^{\prime}O A) \& (\sim{}^{\prime}x^{\prime} A \rightarrow {}^{\prime}x^{\prime} \pi) \}.$$

b. La estructura de las reglas secundarias (comparación con las normas técnicas y proposiciones anankásticas de Von Wright)

Aunque Hart dice poco respecto a la estructura lógica de las reglas potestativas (género al que pertenecen las reglas de cambio y adjudicación), ha dicho lo suficiente como para que otros teóricos consideren que dicha estructura corresponde a las reglas técnicas de Von Wright. Un pasaje significativo de *El concepto del derecho* es el siguiente:

Más adelante consideraremos los intentos hechos por los juristas para asimilar aquellas normas jurídicas que acuerdan facilidades o potestades y expresan «si quieres hacer esto, ésta es la manera de hacerlo», a las leyes penales que, a semejanza de las órdenes respaldadas por amenazas, expresan «haga esto, lo quiera o no».³⁴⁰

Para Carlos Santiago Nino, la estructura de estas reglas recuerda a las reglas técnicas de Von Wright, ello es expresado cuando, aludiendo a las reglas potestativas de Hart, nos dice:

Hay normas jurídicas que se refieren a la forma para celebrar contratos, matrimonios, testamentos, etcétera. Esas normas no tienen por función imponer obligaciones sino acordar a los particulares facilidades para concretar sus deseos (recordar las reglas técnicas de Von Wright), otorgándoles potestades para crear, en ciertas condiciones, derechos y obligaciones dentro de un marco coercitivo.³⁴¹

Veamos pues, qué es para Von Wright una regla técnica: “Un tercer tipo importante de normas, junto a las reglas y a las prescripciones, son las que llamaré directrices o normas técnicas. En términos aproximados guardan relación con los medios a emplear para alcanzar un determinado fin”.³⁴² Como ejemplo de normas de este tipo Von Wright cita la siguiente proposición: “Si quieres hacer la cabaña habitable, tienes que calentarla”.³⁴³

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 36.

³⁴¹ Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis...*, *cit.*, nota 2, p. 89.

³⁴² Wright, G. H., *Norma y acción*, *cit.*, nota 77, p. 29.

³⁴³ *Idem*.

Sobre la caracterización lógico-lingüística de estas reglas o normas, Von Wright expresa lo siguiente: “¿Diremos de la oración citada que es descriptiva o prescriptiva? La contestación adecuada, a mi entender, es que no es ninguna de las dos cosas”.³⁴⁴ Sin embargo, aunque nos dice que las reglas técnicas no corresponden a ninguna de las categorías proposicionales aludidas, no nos dice a cuál pertenecen (hay que destacar que lo que llama prescripciones Von Wright son cierto tipo de proposiciones prescriptivas más o menos correspondientes a los directivos personales de Ross).

Según Von Wright, las normas técnicas no deben ser confundidas con otro tipo de proposiciones de tipo descriptivo a las que llama proposiciones *anankásticas*: “Pienso que sería un error identificar las normas técnicas con las proposiciones anankásticas”.³⁴⁵ La distinción entre proposiciones anankásticas y normas técnicas se pone de relieve en el siguiente pasaje:

Compárese la oración “si quieres hacer la cabaña habitable, tienes que calentarla”, con la oración “para hacer la casa habitable, debe calentarse”. A esta última oración no dudaría en llamarla (puramente) descriptiva... a un enunciado que indique que algo es (o no es) una condición necesaria para otro algo le llamaré un enunciado anankástico.³⁴⁶

Acerca de la estructura lógica de las normas técnicas, nos dice Von Wright: “Consideraré la formulación tipo de las normas técnicas las oraciones condicionales, en cuyo antecedente se hace mención de alguna cosa que desea, y en cuyo consecuente se hace mención de algo que tiene que (hay que, debe o tiene que) hacerse”.³⁴⁷

Una formalización lógica de la norma técnica sería la siguiente:

“cq” $\Upsilon \Rightarrow \emptyset$

Donde:

“cq” = consecuencia deseada.

³⁴⁴ *Idem.*

³⁴⁵ *Idem.*

³⁴⁶ *Idem.*

³⁴⁷ *Idem.*

“ $\Upsilon \Rightarrow$ ” = tener que.
 “ \emptyset ” = acción que tiene que ser hecha.

Volviendo a Hart, e interpretándolo a la luz del concepto de norma técnica, podemos decir que, al parecer, la omisión de Von Wright respecto del carácter proposicional de dichas normas es implícitamente resuelto de tal suerte que al menos las reglas potestativas del derecho puedan ser catalogadas como proposiciones prescriptivas con estructura de normas técnicas. Este carácter prescriptivo de las reglas potestativas se pone de manifiesto cuando Hart, refiriéndose al costo de la uniformidad de las teorías monistas y al aspecto descuidado por éstas, consistente en la forma en que el derecho es vivido por el “buen” hombre, nos dice:

En apoyo de teorías como la que examinamos se sostiene a veces que, al formular el derecho en la forma de una directiva para aplicar sanciones, se gana en claridad, puesto que esta forma pone de manifiesto todo lo que el “mal hombre” necesita saber acerca de aquél. Esto puede ser cierto, pero parece una defensa inadecuada para la teoría. ¿Por qué el derecho no habría de preocuparse igual, si no más, del “hombre desconcertado” o del hombre ignorante que está dispuesto a hacer lo que corresponde, con tal que se le diga en qué consiste? ¿O del “hombre que quiere arreglar sus asuntos”, con tal que se le diga cómo hacerlo?³⁴⁸

A la luz de esta interpretación, podemos decir que la estructura de las reglas potestativas de Hart y por tanto de las de cambio y adjudicación puede formalizarse de la manera siguiente:

$$\{(\text{“cj” } \Upsilon \Rightarrow \emptyset) \ \& \ (\sim \emptyset \rightarrow \sim \text{“cj”})\}$$

Donde “cj” = consecuencia jurídica deseada (un contrato, testamento, ley, sentencia, etcétera, válidos).

“ $\Upsilon \Rightarrow$ ” = tener que.

“ \emptyset ” = conducta que tiene que llevarse a cabo si se quiere obtener “cj”.

³⁴⁸ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 172, p. 50.

“ $\sim \emptyset$ ” = binario opuesto de la conducta “tenía que”.

“ $\sim cj$ ” = nulidad.

“&” = functor lógico de conjunción.

Dicha regla se leería: Si quieres obtener el resultado “cj” tienes que realizar la conducta “ \emptyset ” porque <“&”> de lo contrario <“ $\sim \emptyset$ ”>, no habrá consecuencia jurídica alguna <“ $\sim cj$ ”>.

Gracias a lo expuesto nos encontramos en posibilidad de comenzar a definir los modelos teóricos de reglas jurídicas de Hart.

Es una propiedad necesaria, aunque no suficiente para que una proporción prescriptiva sea una regla jurídica, que satisfaga cualquiera de las estructuras lógicas expuestas y con el significado teórico correspondiente al concepto hartiano de nulidad.

Además de tener que satisfacer alguna de las dos estructuras lógicas expuestas, para que una proposición prescriptiva pueda considerarse una regla jurídica también ha de satisfacer alguna de las siguientes propiedades funcionales: *a*) imponer deberes, o *b*) conceder potestades (dentro de éstas quedan incluidas tanto las que confieren potestades privadas como las reglas de cambio y adjudicación).

Además de las propiedades lógicas y funcionales, son propiedades necesarias de carácter metalógico para ambas reglas: 1) que la proposición sea considerada desde un punto de vista interno, y 2) que pueda ser identificada como parte de un determinado sistema jurídico mediante alguna específica regla de reconocimiento.

c. Propiedades metalógicas

1) Las reglas desde el punto de vista interno

Para Hart, las reglas jurídicas pueden ser consideradas desde dos perspectivas distintas: *a*) desde un punto de vista externo, y *b*) desde un punto de vista interno. Desde el primero, las reglas son consideradas como proposiciones de tipo descriptivo que dan cuenta de regularidades acontecidas en el mundo fáctico del derecho. Éste es el punto de vista empleado por teorías realistas de corte predictivo, según las cuales las reglas jurídicas son las predicciones del sentido en que probablemente decidirán los tribunales teniendo en cuenta lo que “normalmente” acontece. Este punto de vista es el que corresponde a un observador imparcial.

El punto de vista externo es criticado por Hart debido a que no da cuenta de la manera en que las reglas son empleadas por los jueces como razones a considerar para tomar sus decisiones y por los particulares para orientar su conducta: “La objeción fundamental es que la interpretación predictiva oscurece el hecho de que, cuando existen reglas, las desviaciones respecto de ellas no son simples fundamentos para la predicción de que sobrevendrán reacciones hostiles o de que un tribunal aplicará sanciones a quienes las transgreden; tales desviaciones son también una razón o justificación para dichas reacciones y sanciones”.³⁴⁹

En otras palabras, el aspecto interno de las reglas se reduce a su función prescriptiva. Según Hart, es frecuente confundir el aspecto interno de las reglas con una cuestión de sentimientos o emociones. Dicha apreciación es inadecuada ya que alguien puede estar obligado (y no simplemente “verse obligado a”) aun cuando él no se sienta obligado (nótese la semejanza con el concepto kelseniano del “sentido objetivo” de los actos).

2) *La regla de reconocimiento como criterio de identidad*

Una proposición prescriptiva que satisfaga las condiciones anteriores también deberá satisfacer el requisito de la identificación mediante una regla de reconocimiento de un sistema jurídico determinado. Las reglas de reconocimiento pueden ser varias y de muy diversos tipos: “En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de «fuentes» de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una Constitución escrita, la sanción por una legislatura y los precedentes judiciales”.³⁵⁰ Según hemos dicho anteriormente, la regla de reconocimiento no es una proposición prescriptiva que funcione en el mismo sentido que las reglas potestativas o las primarias. Ella no es producto del punto de vista interno, sino del punto de vista externo: “En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 105.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 126.

identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros”.³⁵¹

3) *El requisito de la sistematicidad*

El último tipo de propiedades necesarias que debe satisfacer cualquier proposición prescriptiva (además de las anteriores) para poder ser considerada regla jurídica podemos llamarlo el requisito de la sistematicidad, y consiste en que: *a)* sólo podrán ser reglas potestativas las proposiciones que, además de las propiedades anteriores, se refieran a reglas primarias especificando la manera en que podrán ser creadas, modificadas y su violación determinada. Sobre las reglas potestativas, dice Hart: “Se puede decir que ellas se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son acerca de éstas... Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas y su violación determinada de manera incontrovertible”.³⁵²

Consecuentemente con “*a*”, es condición necesaria para que una proposición sea una regla primaria el ser objeto de determinación por parte de reglas potestativas en los términos señalados. En forma más breve podemos señalar esta necesidad recíproca recordando que, para Hart, las reglas potestativas sólo son pensables dentro del marco de referencia de un sistema coactivo, de la misma manera que la existencia de reglas potestativas y muy en concreto de reglas secundarias, es imprescindible para tener un derecho moderno.

4) *Criterio de existencia de las reglas jurídicas*

Para Hart, una regla jurídica existe si y sólo si puede ser identificada como parte de un sistema jurídico conforme a una determinada regla de reconocimiento. En otras palabras, una regla existe cuando pertenece a un determinado sistema jurídico vigente.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 127.

³⁵² *Ibidem*, p. 117.

5) *El criterio de membresía*

Pertenece a un mismo sistema jurídico todas las reglas jurídicas que puedan ser determinadas de conformidad con alguna o algunas reglas de reconocimiento.

d. Comentarios de la teoría de Hart

Antes de pasar a analizar el pluralismo prescriptivista de Gregorio Robles, debo resaltar algunas cuestiones de la teoría hartiana. En primer lugar, hay que señalar que, a pesar del impacto que ha tenido en la actualidad el “descubrimiento” hartiano, la concepción del derecho como unión de dos tipos distintos de reglas es muy anterior, pudiéndose encontrar ya en el pensamiento de Ihering.³⁵³ Entre las teorías contemporáneas más llamativas se encuentra la de Hayek, quien divide las reglas jurídicas en normas de conducta y de organización.³⁵⁴

Por otra parte, hay que recordar que el mismo Kelsen se refiere a normas potestativas desde la primera edición de *La teoría pura*. De hecho, tal como pusimos de relieve, éste es el primer tipo de reglas distinto a las que imponen deberes, admitido por dicho autor. No obstante, hay que recordar también que Kelsen alude fundamentalmente a normas que conceden potestades privadas, tales como ejercitar una acción procesal.

³⁵³ Páramo, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría...*, cit., nota 188, p. 216.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 222.



I. Introducción	143
II. Antecedentes del constitutivismo jurídico	144
1. El segundo Wittgenstein: ¿el germen?	144
2. Las preferencias realizativas de Austin: el punto de partida	148
3. Las reglas constitutivas y los hechos institucionales de Searle	157
4. El constitutivismo jurídico	164

CAPÍTULO TERCERO

LA TEORÍA SINTÁCTICA EN EL NACIENTE CONSTITUTIVISMO JURÍDICO

I. INTRODUCCIÓN

Al lado de las concepciones prescriptivistas (monistas o pluralistas) con que tradicionalmente se ha pretendido explicar el derecho, comienza a gestarse lentamente en los ámbitos especializados un nuevo paradigma teórico, heredero del pensamiento del segundo Wittgenstein, según el cual las reglas jurídicas no sólo orientan la conducta, sino que también “crean” cosas. Este movimiento, que a falta de mejor nombre denominaré *constitutivismo jurídico*, constituye un buen ejemplo de lo que he sostenido en otra parte: las teorías jurídicas no dan cuenta de invisibles entes metafísicos, sino que son el producto de construcciones mentales generadas a partir del modelo de mundo académico de ciertos hombres. Quienes en algún momento se han programado con determinados conceptos contemporáneos de filosofía del lenguaje han podido “ver” en el mundo del derecho cosas que antes no veían, de la misma manera que lo hicieron, en su tiempo, algunos iusnaturalistas que conocieron el pensamiento de Tomás de Aquino.

Entre las pocas teorías que intentan presentar una concepción sobre el derecho en general, basada en estas aportaciones, corresponde un lugar a la teoría de Robles. De ella, no obstante, cabe señalar algunas peculiaridades: contrariamente a lo que sucede con trabajos análogos, es expuesta con una terminología ajena a la de la filosofía lingüística contemporánea. El lenguaje empleado es más característico de un seguidor de Kelsen y de la filosofía tradicional que de la filosofía analítica contemporánea, de Austin o de Searle. Expresiones como: ‘ente’, ‘óntico’, ‘formalismo’, etcétera, son buenos ejemplos de ello. A esto hay que sumar una gran cantidad de neologismos que, en ocasiones parecen duplicar conceptos de la

filosofía contemporánea como sucede con ‘reglas ónticas’ en algún sentido equiparable a ‘norma constitutiva’ o ‘regla constitutiva’. Si se me apurara a catalogar de alguna manera a la teoría de Robles en orden al paradigma al que pertenece, respondería que, al igual que los virus, las bacterias y las estrellas de mar, es difícilmente catalogable en un esquema rígido. Parece como si la hubiera escrito un Kelsen estudioso de la filosofía lingüística contemporánea, que no puede dejar de ser neokantiano. Por todas estas razones, la teoría de Robles corre, a mi juicio, el riesgo de ser catalogada como un auténtico rompecabezas a la vista ya de un kelseniano puro o ya de un analítico puro. Sin embargo, creo que ubicándola en un justo medio y considerada como una construcción teórica autónoma de características propias proporciona un modelo de realidad muy interesante.

Antes de comenzar el desarrollo del capítulo me parece oportuno reproducir un pasaje de una recensión aparecida sobre la teoría sintáctica en *Sociologia del diritto*: “*Mancava tuttavia un'opera che, come il lavoro qui recensito, trattasse in moddo sistematico il rapporto tra giochi e diritto, facendo dell'analogia tra contesti ludici e contesti giuridici, lo strumento per l'analisi di classici temi della filosofia e della teoria del diritto (l'«ontologia» del diritto, la tipologia delle regole...)*”.³⁵⁵

II. ANTECEDENTES DEL CONSTITUTIVISMO JURÍDICO

1. *El segundo Wittgenstein: ¿el germen?*

Es frecuente la calificación del constitutivismo jurídico como una especie de nieto (y en ocasiones bisnieto) del pensamiento del segundo Wittgenstein. La razón estriba en que en su árbol genealógico también suelen aparecer como antepasados la teoría de las preferencias realizativas de Austin y/o la teoría de los actos de habla de Searle.³⁵⁶

³⁵⁵ “Falta todavía una obra que, como el trabajo que reseño, tratase de manera sistemática la relación entre juegos y derecho, haciendo de la analogía entre contexto lúdico y contexto jurídico, el instrumento para el análisis de temas clásicos de la filosofía y de la teoría del derecho”, *la «ontología» del derecho, la tipologia de las reglas..., cit.*, p. 2.

³⁵⁶ Sobre esto, véase Conte, Amadeo, “Regola constitutiva in Wittgenstein”, en Castellani (ed.), *Uomini senza qualità. La crisi del linguaggio nella grade*, Viena, Tempsky, 1981.

Calificar al constitutivismo jurídico como heredero de Wittgenstein implica, desde luego, sostener que el pensamiento de Austin deriva directamente de las *Investigaciones filosóficas* y de *Los cuadernos azul y marrón*. Ello, sin embargo, aunque frecuente, no está libre de toda duda como han puesto de manifiesto Genaro Carrió y Eduardo Rabossi en su nota preliminar a *Palabras y acciones*: “No es fácil determinar con aceptable certeza en qué medida las enseñanzas del nuevo Wittgenstein influyeron en los filósofos de la línea oxoniana. En el próximo apartado trataremos de demostrar que no influyeron en Austin”.³⁵⁷

Además de algunos datos de la biografía académica de Austin, como son el haber sido discípulo de Prichard (quien a su vez lo fue de Cook Wilson) y no directamente de Wittgenstein, estos autores resaltan algunas de las actitudes teóricas de Austin incompatibles con una actitud puramente wittgensteiniana. En primer lugar, resaltan que mientras este filósofo limitó el ámbito de reflexión al lenguaje común, aquél lo considera como un punto de partida admitiendo también la posibilidad y en ocasiones necesidad de recurrir a lenguajes técnicos. Ello se puede ver en su *Alegato en pro de las excusas*:

En realidad el lenguaje común es poco más que la metafísica de la Edad de Piedra... Si una distinción funciona bien para las cuestiones prácticas de la vida corriente (lo cual no deja de ser una hazaña, pues la vida corriente está llena de casos difíciles), entonces es seguro que hay algo en ella, es seguro que no está vacía; sin embargo, esto no es el mejor modo de arreglar las cosas si nuestros intereses son más amplios o intelectuales que los corrientes.³⁵⁸

Esta actitud, sin embargo, no debe ser calificada como una defensa de la metafísica, ya que el mismo Austin, como resultado de su formación con Prichard, trataba con gran respeto al lenguaje común, al cual consideraba el punto de partida de toda investigación seria: “Es cierto, por tanto, que el lenguaje común no es la última palabra: en principio debe ser complementado, mejorado y superado. Con todo, hay que recordar

³⁵⁷ Austin, John, *Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con las palabras*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Paidós, 1982, p. 12.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 67.

que se trata de la primera palabra”.³⁵⁹ Otra de las grandes diferencias que separan a Austin de Wittgenstein, según los autores citados, fue su actitud frente al lenguaje y los problemas filosóficos. Mientras al segundo le interesa conocer el lenguaje sólo para disolver el halo que suele encantar a nuestra inteligencia cuando las palabras son empleadas de manera extraña, el segundo lo considera un fin en sí mismo. En otras palabras, mientras Wittgenstein busca disolver seudoproblemas filosóficos, Austin busca resolver problemas filosóficos donde aquél veía seudoproblemas.³⁶⁰ Una tercera diferencia radica en la manera de investigar de Austin, sin parangón en Wittgenstein, consistente en recurrir al uso del diccionario y en trabajar en equipo para asegurar la objetividad de los resultados obtenidos en las investigaciones.³⁶¹

Un último argumento esgrimido en favor de la independencia de Austin es de índole más personal que académica: “Wittgenstein no influyó en las ideas de Austin. Esto se debió parcialmente a factores idiosincráticos: a Austin le disgustaba el personalismo y el carácter oracular que caracterizaba a muchos filósofos, rasgos que en Wittgenstein se encontraban sumamente acentuados”.³⁶²

Frente a los autores que no ven en Wittgenstein el antecedente directo del pensamiento de Austin, otros sostienen lo contrario ofreciendo a su favor argumentos igualmente plausibles. Así, por ejemplo, Hierro Pescador nos dice, refiriéndose a Austin tras haber analizado a Wittgenstein:

Sus declaraciones metodológicas no parecen apartarse de las que hemos visto en el segundo Wittgenstein. Así reconoce que las palabras son herramientas, que debemos estar preparados contra las trampas que nos tiende el lenguaje y que el conjunto de las expresiones que usamos incorpora todas las distinciones y las conexiones que los hombres, a lo largo de muchas generaciones, han creído que valía la pena hacer.³⁶³

³⁵⁹ *Idem.*

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 23.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 20.

³⁶² *Ibidem*, p. 23.

³⁶³ Hierro Pescador, *Principios de filosofía del lenguaje*, Madrid, Alianza, 1975, colección Alianza Universidad Textos, vol. 2, p. 160.

Los pasajes concretos en que parece estarse apoyando esta opinión, son tomados del mismo *Alegato en pro de las excusas* que es citado por la postura contraria. Reproduciré los que me parecen más representativos: “las palabras son instrumentos claros [Wittgenstein se refería a las palabras como herramientas]: debemos saber lo que significamos y lo que no significamos y estar prevenidos contra las trampas que nos tiende el lenguaje”.³⁶⁴ “Nuestro depósito común de palabras incorpora todas las distinciones que los hombres han creído conveniente trazar y las relaciones que han considerado conveniente establecer, durante la vida de muchas generaciones”.³⁶⁵

Un argumento peculiar en torno a la influencia de Wittgenstein sobre Austin podría sostener que, si bien es cierto que el segundo no se vio influido por el primero, entendiendo la “influencia” como un *seguir sus pasos* (*i. e.*, pensar como él, investigar como él, etcétera), sí se vio influenciado de otra manera: tomó el pensamiento Wittgensteiniano como punto de partida de sus investigaciones con el ánimo de criticarlo en algún sentido. Desde esta perspectiva, Austin aparece como un reformulador de algunos aspectos tratados *inadecuadamente* por Wittgenstein. Esta interpretación parece tener un buen apoyo en su famoso artículo *Emisiones realizativas*³⁶⁶ que ciertamente constituye el punto de arranque del constitutivismo jurídico. Ahí se puede leer:

la gente ha adoptado ahora un nuevo *slogan*, el *slogan* de los “diferentes usos del lenguaje”... Es más bien una pena el que la gente tienda a invocar un nuevo uso del lenguaje siempre que se sienten inclinados a hacerlo, para que los ayude a salir de éste, de aquel o del otro bien conocido enredo filosófico; necesitamos más de un entramado en el que discutir esos usos del lenguaje.³⁶⁷

La teoría de las preferencias realizativas es, para muchos, el entramado básico que, según Austin, hacía falta construir para discutir sobre *los infinitos usos del lenguaje*. Esta posición es sustentada, además de por Hierro y otros, por Acero:

³⁶⁴ Austin, John, *Palabras y acciones*, *cit.*, nota 357, p. 64.

³⁶⁵ *Idem.*

³⁶⁶ Austin, John, “Emisiones...”, *cit.*, nota 117.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 218.

Si hablar una lengua es meterse hasta el cuello en todo un sistema de prácticas y actividades, es jugar un juego de lenguaje tras otro, hablar una lengua es consiguientemente hacer cosas con las palabras. Como hemos visto, a L. Wittgenstein le debemos el habernos refrescado estas cosas, por muy obvias que parezcan. Al filósofo oxoniense J. L. Austin (1911-1960) le debemos los primeros pasos sistemáticos en este género de cosas que llevamos a cabo por el hecho de usar nuestras palabras.³⁶⁸

El próximo punto a desarrollar es, desde luego, una breve exposición del pensamiento de Austin relevante para el constitutivismo jurídico: su teoría de las preferencias realizativas.

2. *Las preferencias realizativas de Austin: el punto de partida*

Las fuentes principales del pensamiento austiniano en que son expuestos los conceptos antecedentes del constitutivismo jurídico son *emisiones realizativas y palabras y acciones* (traducción poco afortunada del título original: *How to Do Things with Words*).³⁶⁹

En ambos trabajos parece subyacer una intención de someter a revisión las dos grandes vertientes de la filosofía analítica en que Wittgenstein jugó un papel relevante. Por una parte, tal como hemos visto, pareciera que busca subsanar alguna deficiencia de la filosofía del lenguaje común. Por la otra, criticar profundamente el postulado del neopositivismo lógico según el cual lo único de lo que vale la pena ocuparse es de los enunciados descriptivos que, como tales, son susceptibles de evaluación en términos de verdad o falsedad. Así, tras aludir a la indudable revolución filosófica que han generado tanto el *movimiento verificacionista* como el *movimiento del uso del lenguaje* nos dice:

³⁶⁸ Acero, Juan José y Quesada, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, cit., nota 105, p. 204.

³⁶⁹ Austin, John, *Palabra y acciones*, cit., nota 357; Alf Ross se ha ocupado del tema de las preferencias realizativas desde un punto de vista crítico. Al respecto, véase Ross, Alf, *Ascensa e caduta della teoria dei performativi, critica del diritto e analisi del linguaggio*, Febbraio, Alberto e Guastini, Riccardo (eds.), Bologna, Società Editrice il Mulino, 1982. Savoini Gian, Pietro, "Performativi in Alf Ross", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, junio de 1982, pp. 167-186.

Pues bien, es una de esas suertes de uso del lenguaje la que quiero examinar aquí. Quiero discutir un tipo de emisión que parece un enunciado y supongo que gramaticalmente sería clasificada como un enunciado, que no es carente de sentido y sin embargo no es verdadera o falsa... estos tipos de emisiones son las que llamamos emisiones *realizativas*.³⁷⁰

Tal y como dice Austin, por su apariencia externa nada distingue una preferencia realizativa de un enunciado descriptivo o un constatativo, como él les llama. Un buen ejemplo serían: ‘Bautizo este barco la *Reina Sofía*’ y ‘Preparo el examen de teoría del derecho que presentaré mañana’. En ambos casos la estructura sintáctica se caracteriza por la presencia de un verbo en la primera persona del presente del indicativo en la voz activa y sin embargo, mientras que el segundo describe un estado de cosas y puede ser verdadero o falso (el enunciado será verdadero si efectivamente estoy preparando un examen que presentaré mañana) el primero ni registra hecho alguno ni puede ser verdadero o falso.³⁷¹ No es lo mismo decir ‘Bautizo este barco *Reina Sofía*’ que ‘Estoy bautizando este barco *Reina Sofía*’.

Lo que caracteriza a las preferencias realizativas respecto de los enunciados descriptivos es que, al decirlas en determinadas circunstancias, hacemos algo *ipso facto*. Por ejemplo, al decir “Bautizo este barco *Reina Sofía*” no sólo estoy diciendo las palabras ‘Bautizo este barco *Reina Sofía*’, sino que, de hacerlo cumpliendo con ciertos requisitos, como puede ser romper una botella en proa, lo bautizo. Algunos de los ejemplos de emisiones realizativas dadas por Austin son: “«Sí, juro (desempeñar el cargo con lealtad, honradez, etcétera)»”, expresado en el curso de la ceremonia de la asunción de un cargo»; “«Lego mi reloj a mi hermano»”, como cláusula de un testamento»; “«te apuesto cien pesos a que mañana va a llover»”.³⁷² Como puede verse, ninguna de las preferencias puede ser verdadera o falsa, ni describe nada del mundo empírico. En todos los casos, al decir algo, algo es hecho: “jurar”, “legar”, “apostar”.

De primera impresión podría parecer que un buen criterio de identificación de preferencias realizativas estaría en el verbo. Al parecer, existen ciertos verbos caracterizados porque al ser empleados en primera persona

370 Austin, John, “Emisiones...”, *cit.*, nota 117, p. 219.

371 Austin, John, *Palabras y acciones*, *cit.*, nota 357, p. 45.

372 *Ibidem*, p. 46.

del singular del presente del indicativo, más que describir la acción asociada al verbo, permiten llevar a cabo justamente la acción. Siendo así las cosas, bastaría hacer una lista de verbos *realizativos* para poder identificar toda preferencia realizativa y distinguirla de un constativo. Sin embargo, el mismo Austin hace notar que hay casos en los que no habiendo verbo alguno en una preferencia, hay un realizativo. Por ejemplo, en la expresión ‘cuidado con el perro’ con la cual se está *advirtiendo*. La estructura sintáctica prototípica que hasta ahora habíamos empleado no sólo no es absolutamente fiable, sino que, ni siquiera tiene el privilegio de ser la forma más socorrida para emitir realizativos ya que hay preferencias de ese tipo en las que el verbo se encuentra en segunda o tercera persona del singular o plural y en voz pasiva. Por ejemplo, “Por la presente usted está autorizado a pagar”.³⁷³

Por otra parte “el verbo puede ser «impersonal» en casos que llevan la voz pasiva. Por ejemplo: ‘Por la presente se hace saber que los intrusos serán encausados’. Este tipo aparece habitualmente en circunstancias formales o vinculadas al derecho”.³⁷⁴ A las preferencias realizativas que no cumplen con la estructura prototípica, Austin las denomina preferencias implícitas.

Como puede verse, Austin parece haber tenido muy presente al derecho para la formulación de la teoría de las preferencias realizativas. En otro pasaje él explica lo que entiende por ‘realizativo’, nos dice: “La palabra que más se aproxima a lo que necesitamos es, quizás, el término técnico inglés ‘operative’ (‘operativo’) en el sentido estricto que le dan los abogados para aludir a aquellas cláusulas de un instrumento que sirven para realizar la transacción”.³⁷⁵

A pesar de que emitir una preferencia realizativa es, fundamentalmente, una cuestión lingüística, para poder hacer cosas con ellas es necesario que su emisión se efectúe en determinadas condiciones: “Apostar no es simplemente, como hemos dicho, pronunciar las palabras ‘te apuesto, etcétera’, basta considerar —por ejemplo— el caso de la persona que anuncia su apuesta cuando la carrera ya ha terminado”.³⁷⁶

³⁷³ *Ibidem*, p. 100.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 101.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 48.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 55.

De la misma manera que un enunciado (o constativo en la terminología austiniana) puede ser evaluado como verdadero o falso, según que *efectivamente* en el mundo real corresponda a lo que él afirma o no; una preferencia realizativa puede ser afortunada o desafortunada en función de que efectivamente algo sea hecho con ella o no. Las condiciones de que depende la *fortuna o infortunio* de un realizativo, según Austin, son:

A.1) Tiene que haber un procedimiento convencional aceptado, que posea cierto efecto convencional; dicho procedimiento debe incluir la emisión de ciertas palabras por parte de ciertas personas en ciertas circunstancias. Además;

A.2) En un caso dado, las personas y circunstancias particulares deben ser las apropiadas para recurrir al procedimiento particular que se emplea.

B.1) El procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes en forma correcta y

B.2) En todos su pasos.

r.1) En aquellos casos en que, como sucede a menudo, el procedimiento requiere que quienes lo usan tengan ciertos pensamientos o sentimientos, o está dirigido a que sobrevenga cierta conducta correspondiente a algún participante, entonces quien participa en él y recurre así al procedimiento debe tener en los hechos tales pensamientos o sentimientos, o los participantes deben estar animados por el propósito de conducirse de la manera adecuada y, además;

r.2) Los participantes tienen que comportarse así en su oportunidad.³⁷⁷

La violación de cualquiera de estas seis reglas trae por consecuencia el *infortunio* del realizativo. Sobre esta base, Austin construye toda una teoría de los infortunios en función de la violación de cada tipo de regla: la violación de las reglas “A” y/o “B” da lugar a desaciertos,³⁷⁸ mientras la realizada respecto de las reglas “A” origina un abuso.³⁷⁹ Dentro de los desaciertos se distinguen las malas apelaciones³⁸⁰ (violación de las reglas “A”) y las malas ejecuciones³⁸¹ (violación de las reglas “B”). Dentro de las malas apelaciones se distinguen los infortunios

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 56.

³⁷⁸ *Ibidem*, pp. 57 y ss.

³⁷⁹ *Idem*.

³⁸⁰ *Idem*.

³⁸¹ *Idem*.

producidos por violación de las reglas “A.1” (no denominadas por Austin con un nombre propio),³⁸² de las malas aplicaciones (violación de las reglas “A.2”).³⁸³ Las malas ejecuciones se dividen en Actos viciados (violación de las reglas “B.1”)³⁸⁴ y actos inconclusos (violación de la regla “B.2”).³⁸⁵ No obstante lo interesante de esta teoría, no volveremos sobre ella, por no ser relevante para nuestros fines. Mas centraremos la atención en ejemplificar los distintos tipos de reglas.

Regla “A.1”: “Tiene que existir un procedimiento convencional aceptado, que posea cierto efecto convencional y que debe incluir la expresión de ciertas palabras por ciertas personas en ciertas circunstancias”.³⁸⁶

Un ejemplo de procedimiento convencional aceptado es el rito del matrimonio por la Iglesia católica (o de cualquier otra religión), cuyo efecto convencional es la producción de un nuevo estado de cosas. Quienes se casan como es debido dejan de ser vistos como amigos para ser vistos como esposos con todas las consecuencias que ello trae aparejado. Si relacionamos las consecuencias del éxito de este procedimiento con alguno de los conceptos expuestos en el primer capítulo, diríamos que el *nuevo estado de cosas* no es otra cosa sino una realidad hermenéutica, una programación mental, que condiciona en cierto sentido los pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas de quienes han sido programados con ella.

La aceptación del procedimiento podemos explicarla adecuadamente como una *convergencia hermenéutica* entre las personas que están precondicionadas, de tal suerte que, ante la realización del procedimiento en forma adecuada, admitirán el *programa* de la realidad hermenéutica correspondiente al nuevo estado de cosas, *i. e.*, a considerar esposos a quienes antes eran amigos. Desde luego, quien no comparte la convergencia hermenéutica, tampoco puede programarse de la misma manera con la nueva realidad.

Aunque dos miembros de una comunidad mahometana realicen los mismos actos externos que requiere el rito del matrimonio católico, no producirán ningún *nuevo estado de cosas* entre los demás miembros de la comunidad a que pertenecen y ni siquiera lo harán para ellos mismos en

382 *Idem.*

383 *Idem.*

384 *Idem.*

385 *Idem.*

386 *Ibidem*, p. 67.

cuanto mahometanos. El ejemplo más representativo de la expresión de ciertas palabras en el caso del matrimonio católico sería: ‘Os declaro marido y mujer’, las cuales tienen que ser dichas por cierta persona (el sacerdote y no el acólito, por ejemplo) y en ciertas circunstancias (durante la ceremonia de una misa y no, por ejemplo, durante el medio tiempo de un partido de fútbol).

Regla “A.2”: “En un caso dado, las personas y circunstancias particulares deben ser las apropiadas para apelar o recurrir al procedimiento particular que se emplea”.³⁸⁷

Mientras que la regla “A.1” se refiere al procedimiento en cuanto *type*, esta se refiere al procedimiento en cuanto *token*, *i. e.*, alude a un procedimiento determinado, a un texto interpretado a través del *type*. Siguiendo con el ejemplo anterior, podemos decir que el sujeto Juan Jiménez podrá ser novio en un matrimonio concreto sólo si no es un hombre ya casado por la Iglesia.

Regla “B.1”: “El procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes en forma correcta”.³⁸⁸

Se encuentra al mismo nivel *token* que la regla anterior, y consiste en que, existiendo un procedimiento y siendo las personas adecuadas quienes apelan a ese procedimiento, se den las circunstancias apropiadas, el procedimiento no es respetado. Por ejemplo, supongamos que el sacerdote celebra una misa común y corriente, en vez de celebrar una misa matrimonial, o que quien contesta “Sí, acepto” no es la novia, sino una de sus madrinas, o la niña que lleva la cola del vestido.

Regla “B.2”: “El procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes en todos sus pasos”.³⁸⁹

Pensemos en una boda en la que el novio permanece inmóvil detrás de la puerta de la iglesia y sin hablar durante la ceremonia nupcial, o que ha satisfecho todas las exigencias del rito, excepto al momento de prestar juramento de fidelidad.

Regla “A.2” y “B.2”: “En aquellos casos en que, como sucede a menudo, el procedimiento requiere que quienes lo usan tengan ciertos pensamientos o sentimientos, o está dirigido a que sobrevenga cierta conducta correspondiente de algún participante, entonces quien participa en él y

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 75.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 77.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 78.

recurre así al procedimiento debe tener en los hechos tales pensamientos o sentimientos, o los participantes deben estar animados por el propósito de conducirse de la manera adecuada (nivel *type*), los participantes tienen que comportarse así en su oportunidad (nivel *token*)".³⁹⁰

Ejemplo de casos como el aludido podrían ser “la felicitación”, “el juramento”, “el pésame”, etcétera. Según los cuales quien felicita debe sentirse complacido con la causa de su felicitación, quien jura debe sentir que se compromete al hacer el juramento, quien da el pésame, debe sentir pesar por la pérdida del difunto.³⁹¹

Una vez expuestos el concepto de realizativo y la teoría de los infortunios (conferencias I a IV), Austin dedica buena parte de su libro a ensayar criterios conforme a los cuales distinguir nítidamente los *realizativos* de los *constatativos* sin conseguirlo. No obstante, el tratamiento no es infructuoso ya que permite al lector familiarizarse con el problema y percatarse de su complejidad; además, pone de manifiesto que los *constatativos* también quedan comprendidos en la teoría de los infortunios, y que los *realizativos*, en algún sentido, tienen que ver con hechos. Una vez alcanzados estos logros, Austin reinicia la búsqueda de criterios de distinción entre *constatativos* y *realizativos*, trabajo al que se aboca a partir de la conferencia VIII.

El nuevo punto de partida es la famosa teoría de los actos de habla de Austin, según la cual siempre que emitimos una preferencia realizamos tres actos lingüísticos: *un acto locucionario*, *un acto ilocucionario* y *un acto perlocucionario*. En palabras de Kempson: “Austin señaló que al enunciar una oración, el hablante suele hallarse incurso en tres actos diferentes”.³⁹²

El acto locucionario consiste en decir algo, y se constituye por otros tres actos, que son: *a)* acto fonético consistente en emitir ciertos ruidos; *b)* acto fáctico consistente en que esos ruidos sean pertenecientes al léxico de un lenguaje determinado y conforme a la sintaxis de ese lenguaje, y *c)* acto rético consistente en que esas palabras tengan sentido y referencia. Conforme a esto, no pueden ser actos de habla las onomatopeyas, los sinsentidos, ni las reproducciones fonéticas (por ejemplo, las de los pericos australianos).

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 82.

³⁹¹ *Ibidem*, pp. 82 y ss.

³⁹² Kempson, Ruth, *Teoría semántica*, trad. de Ramón Cerdá, Madrid, Teide, 1982, p. 50.

El acto ilocucionario es aquello que realizamos por medio del acto locucionario, *i. e.*, prometer, informar, jurar, etcétera.³⁹³

El acto perlocucionario es el efecto causado en el auditorio con los dos actos anteriores. Es independiente de las intenciones del hablante.³⁹⁴ Ejemplos de actos perlocucionarios son convencer, persuadir, disuadir, sorprender, confundir, etcétera.³⁹⁵

Tras exponer las razones por las que deben distinguirse los actos locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios, Austin determina al fin la relación entre *constatativos* y *performativos*:

Enunciar, describir, etcétera, sólo son dos nombres, entre muchos otros que designan actos ilocucionarios... ellos no ocupan una posición única en cuanto estar relacionados con los hechos... salvo por virtud de una abstracción, que es siempre posible y legítima para ciertos fines, «verdad», «falsedad» no son nombres de relaciones, cualidades o lo que sea, sino que apuntan a una dimensión de apreciación”.³⁹⁶

Una vez conocida esta sorprendente conclusión, es fácil entender el porqué del fracaso de los intentos conforme a los cuales se había tratado de distinguir *constatativos* de *realizativos*.

En la última conferencia, Austin proporciona una clasificación de los distintos verbos realizativos, *i. e.*, que dan cuenta de las cosas que se pueden hacer con las palabras. La estrategia para identificarlos es una de las que había empleado con anterioridad y que había parecido poco eficaz: son verbos realizativos los que sirven para introducir una expresión realizativa explícita. El criterio de clasificación es según sus distintas fuerzas ilocucionarias. Las clases son cinco:

1) Verbos judicativos: dan cuenta de actos ilocucionarios cuya fuerza ilocucionaria es la de emitir un veredicto que no tiene que ser definitivo,

³⁹³ Austin, John, *Palabras y acciones...*, *cit.*, nota 357, pp. 138 y ss. Sobre el tema de los actos ilocucionarios, véase Searle, John, “Austin on Locutionary and Ilocutionary Acts”, *Philosophical Review*, vol. LXXVII, 1968. Vendler, Z., *Ilocutionary Suicide, Issues in the Philosophy of Language*, Mackay, A. F. y Merrill, D. D. (eds.), Londres, Yale University Press, 1976.

³⁹⁴ *Idem.*

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 153.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 196.

como puede suceder en el caso de una estimación. Son ejemplo de estos verbos: absolver, sentenciar, estimar, evaluar, etcétera.³⁹⁷

2) Verbos ejercitativos: se emiten en el ejercicio de potestades, derechos o influencia. Entre ellos se citan: designar, votar, ordenar, instar, aconsejar, prevenir, etcétera.³⁹⁸

3) Verbos compromisorios: son verbos característicos de preferencias realizativas por medio de las cuales uno se compromete. Por ejemplo: prometer, jurar, hacer voto de, etcétera.³⁹⁹

4) Verbos comportativos: “constituyen un grupo muy heterogéneo y tienen que ver con las actitudes y el comportamiento social. Por ejemplo: pedir disculpas, felicitar, elogiar, dar el pésame, maldecir y desafiar”.⁴⁰⁰

5) Verbos expositivos: “Ponen de manifiesto el modo como nuestras expresiones encajan en un argumento o conversación... En general, son recursos que utiliza un expositor. Por ejemplo, contesto, arguyo, concedo, ejemplifico, supongo, postulo”.⁴⁰¹

En todo caso, hay que decir que Austin declaró expresamente su insatisfacción con la lista expuesta y su clasificación, especialmente con las dos últimas categorías. Como veremos, a partir de esta insatisfacción surgiría el otro gran pilar sobre el que se apoya el constitutivismo jurídico: la teoría de los actos de habla de Searle.

Antes de exponer el pensamiento de Searle, quiero iluminar una idea que Austin no hace notar expresamente, pero que será de grandes consecuencias para el constitutivismo jurídico: la idea de que, independientemente de las distintas fuerzas ilocucionarias de los verbos realizativos y de la infinidad de cosas que podemos hacer con las palabras, siempre que hacemos algo con las palabras, en algún sentido, creamos algo: *un nuevo estado de cosas*:

El acto ilocucionario «tiene efecto» de ciertas maneras, como cosa distinta de producir consecuencias en el sentido de provocar estados de cosas en el modo «normal», esto es, cambios en el curso natural de los sucesos. Así, «Bautizo a este barco Queen Elizabeth» tiene el efecto de bautizar o dar

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 198.

³⁹⁸ *Idem*.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 199.

⁴⁰⁰ *Idem*.

⁴⁰¹ *Idem*.

un nombre al buque; después de ello ciertos actos subsiguientes, tal como referirse a él llamándolo el generalísimo Stalin, están fuera de lugar.⁴⁰²

3. *Las reglas constitutivas y los hechos institucionales de Searle*

A partir de algunas vaguedades de la teoría de los actos de habla de Austin, Searle ha propuesto una teoría y taxonomía alternativas. Las obras más representativas de su pensamiento son: *Una taxonomía de los actos ilocucionarios*⁴⁰³ y *Actos de habla*.⁴⁰⁴ Aquí centraremos nuestra atención primordialmente en la segunda, y aludiremos a la primera de pasada, sólo con el fin de ubicar a aquélla en su contexto teórico más inmediato.

En su obra *Una taxonomía de los actos de habla*,⁴⁰⁵ Searle rechaza la distinción trazada por Austin, entre acto locucionario o ilocucionario. Las razones principales son: a) los actos locucionarios pueden reducirse a un acto ilocucionario genérico: Decir. b) En las preferencias realizativas explícitas el significado del verbo implica necesariamente el acto. Así en «te juro que pasaré por ti», el verbo “jurar” determina que se trata de un juramento, siendo imposible separarlo de la preferencia misma.

Respecto de la clasificación de los actos ilocucionarios, Searle propone una serie de doce criterios conforme a los cuales poder distinguir unos actos

⁴⁰² *Ibidem*, p. 162.

⁴⁰³ Searle, John, “Una taxonomía de los actos ilocucionarios”, *Teorema*, trad. de Luis M. Valdés, vol. VI, 1976.

⁴⁰⁴ Searle, John, “Actos de habla indirectos”, *Teorema*, trad. de Luis M. Valdés, vol. VII, 1977. Original: Searle, John, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Londres, Cambridge University Press, 1969. Sobre el tema de los actos de habla, véase Searle, John, *What Is a Speech Act?*, en Black, M. (ed.), *Philosophy in America*, Londres, Allen and Unwin. Existe traducción al italiano, véase Searle, John, “Che cos’è un atto linguistico?”, en Giglioli, P. P. (ed.), *Linguaggio e Società*, Bolonga, Il Mulino, 1973. También existe traducción al castellano: véase Searle, John, “¿Qué es un acto de habla?”, *Cuadernos Teorema*, Valencia, núm. 15, 1980, Searle, John, “Meaning and Speech Acts”, en Lehrer, A. Y. K. (eds.), *Theory of Meaning*, New Jersey, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1970. Hare, “Meaning and Spech Acts”, *Philosophical Review*, vol. LXXIX, 1970. Ducort, O., “Atti linguistici”, *Enciclopedia Einuaudi*, Turín, 1977, Strawson, Peter, Frederick, “Intention and Convention in Speech Acts”, *The Philosophoical Review*, 73, 1964, pp. 439-460. Véase Cameron, J. R., “The Significance of Speech Acts and the Meaning of Words”, *The Philosophical Quarterly*, 23, pp. 301-315.

⁴⁰⁵ Hierro Pescador, José, *Principios de filosofía del lenguaje*, 2a. ed., Madrid, Alianza Universidad, p. 158.

ilocucionarios de otros. Sin embargo, son tres los principales: *a)* el propósito del hablante; *b)* la dirección de ajuste de las palabras al mundo o del mundo a las palabras; *c)* la «condición de sinceridad» o estado psicológico del emisor. Conforme a estos criterios, Searle ofrece la siguiente taxonomía de actos ilocucionarios (y no de verbos realizativos como hizo Austin):

1) Representativos: *a)* El propósito del hablante es comprometerse con algo; *b)* Su dirección de ajuste es de las palabras hacia el mundo y pueden ser verdaderos o falsos; *c)* La condición de sinceridad es la creencia. Dentro de esta categoría quedan incluidos los veredictivos y expositivos de Austin.

2) Directivos: *a)* El propósito es hacer que el oyente haga algo; *b)* El ajuste es del mundo a las palabras; *c)* La condición de sinceridad es el deseo.

3) Compromisorios: *a)* El propósito es comprometer al emisor con un comportamiento futuro; *b)* El ajuste es del mundo a las palabras; *c)* La condición de sinceridad es que el emisor tenga la intención de actuar como se compromete a hacer.

4) Expresivos: *a)* El propósito es expresar un estado emocional del emisor; *b)* Carecen de dirección de ajuste entre palabras y mundo; *c)* La condición de sinceridad es la correspondencia entre la preferencia y el estado de ánimo que expresa.

5) Declaraciones: Son el tipo de actos ilocucionarios que hay que poner de relieve para efectos del constitutivismo jurídico: *a)* El propósito es la modificación de un determinado estado de cosas para crear un nuevo estado de cosas; *b)* La dirección de ajuste es recíproca entre el mundo y la palabra ya que al ser afortunados crean algo nuevo en el mundo; *c)* Carecen de condición de sinceridad pues el estado psicológico del emisor es irrelevante. Dentro de esta categoría queda comprendidos actos ilocucionarios del tipo nombrar a alguien para un nuevo cargo, cesar a alguien, declarar marido y mujer a una pareja, etcétera. Como el mismo Searle hace notar: “los actos de este tipo declarativo suelen darse en el marco de instituciones sociales determinadas, especialmente jurídicas y políticas”.⁴⁰⁶

Entre las declaraciones, Searle distingue una subclase correspondiente a aquellas preferencias que pueden crear nuevos estados de cosas reco-

⁴⁰⁶ Sobre el tema de las reglas del lenguaje, véase Midgley, G. C. J., *Linguistic Rules*, *Proceedings of Aristotelian Society*, núm. 90, 1959, pp. 59-217.

nociendo oficialmente una determinada situación. Por ejemplo, el juez de línea que en un partido de fútbol anuncia que el balón ha salido del área de juego. Sin embargo, hay que destacar que declarativos de este tipo no deben ser confundidos con un simple reconocimiento. Aunque el balón no haya salido efectivamente, si el juez de línea declara que eso ocurrió, los efectos de su declaración son idénticos a los que ocurrirían si hubiera declarado una verdadera salida del balón. El nombre de estos declarativos es ‘declaraciones representativas’.

Como puede verse, aquella característica común que encontramos vagamente insinuada en Austin, según la cual los actos de habla crean estados de cosas, es retomada por Searle dándole forma consistente.

Por otra parte, hay que destacar el nada despreciable poder explicativo de los declarativos para la teoría del derecho (incluyendo a las declaraciones representativas). De hecho, en todo proceso jurisdiccional encontramos una infinidad de declarativos. Por ejemplo: “Se da entrada a la demanda”, “se sentencia al señor ‘x’ a cumplir una condena de 10 años de prisión”, “se declara sobreesido el procedimiento”, “se declara culpable de haber cometido el delito de robo al señor ‘x’ (aunque en realidad ‘x’ no haya robado nada), etcétera.

Cabe destacar que, como el mismo Searle pone de manifiesto, para que estos declarativos puedan tener lugar (en terminología austiniana “ser afortunados”) es necesario cierto marco de referencia, una cierta institución que sea la que determine el *type*, conforme al cual esos *token* puedan tener lugar. Pensando en el derecho como sistema de praxemas *type*, es claro que en él también son dables preferencias realizativas distintas de las que se dan en un procedimiento jurisdiccional. Por ejemplo, cuando el artículo transitorio de una ley dice: “Se derogan los artículos 2o., 34, 35 y 36 de la ley “x”, no sólo está “diciendo” que algo se deroga. Está derogando al decirlo.

La exposición hecha por Austin sobre los declarativos, se complementa con sus teorías de las reglas constitutivas y de los hechos institucionales, expuesta en *actos de habla*.

El contexto teórico en el que hay que ubicar los conceptos de regla constitutiva y hechos institucionales es, también, el de una investigación de filosofía del lenguaje, y la finalidad teórica con que los expone Searle es la de poner de relieve el hecho de que realizar un acto de habla es actuar conforme a reglas de cierto tipo (praxema *types*), en virtud de las

cuales ciertos actos (texto) son interpretados de cierta manera (como cierto praxema *token*).⁴⁰⁷

Como puede verse, esta tesis presenta *un cierto aire de familia* con una de las tesis más representativas de la filosofía del lenguaje común, según la cual sabemos el significado de una expresión cuando la sabemos emplear adecuadamente según las convenciones que rigen su uso. Así, por ejemplo, si digo ‘pásame la sal por favor’ cuando estoy en una mesa junto a otros comensales, hay un salero que no puedo coger con facilidad y está cerca de un tercero que es precisamente a quien me dirijo, conozco el significado de ‘pásame la sal por favor’. La consecuencia de saber usar las palabras conforme a las reglas pertinentes es “jugar un juego lingüístico”. La jugada que seguirá a mi solicitud será otra jugada consistente en que el tercero me dé el salero (se presume que él también conoce las reglas del juego). También presenta un cierto aire de familia con las condiciones determinantes de la fortuna de un realizativo en el pensamiento de Austin. Con estos antecedentes en mente estamos en posibilidad de exponer sin deformar los conceptos de regla constitutiva y hechos institucionales de Searle.

A. Las reglas constitutivas

Se distinguen de otro tipo de reglas que Searle llama reglas *regulativas*. Aunque el mismo Searle reconoce que puede no ser fácil distinguir entre unas y otras, presentan importantes diferencias: “las reglas regulativas regulan formas de conducta existentes independientes o antecedentemente... las reglas constitutivas no regulan meramente: crean o definen nuevas formas de conducta”.⁴⁰⁸ Como ejemplo de reglas constitutivas

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 161.

⁴⁰⁸ Searle, John, *Speech Acts, cit.*, nota 142, p. 42. Sobre el tema de las reglas constitutivas véase Twining, W., *How to Do Things with Rules*, Londres, 1976. Véase Pollastro, Pietro, *Regola constitutiva: saggio d'analisi*, Pavia, 1982, tesi laureada. Ferrari, Gianfranco, “Regole costitutive e validità”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XI, 1981, pp. 507-526. Guastini, Riccardo, “Far cose con regole costitutive, condizione, antinomia”, y Guastini, Riccardo, “Cognitivismo ludico e regole costitutive”, en Scarpelli, U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milán, Comunità, 1983. Böer, Steven, “Speech Acts and Constitutive Rules”, y Ransdell, Joseph, “Constitutive Rules and Journal of Philosophy”, *Journal of Philosophy*, 71, 1974, pp. 106-174. Sobre reglas constitutivas y reglas regulativas,

Searle cita las reglas de los juegos, tales como el ajedrez o el fútbol, que se caracterizan por hacer posible que ciertos hechos empíricos, como puede ser mover una pieza de madera con forma de caballo sobre un tablero de determinadas características (texto), puedan ser interpretados como determinado praxema *token*, *i. e.*, como una jugada de ajedrez. Consecuentemente, las reglas constitutivas no sólo crean, sino que al mismo tiempo regulan: “Las reglas constitutivas constituyen (y también regulan) una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de la regla”.⁴⁰⁹ Este doble carácter de las reglas constitutivas no debe perderse de vista. Más adelante regresaremos a él.

Por su aspecto externo, mientras las reglas regulativas pueden ser parafraseadas como un imperativo del tipo “Si Y haz X” o “Haz X”, las reglas constitutivas son reconducibles a la estructura de una proposición según la cual “X cuenta como Y en el contexto C” o simplemente “X cuenta como Y”.⁴¹⁰ Un ejemplo de regla constitutiva ofrecido por el mismo Searle es “Se hace un jaque-mate cuando el rey es atacado de tal manera que ningún movimiento lo dejará inatacado”.⁴¹¹ Reconduciendo esta regla a uno de los esquemas tipo tendremos que: en el juego de ajedrez (contexto C), que el rey sea atacado de tal manera que ningún movimiento lo deje inatacado (X), cuenta como jaque mate (Y).

Además de su alusión a la forma de ambos tipos de reglas, Searle proporciona un criterio conforme al cual distinguir las reglas regulativas de las constitutivas. Mientras que la acción realizada de conformidad con una regla regulativa podría ser descrita de igual manera si la regla no existiera, las conductas creadas por las reglas constitutivas no pueden ser descritas sin implicar la regla.

Por ejemplo, suponiendo que una de las reglas de etiqueta de una sociedad A establece que las invitaciones para las reuniones deben enviarse con cuando menos 15 días de antelación y alguien cumple la regla, la conducta del anfitrión podría ser descrita de la manera siguiente: “Envié las invitaciones con quince días de antelación”. Suponiendo que en una

véase Christopher, Cherry, “Regulative and Constitutive Rules”, *The Philosophical Quarterly*, XXIII, 1973, pp. 301-315. M. C. Closkery H. J., “Two Concepts of Rules. A Note”, *The Philosophical Quarterly*, 22, 1972, pp. 334-348. Rawls, John, “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, 64, 1955, pp. 3-32.

⁴⁰⁹ Searle, John, *Actos de habla*, *cit.*, nota 142, p. 43.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 44.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 43.

sociedad B no existe tal regla, pero alguien invita a una reunión con 15 días de antelación, su conducta podría ser descrita de la misma manera que la conducta del anfitrión de A: “Envío las invitaciones con 15 días de antelación”.⁴¹²

A diferencia de lo que sucede con estas reglas, la descripción de una conducta realizada de conformidad con una regla constitutiva presupone a la regla. Por ejemplo: “Anotó un gol”, sólo tiene sentido porque el hecho (texto) al que se refiere la expresión, describiéndolo, es interpretado a través de cierta regla del juego del fútbol (praxema *type*), como acción de fútbol (praxema *token*).

Una vez que las nociones de regla regulativa y constitutiva han sido presentadas, Searle vuelve sobre el aspecto formal de las reglas haciendo notar que la fórmula “X cuenta como Y en el contexto C” no debe considerarse un criterio formal conforme al cual distinguir ambos tipos de reglas, ya que una regla regulativa puede ser distorsionada de la siguiente manera: “El no enviar las invitaciones con 15 días de antelación cuenta como una falta de educación en la sociedad A”. A pesar de esto, y con sus debidas reservas, la fórmula parece ser un buen indicativo sobre como reconocer una regla constitutiva (en el ejemplo anterior la Y corresponde a una apreciación más que a una especificación).⁴¹³ No obstante, lo que da a una regla su carácter constitutivo es su pertenencia a un sistema de reglas constitutivas dentro del cual las Y tienen consecuencias intrasistemáticamente determinadas:

Cuando la regla puede ser parafraseada naturalmente de esta forma [“X cuenta como Y en el contexto C”] y cuando el término Y es una especificación, la regla ha de ser, con toda probabilidad constitutiva. Pero necesitamos hacer dos observaciones; en primer lugar, puesto que las reglas constitutivas aparecen en sistemas, puede que sea el sistema entero el que ejemplifique esta forma y no las reglas individuales dentro del sistema... Y, en segundo lugar, dentro de los sistemas, la frase que constituye el término Y no será una simple etiqueta. Esa frase marcará algo que tiene consecuencias.⁴¹⁴

⁴¹² *Ibidem*, p. 44. Sobre los actos de habla que presentan problemas para ser reducidos a la fórmula sintáctica expuesta por Searle, véase Searle, John, “Actos de habla indirectos”, *cit.*, nota 403.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 45.

⁴¹⁴ *Idem*.

Así, aunque una regla del ajedrez que diga: “El alfil se mueve en diagonal” no presente la forma canónica, el actuar de acuerdo con todas las reglas o con un subconjunto suficientemente extenso de las reglas del ajedrez cuenta como jugar al ajedrez.⁴¹⁵ Por lo que respecta a las consecuencias del término Y, es claro que mover el alfil conforme a la regla cuenta como jugada de ajedrez que puede producir una situación del rey tal que quede en completa indefensión, lo cual cuenta como jaque mate, el cual, a su vez, cuenta como haber ganado la partida.

B. *Los hechos institucionales*

Paralela a su distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas, y complementando esos conceptos, Searle propone otros dos: *hechos brutos* y *hechos institucionales*. A efecto de facilitar su comprensión clara en el poco espacio que les podemos dedicar en este trabajo, continuaré echando mano de los conceptos de *type* y *token*, de los cuales no habla Searle. Los hechos brutos son textos interpretados como *token* o *praxema-token* a partir de un esquema de interpretación que no es una institución social convencionalmente creada como lo es el matrimonio, el bautizo, el fútbol, etcétera. Por ejemplo, *patear una piedra*. Son hechos institucionales los *token* o *praxema-token* que tienen lugar gracias a la interpretación de un determinado texto a partir de una determinada institución social que funciona como su esquema de interpretación. Por ejemplo: anotar un *touchdown*, contraer matrimonio, bautizar a un niño, etcétera.

Para que en el mundo empírico algo pueda ser interpretado como un *hecho institucional* es necesario que exista una institución que constituya su esquema de interpretación. En párrafos anteriores ya hemos dado ejemplo de instituciones, veamos ahora el concepto de institución de Searle:

Estas «instituciones» son sistemas de reglas constitutivas. Todo hecho institucional tiene como base un(a) (sistema de) regla(s) de la forma «X cuenta como Y en el contexto C». Nuestra hipótesis de que hablar un lenguaje es realizar actos de acuerdo con reglas constitutivas, nos introduce

415 *Idem.*

en la hipótesis de que una persona que haya realizado cierto acto de habla, por ejemplo, haya hecho una promesa, es un hecho institucional.⁴¹⁶

C. Las “reglas constitutivas” en Von Wright

No obstante que el concepto de regla *constitutiva* es asociado a Searle, no ha sido él el único autor que se ha ocupado de exponer un modelo de regla que en vez de prescribir genere nuevos estados de cosas. Entre estos teóricos se encuentra Von Wright quien habla de cierto tipo de normas cuya función es *determinar* algo. El nombre con el que les bautiza es el de ‘reglas’, y como ejemplo prototípico de ellas ofrece las reglas de los juegos:

Las reglas de un juego son el prototipo y ejemplo clásico de un tipo importante de norma. Emplearemos en lo que sigue el nombre de regla como término técnico para dicho tipo... Jugar un juego es una actividad humana. Ésta se desarrolla con arreglo a patrones fijos, que se pueden llamar movimientos de juego. Diremos que las reglas del juego determinan estos movimientos o patrones —y de este modo también al juego «mismo» y la actividad de jugarlo—.⁴¹⁷

Como puede verse, en Von Wright encontramos también ideas análogas a los conceptos de regla constitutiva (las reglas determinan), institución (determinan al juego mismo) y hecho institucional (determinan la actividad de jugarlo) de Searle. Más próxima a esta concepción es la ofrecida por Alf Ross, incluso terminológicamente.

4. El constitutivismo jurídico

A. Algunos esbozos de constitutivismo jurídico

Algo que con relativa frecuencia suele suceder en el campo de las ciencias y, concretamente, en el de la filosofía y la teoría del derecho, es

⁴¹⁶ Searle, John, *Actos de habla, cit.*, nota 142, p. 60. Sobre los conceptos de hechos brutos y hechos institucionales, véase Genova, A. C., “Institutional Facts and Brute Values”, *Ethics*, 81, 1971, pp. 36-54.

⁴¹⁷ Wright, G. H., *Norma y acción, cit.*, nota 77, p. 26.

la utilización y adaptación de conceptos surgidos en otras disciplinas para la construcción de nuevas teorías. Baste como ejemplo citar a Hart (heredero de la filosofía lingüística oxoniana) o a Kelsen (perteneciente al neokantismo marburgués).

Como era de esperarse (en parte debido a las sugestivas alusiones de Austin y Searle al mundo jurídico), la teoría de los actos de habla no ha pasado desapercibida para los teóricos del derecho, quienes parecen estar generando el nuevo paradigma del normativismo: el ‘constitutivismo jurídico’. El lugar de la efervescencia de este *movimiento* es actualmente Italia, donde han sido escritos un buen número de artículos y algunas de las primeras teorías generales de corte constitutivista. Al lado de estas teorías (concretamente *Le norme constitutive*⁴¹⁸ y *La forza costitutiva delle norme*⁴¹⁹ de Gaetano Carcaterra), podemos ubicar a la teoría de Robles.

Sin embargo, a pesar de lo novedoso de este planteamiento, podemos encontrar algunas referencias aisladas a la función creadora de las reglas en el campo de la teoría del derecho de obras que no pueden ser catalogadas dentro de la categoría de teorías normativas jurídicas e, incluso, pertenecientes a una línea de pensamiento tan contraria al normativismo como es el realismo escandinavo. Por ejemplo, en *El derecho como hecho*, de Karl Olivecrona⁴²⁰ o la teoría de las normas que Alf Ross expone en *Directives and Norms*.⁴²¹

a. Los imperativos ejecutivos de Olivecrona

En su obra *El derecho como hecho*, Karl Olivecrona dedica todo un capítulo a trasladar al campo del derecho el concepto de preferencia realizativa de John Austin. El resultado en su concepto de *imperativos ejecutivos* como una clase de expresión ejecutiva (en la traducción de *Law as Fact* se ha traducido ‘utterance’ por ‘expresión’ en vez de ‘preferencia’ y ‘performative’ por ‘ejecutiva’ en vez de ‘realizativa’).

Olivecrona no proporciona criterios teóricos que permitan identificar a los imperativos ejecutivos de las demás expresiones ejecutivas (o profe-

⁴¹⁸ Carcaterra, Gaetano, *Le norme constitutive*, Milán, Giuffrè, 1974.

⁴¹⁹ Carcaterra, Gaetano, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, Bulzoni, 1979.

⁴²⁰ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de Luis López Guerra, Madrid, Labor, 1980.

⁴²¹ Ross, Alf, *Lógica de las normas, cit.*, nota 148.

rencias realizativas). Su estrategia de definición es, más bien, la ejemplificativa. Así, cuando alguien emite preferencias del tipo: “Bautizo este buque *Queen Elizabeth*”, “Tomo a esta mujer como mi legítima esposa” o “Doy y lego mi reloj a mi hermano”, según Olivecrona, en realidad está emitiendo cierto tipo de imperativos ‘velados’: gramaticalmente, estas expresiones están en el modo indicativo.

Pero la forma del lenguaje es engañosa. Lo que la persona que bautiza un buque quiere decir es «¡Sea *Queen Elizabeth* el nombre de este barco!». En la ceremonia matrimonial el sentido de la fórmula utilizada por el novio es «¡Esta mujer será mi esposa legítima!». El testamento quiere decir: «¡El derecho de propiedad de mi reloj será transferido a mi hermano!». Así, el sentido de estas frases es que algo ha de ser llevado a cabo: el buque obtendrá un nombre, el novio una esposa y el hermano el derecho de propiedad sobre un reloj. Estas frases son, en realidad, imperativos velados”.⁴²² Que Olivecrona concibió sus imperativos ejecutivos como una especie de preferencia realizativa se pone de manifiesto en el siguiente pasaje:

Esto no quiere decir que todas las expresiones llamadas por Austin «ejecutivas» sean imperativas. Austin clasifica como «ejecutivas» una serie de expresiones como «te apuesto seis centavos a que lloverá mañana», «lo siento», «bien venido» y «en horabuena». Estas expresiones (exceptuando acaso la primera) no tienen un sentido imperativo. No tienen interés desde nuestra perspectiva y no las estudiaremos aquí.⁴²³

Debe destacarse que en Olivecrona no se distinguen los actos locucionario, ilocucionario y perlocucionario, ni la relación entre lo que se dice y lo que se hace es expuesta como una especie de relación causal: “El imperativo pretende producir el efecto de que el barco lleve el nombre X, la mujer sea la esposa del hombre y que el reloj pase a pertenecer al hermano”.⁴²⁴ Dichos efectos no se refieren al orden físico, sino que son efectos jurídicos: “Ticio se convertía realmente en heredero cuando así lo instituía el testador mediante la fórmula adecuada”.⁴²⁵

⁴²² Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho*, cit., nota 419, p. 208.

⁴²³ *Ibidem*, p. 298.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 208.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 211.

Estos efectos, al igual que muchos de los producidos en rituales mágicos no pueden ser sino de índole psicológica (¿acaso los efectos psicológicos no pueden entenderse como del orden físico?). La concepción causalista de Olivecrona presenta así una importante diferencia respecto de la teoría de Austin, donde los actos locucionario (incluyendo al acto fonético, el acto fáctico y al acto rético), ilocucionario y perlocucionario no son sino abstracciones teóricas sobre algo que es una unidad: la preferencia.

Otro rasgo original en Olivecrona es la introducción del concepto de *imperativo sin destinatario*. Un ejemplo de este tipo de imperativos está en el primer capítulo del *Génesis*, donde se dice que en un principio, Dios dijo: “Hágase la luz” y la luz se hizo. Característico de estos imperativos es que no van dirigidos a nadie, porque no exigen una acción (nótese lo contraintuitivo de la noción de imperativo de Olivecrona, salvada sólo por tener el carácter de estipulación lingüística para ‘imperativo ejecutivo’).

De la misma manera, en el campo del derecho es posible encontrar numerosos ejemplos de imperativos sin destinatario, incluso en el antiguo derecho romano: “Según Gaius (Inst. 2, 117), era la expresión correcta testamentaria: «Ticio será mi heredero» (*Titius heres esto*). Su significado no consiste en dictar una orden a nadie, sino en instituir a Ticio como heredero”.⁴²⁶ La presencia de estos imperativos en el derecho ha permanecido a lo largo de los siglos. Así, por ejemplo, en el artículo primero sección primera de la Constitución de los Estados Unidos se puede leer: “Todos los poderes concedidos en esta Constitución, residirán en un Congreso de los Estados Unidos, que estará compuesto por un Senado y una Cámara de Representantes”.⁴²⁷

Por último, no podíamos pasar por alto en esta exposición la sugestiva comparación hecha por Olivecrona entre el derecho y la magia. En ambos ámbitos, algo cambia en el mundo cuando ciertas palabras son dichas en las circunstancias apropiadas y por las personas apropiadas (recuérdese la teoría de los infortunios de Austin). Quizá la forma más económica y clara de poner de manifiesto lo que Olivecrona tenía en mente consista en citar sus propias palabras. Aludiendo a la historia de su propio pueblo, el célebre teórico dice:

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 209.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 210.

Cuando había que investir como rey al hombre designado en la pradera cercana a Upsala, ello se llevaba a cabo mediante un rito mágico. Se colocaba al candidato sobre una piedra sagrada (probablemente similar a la Piedra de Scone, aun existente en la Abadía de Westminster) y los *lawmen* recitaban las fórmulas que le conferían la realeza: el resultado era que ese individuo se convertía en rey, lo que sin duda significaba que entraba en posesión de poderes secretos. Por ello, debía ser obedecido mientras tales poderes existiesen.⁴²⁸

Ejemplos como éste, en el derecho primitivo, donde magia y derecho se entrecruzan, abundan en la historia jurídica. Sin embargo, los siglos no parecen haber cambiado mucho las cosas. La pregunta: ¿qué otra cosa puede ser más que magia, provocar un efecto mediante palabras recitadas solemnemente durante un acto ritual y estrictamente de acuerdo con un antiguo modelo?». ⁴²⁹ No parece distinguirse mucho de esta otra: ¿Qué otra cosa puede ser más que magia el hacer que un hombre sea un homicida al decir ciertas palabras por las personas adecuadas en los contextos adecuados?

b. El constitutivismo jurídico en Alf Ross

La función constitutiva de las reglas jurídicas es tocada por Ross de manera incidental cuando expone los directivos impersonales heterónomo-autónomos. Lejos de desarrollar una teoría de las reglas constitutivas en el derecho, se limita a referirlas como ejemplo de la categoría general de reglas constitutivas que presenta con un extraordinario paralelismo a la teoría de Searle, incluso en lo que respecta a su diferenciación de las reglas regulativas. Según Ross, existen ciertas reglas que prescriben como hay que realizar cierta conducta, cuando esa conducta es una actividad natural cuya ejecución es lógicamente independiente de las reglas que la gobiernan. Por ejemplo, “aparcarse un coche”:

Aparcarse un coche es una actividad «natural»; quiero decir con esto que es una actividad cuya ejecución es independiente lógicamente de las reglas que la gobiernan [por ejemplo, las establecidas por la policía]. Los coches eran aparcados antes de que existieran reglas de aparcamiento y sería un

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 214.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 217.

absurdo obvio si yo dijera que no podía aparcar mi coche a causa de no haber reglas de aparcamiento en esta ciudad.⁴³⁰

Al lado de las reglas del tipo de las de aparcar, otras, como las del ajedrez, son imprescindibles para poder hablar de determinado tipo de conducta:

En cambio, jugar al ajedrez no es una actividad «natural». Jugar al ajedrez es realizar ciertas acciones de acuerdo con las reglas del ajedrez. Las acciones del juego consistentes en «movimientos» que no tienen significado ni propósito excepto el ser reglas del ajedrez. Un movimiento se realiza moviendo una pieza de madera sobre un plano cuadrado. Que la pieza sea un peón y que su cambio de lugar sea un «movimiento» sólo puede entenderse si se interpreta la acción en términos de las reglas del ajedrez.⁴³¹

El paralelismo referido entre Ross y Searle se pone de manifiesto cuando éste dice textualmente: “Esta diferencia esencial puede expresarse llamando a las reglas de aparcar regulativas y a las del ajedrez constitutivas”.⁴³² “Después de escribir esto he encontrado la misma distinción en John R. Searle, «*Ought*» and «*Is*...”.⁴³³

Su alusión al derecho es hecha cuando dice: “algunas reglas legales... son reglas constitutivas”.⁴³⁴ Como ejemplo concreto de este tipo de reglas, ofrece las que crean actos como la promesa jurídica, el testar, el legislar, el juzgar o resolver expedientes.

Una promesa no es un acto natural, sino un acto constituido por reglas legales. Un acto jurídico es una declaración que (normalmente), en virtud de reglas jurídicas constitutivas, produce efectos jurídicos según su contenido. Otros ejemplos son los testamentos, las leyes, los juicios y los actos administrativos. No son actos naturales ni testar, ni legislar, ni juzgar a alguien, ni resolver un expediente. Son actos jurídicos, concebidos solamente como constituidos por reglas jurídicas.⁴³⁵

430 Ross, Alf, *Lógica de las normas*, cit., nota 148, p. 57.

431 *Idem.*

432 *Idem.*

433 *Idem.*

434 *Ibidem*, p. 60.

435 *Idem.*

B. *Dos teorías jurídicas constitutivistas: Carcaterra y Robles*

a. El constitutivismo jurídico en Carcaterra

En contraste con los esbozos de Olivecrona y Ross, el profesor italiano Gaetano Carcaterra ha construido toda una teoría normativista del derecho, de corte constitutivista, basándose en las ideas de Austin. Las obras que contienen su pensamiento son *Le norme costitutive*⁴³⁶ y *La forza costitutiva delle norme*.⁴³⁷ “*Comune ad entrambi i lavori e il concetto di norma costitutiva (qui indicata anche come dispositiva o statutaria), ispirato alle c. d. «performative utterances»*”.⁴³⁸

Aquí nos referiremos sólo a su segundo trabajo, por contener su pensamiento más reciente.

Siguiendo a Carcaterra, podemos decir que la evolución del normativismo jurídico puede dividirse en tres etapas: *a)* el imperativismo de corte austiniano según el cual el derecho está integrado por órdenes dirigidas por un soberano a sus súbditos; *b)* el prescriptivismo jurídico, caracterizado por considerar que el *status* lógico-lingüístico de todas las normas jurídicas es el de proposiciones prescriptivas y *c)* el constitutivismo jurídico. La finalidad explicativa de la teoría de Carcaterra consiste en demostrar las insuficiencias del prescriptivismo para dar cuenta satisfactoriamente y sin retorcimientos clasificatorios de todas las reglas de un derecho moderno y proponer como vía alternativa una teoría de las reglas de corte constitutivista.

La estrategia de exposición del profesor italiano es la siguiente: *1)* en un primer capítulo se ocupa de exponer las críticas al imperativismo y los logros del prescriptivismo; *2)* en un segundo capítulo expone una síntesis de la teoría de los performativos de Austin (o de las proposiciones operativas, como él les llama; *3)* en el capítulo tercero, titulado “Una teoría mixta” presenta algunos problemas que no pueden ser resueltos satis-

⁴³⁶ Carcaterra, Gaetano, *Le norme costitutive...*, cit., nota 418.

⁴³⁷ *Idem*.

⁴³⁸ “Común a ambos libros es el concepto de norma constitutiva (indicada aquí también como dispositiva o estatutaria), inspirado en el concepto de «preferencia realizativa»...”. *Ibidem*, p. 1; sobre el papel de las preferencias realizativas en el lenguaje del derecho, véase Grzegorzczuk, Christophe, “Le rôle du performative dans le langage du droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, 19, 1974, pp. 339-341.

factoriamente por las teorías prescriptivistas, y demuestra la manera en que esos mismos problemas tienen una respuesta satisfactoria si se les contempla a través de la teoría de los performativos; 4) en el capítulo cuarto, titulado: “Una teoría unitaria” disuelve la teoría expuesta de manera provisional en el capítulo anterior, según la cual el derecho sería un sistema de proposiciones prescriptivas y operativas, para reducir todas las normas jurídicas a la categoría de preferencias constitutivas; 5) el último capítulo lo dedica a exponer una teoría sobre el fundamento de la constitutividad que no es sino una teoría nomodinámica en la que explica la forma en que el sistema jurídico se autogenera. A pesar de que la obra es sumamente interesante, centraremos nuestra atención sólo en los capítulos tercero y cuarto, por ser los que nos servirán como principal punto de contraste con la teoría sintáctica.

1) *La teoría mixta (ejemplos de tipos de reglas no explicadas satisfactoriamente por el prescriptivismo)*

Tal como se ha dicho, para Carcaterra existen ciertas reglas jurídicas que no pueden ser subsumidas claramente bajo la categoría lógico-lingüística de proposiciones prescriptivas. Como ejemplo de éstas están (según dicho teórico): a) las normas permisivas; b) las normas definitorias y clasificatorias y también las derogatorias; “*Qui, a titolo esemplificativo, prendero in considerazione le norme permissive, le norme definitive e le norme classificatorie o che disciplinano status soggettivi, le quali sono ben note come elementi di disturbo delle teorie prescrittivistiche*”.⁴³⁹

Las normas prescriptivas. Desde un principio, Carcaterra excluye de su consideración a la llamada permisión débil, *i. e.*, la que surge por ausencia de regulación, y centra su atención en la permisión que tiene como fuente a una norma jurídica concreta: “*Naturalmente, qui ci interessa non quello che si dice permesso debole, e che deriva dalla mera assenza di una norma che vieti un certo comportamento, bensì il permesso forte,*

⁴³⁹ “Aquí tomaré en consideración, a título ejemplificativo, las normas permisivas, las normas definitorias y las normas clasificatorias o que establecen *status* subjetivos las cuales son notorios elementos perturbadores de las teorías prescriptivistas”. *Cfr.* Carcaterra, Gaetano, *La forza, cit.*, nota 419, p. 40.

che una norma positivamente stabilisca".⁴⁴⁰ La estructura de estas normas es "la conducta C está permitida".⁴⁴¹

El principal problema que encuentra Carcaterra para caracterizar a estas normas como tipos de proposiciones prescriptivas está en que ellas no prescriben nada, *i. e.*, no dicen al destinatario que se comporte de tal o cual manera.⁴⁴² A continuación Carcaterra analiza cuatro tesis conforme a las cuales se pretende defender la prescriptividad de las normas permisivas.

Tesis 1: Los permisos establecidos en las normas jurídicas son auto-prescripciones. El contraargumento de Carcaterra estriba en que, en estricto sentido, no es posible sostener que una persona pueda mandarse algo así mismo.⁴⁴³

Tesis 2: El permiso es reducible a una orden dirigida por una autoridad transformando la fórmula: "A tiene permitido el comportamiento C" a la fórmula: "Si A quiere tener el comportamiento C, que lo tenga".⁴⁴⁴ El contraargumento de Carcaterra consiste en poner de relieve la contraintuitividad de la segunda fórmula desde el punto de vista prescriptivo: una prescripción ha de poder ser cumplida o incumplida lo cual no puede predicarse de la segunda fórmula, como sí puede hacerse de la primera.⁴⁴⁵

Tesis 3: Los permisos no son sino prescripciones indirectas consistentes en la imposición de obligaciones a terceros, tales como los ciudadanos. El contraargumento de Carcaterra consiste en sostener que, de ser cierta esta tesis, la relación entre permisos y obligaciones debería funcionar en ambos sentidos, *i. e.*, a la manera de una bicondicionalidad, lo cual es falso. Como contraejemplo a la afirmación de que siempre que hay una obligación es porque alguien se le permite algo, ofrece la regulación de la guerra por el derecho internacional: del hecho de que en ciertas condiciones se permita a un Estado el uso de la fuerza, no se sigue que a otro se le imponga la obligación de no responder con la fuerza (*i. e.*, se le prohíba el uso de la fuerza).

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁴¹ *Idem*.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 42.

⁴⁴³ *Idem*.

⁴⁴⁴ *Idem*.

⁴⁴⁵ *Idem*.

Tesis 4: Los permisos concedidos a los ciudadanos no son sino prescripciones indirectas con las que se prohíbe a las autoridades prohibir la conducta permitida. El contraargumento de Carcaterra es semejante al esgrimido contra la tesis anterior. De ser cierta esta tesis, siempre que a una autoridad se le prohíbe prohibir cierta conducta, a ciertos ciudadanos se les concede un permiso. La generalización es inválida según Carcaterra por que hay supuestos en los que a una autoridad se le puede prohibir cierta conducta concatenando una sanción para el supuesto en que dicha prohibición fuera violada, pero sin que ello implicara conceder una permisón a los ciudadanos.

El acto de autoridad sería, en todo caso, ilícito, pero no inválido. Creo que un buen ejemplo de lo que parece querer decir Carcaterra estaría en las prohibiciones dirigidas a los miembros de cuerpos policíacos, conforme a las cuales no pueden aprehender a los ciudadanos sin una orden judicial. En este supuesto no diríamos que a los ciudadanos les está permitido no ser aprehendidos sin orden judicial.

Una vez analizadas estas tesis, Carcaterra sostiene que las reglas permisivas en realidad sólo pueden ser traducidas a una fórmula según la cual “son inválidas para A las prohibiciones de hacer la conducta C”. Lejos de prescribir, las reglas permisivas hacen cosas con las palabras. Diciendo “A tiene permitida la conducta C” se está haciendo la acción permitir o, según la reformulación, se está haciendo que las prohibiciones de A respecto de la conducta C sean inválidas: “*Una norma permissiva... dice «é invalido il tale divieto (o il tale obbliga)», e rivela un senso chiaramente operativo. Non prescrive, ma neppure describe alcunché, perché é essa che opera l'invalidazione che dichiara: é uno dei casi in cui dire é fare*”.⁴⁴⁶

Las normas derogatorias. Relacionándolo con el tratamiento de las reglas permisivas, Carcaterra alude a las reglas derogatorias.

Para algunos autores, la función de las reglas permisivas no es otra sino la de derogar o abrogar prescripciones precedentes o excluir posibles futuras prescripciones. Carcaterra las contraargumenta sosteniendo que no es posible considerar una abrogación, una derogación o una exclusión de futuras

⁴⁴⁶ “Una norma permisiva dice: «es válida tal prohibición o tal obligación» y revela un sentido claramente operativo. No prescribe, pero tampoco describe nada, sino que opera la invalidación que ella declara: es uno de esos casos en los que decir es hacer”. *Ibidem*, p. 46. Sobre el tema, véase Scarpelli, Uberto, “Il permesso, il dovere, e la completezza degli ordinamenti normativi”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1963, pp. 1634-1656.

prescripciones como prescripciones mismas. No es posible confundir el derogar (limitar, abrogar, etcétera) con el mandar derogar (limitar, abrogar, etcétera). Cuando una regla dice: “Se derogan los artículos...” no está propiamente prescribiendo, al decir “se derogan los artículos...”, está derogando.⁴⁴⁷

Las reglas definitorias. Al igual que sucedía con las reglas permisivas, existen diversas tesis que pretenden reducir las reglas definitorias a proposiciones prescriptivas.

Tesis 1: las reglas definitorias son prescriptivas porque obligan a quienes las imponen a entender ciertas palabras de determinada manera.⁴⁴⁸ El contraargumento de Carcaterra es que, de ser cierta esta tesis, todas las proposiciones son prescriptivas, al menos implícitamente, como sucedería con “Hoy el tiempo es bueno”, que indica al receptor entender “tiempo” en sentido meteorológico y no cronológico.⁴⁴⁹ La definición inmanente de una definición legal puede ser una consecuencia, pero no el sentido ni la función de la regla misma.⁴⁵⁰ Esto se muestra claramente si se tiene presente que las deducciones que pueden ser hechas a partir de las definiciones no pueden realizarse si éstas son traducidas a prescripciones. Por ejemplo, de la regla que dice: “El mandato es el contrato por virtud del cual una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos a favor de otra” en relación con la regla: “El mandato es un contrato oneroso”, se puede armar un silogismo en el que la primera regla sea la premisa mayor, y la segunda la premisa menor, y que como resultado dé lugar a la conclusión: “El contrato por el cual una persona se obliga a realizar uno o más actos jurídicos a favor de otra es oneroso. Lo cual no sería posible si la primera regla se tradujera como lo propone la tesis analizada, *i. e.*, “El intérprete debe entender por mandato...”.⁴⁵¹ De esta manera se demuestra cómo no puede hacerse la pretendida traducción.

Tesis 2: las definiciones legales tienen naturaleza prescriptiva de manera más o menos directa, porque estatuyen como consecuencia obligaciones y prohibiciones. Por ejemplo, la regla que dice: “La mayoría de edad se fija al cumplimiento de los dieciocho años” implica una serie de obligaciones para quienes se encuentren en ese supuesto: vota, etcétera. El contraar-

⁴⁴⁷ Carcaterra, Gaetano, *La forza..., cit.*, nota 419, p. 48.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁴⁴⁹ *Idem*.

⁴⁵⁰ *Idem*.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 50.

gumento de Carcaterra es que en esta tesis subyace la idea de que la consecuencia o implicación de una proposición determina la naturaleza de la proposición misma.

Sin embargo, afirma, esto es válido sólo para cierto tipo de implicaciones llamadas absolutas, y no para otras llamadas relativas. Las implicaciones absolutas son aquellas que se dan directamente de una determinada proposición. Según esto, P implica absolutamente a Q si Q deriva de P considerada aisladamente. Una implicación relativa es la que se da no a partir de una proposición considerada en forma aislada, sino de dos o más proposiciones. Según esto, P implica a Q de manera relativa, si Q deriva de P en conjunción con otra proposición R. Las reglas definitorias implican obligaciones, prohibiciones, etcétera, de manera relativa y en ese sentido, las definiciones mismas no pueden ser consideradas de naturaleza prescriptiva.⁴⁵²

Tesis 3: las reglas definitorias son reducibles a un modelo prescriptivista no considerándolas aisladamente, pero sí dentro de una estructura más amplia, *i. e.*, considerándolas fracciones de una gran norma prescriptiva.⁴⁵³ Conforme a esta tesis, todas las reglas de un derecho positivo pueden ser reconducidas a prescripciones. Por ejemplo: considerando a la regla que dice: “Son mayores de edad quienes cumplan dieciocho años” como una fracción de una norma de la que forma parte otra que diga: “Los mayores de edad tienen la obligación de votar”, tendremos la regla: “Los mayores de dieciocho años tienen la obligación de votar”. De esta manera, las reglas definitorias son condiciones dentro de una prescripción.⁴⁵⁴

Tres son las objeciones que Carcaterra expone contra esta concepción:

Objeción 1: haciendo las reducciones propuestas por la tesis se corre el riesgo de producir pérdidas en el material normativo original. Por ejemplo: si una norma dice: “Todos los sujetos F tienen el permiso G” y otra dice “Todos los favorecidos con el permiso G tienen las obligaciones H e I” y se hace la reducción: “Todos los sujetos F tienen las obliga-

⁴⁵² *Ibidem*, p. 52.

⁴⁵³ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 53.

ciones H e I” ya no es posible expresar que todos los sujetos F tienen permitido G.⁴⁵⁵

Objeción 2: si es cierto que todas las reglas de un sistema jurídico pueden ser traducidas a reglas prescriptivas, entonces es indistinto concebir al derecho como un conjunto de prescripciones y definiciones o como un conjunto de prescripciones de las cuales las definiciones pueden ser una fracción. De ser ambas formulaciones absolutamente equivalentes no se justifica la reformulación alternativa en términos únicamente prescriptivistas, por alejarse de la manera original en que son expresadas las reglas.⁴⁵⁶

Objeción 3: la teoría de los fragmentos normativos se aleja de los esquemas con que habitualmente se manejan los juristas, quienes consideran a las reglas definitorias en su individualidad y no como fracciones de otras normas.

La teoría de los fragmentos normativos también se aleja de los usos normales del legislador, quien no emplea únicamente lenguaje prescriptivo, oscureciendo las intenciones que éste tuvo en mente al establecer una determinada definición legislativa.

Una vez que la estrecha dicotomía entre proposiciones descriptivas y prescriptivas ha sido superada por la teoría de las preferencias realizativas, concluye Carcaterra, no se justifican las deformaciones de normas que no siendo evidentemente descriptivas tenían que ser encajonadas como prescriptivas. Las reglas definitorias, al igual que las derogatorias o las permisivas, diciendo hacen: “*Non abbiamo più alcuna necessita di torturare quelle recalcitranti norme nel procusteo dilemma: che fanno, descrivono o prescrivono? La loro funzione può essere de é di fatto un'altra. Sono proposizione operative*”.⁴⁵⁷

Después de haber demostrado de manera un tanto intuitiva las ventajas de la teoría de los performativos de Austin llevada a la teoría jurídica, Carcaterra inicia la etapa teórico-constructiva propiamente dicha exponiendo el concepto de performativos dispositivos, estatutorios o constitutivos. Éstos son especies de performativos no conocidos por el mismo

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 56.

⁴⁵⁷ “No tenemos necesidad de torturar estas recalcitrantes normas en el *procusteo* dilema: ¿qué hace, describen o prescriben?, su función puede ser y de hecho es otra. Son proposiciones operativas”. *Ibidem*, p. 48. Sobre el tema de las normas definitorias, véase Martino Antonio, Anselmo, *Le definizioni legislative*, Turin, Giappichelli, 1975.

Austin, cuya característica distintiva consiste en que diciendo constituyen su propio contenido a diferencia de los demás performativos que diciendo hacen algo distinto a su contenido.⁴⁵⁸

El ejemplo citado por Carcaterra es el siguiente: Si digo: “Roberto batirá el récord”, lo que realizo es el acto de decir que Roberto batirá el récord, pero con ello no realizó la victoria de Roberto.⁴⁵⁹ Con performativos de este tipo no se realiza una situación cualquiera, sino una situación subjetiva, un acto del hablante: “*Un performativo. In quanto tale, é un enunciato con cui si realizza non gia una qualsiasi situazione bensì soltanto una situazione soggettiva: é un enunciato mediante il quale si realizza l’atto del loquente, dichiarato o sottinteso nel enunciato stesso*”.⁴⁶⁰ Los performativos constitutivos, estatutorios o dispositivos no realizan el decir, sino su contenido. Estos performativos aunque no sólo se dan en el derecho, sí son característicos de él. Por ejemplo, la fórmula empleada en la *mancipatio* para adquirir un esclavo: “yo digo que este hombre es mío según el derecho *quiritario*”.⁴⁶¹ Con ella, no sólo se está realizando el acto de decir, no sólo se está afirmando la propiedad del esclavo, sino que se está realizando el contenido de la preferencia misma: se hace que el esclavo pase a propiedad del proferente.⁴⁶²

En mi opinión, la afirmación de Carcaterra en el sentido de que este tipo de performativos fue desconocido por Austin debe ser interpretada como un mero recurso metodológico para lucir el protagonismo de los que él llama performativos constitutivos, estatutorios o dispositivos. Si recordamos uno de los ejemplos más representativos de Austin: “Bautizo este barco Queen Elizabeth”, veremos que también en este caso la preferencia está realizando su contenido. El proferente no sólo está afirmando que bautiza ese barco con el nombre “Queen Elizabeth” o está realizando el acto de decir, sino que, emitiendo la preferencia, está reali-

⁴⁵⁸ Carcaterra, Gaetano, *La forza...*, cit., nota 418. Para un análisis crítico del concepto de reglas constitutivas de su propio contenido, véase Guastini, Riccardo, “Norme che sono condizione sufficiente del loro oggetto?”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. XVI, núm. 1, junio de 1986.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 60.

⁴⁶⁰ “Un performativo, en cuanto tal, es un enunciado con el cual se realiza no ya cualquier situación sino solamente una situación subjetiva: es un enunciado mediante el cual se realiza el acto del locutente, declarado o subyacente al enunciado mismo”. *Idem*.

⁴⁶¹ *Idem*.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 61.

zando su contenido, *i. e.*, está bautizando a ese barco con el nombre Queen Elizabeth, y no otro.

Creo que asimismo es parte de la estrategia de Carcaterra dar a entender que la única cosa hecha por las preferencias no constitutivas, estatutorias o dispositivas es el acto de decir: parece como si de repente olvidara la gran cantidad de actos ilocucionarios que se pueden realizar y pretendiera disolver sus diferencias en el acto genérico “decir”.

También hay que resaltar que el ejemplo de preferencia común y corriente empleado por Carcaterra para contrastar su ejemplo de preferencia constitutiva (la fórmula de la *mancipatio*) se aleja, creo yo, deliberadamente, de la fórmula gramatical prototípica de los realizativos, *i. e.*, en primera persona del presente del indicativo en voz activa y en su lugar emplea un enunciado en futuro simple: “Roberto batirá el récord”. Si en vez de este ejemplo hubiera empleado: “Roberto bate el récord” y lo pone en labios de un juez de competición, la supuesta originalidad de las preferencias constitutivas, etcétera, se hubiera disuelto pues hubiera dado, simplemente, un buen ejemplo de judicativo austiniano. Por último, es de resaltar que los ejemplos de preferencias constitutivas, dispositivas o estatutorias brindados por Carcaterra quedarían comprendidos en la categoría de los ejercitativos de Austin.

A pesar de que me parece que en algún sentido Carcaterra duplica innecesariamente el mundo al hablar de preferencias constitutivas, dispositivas o estatutorias supuestamente desconocidas por Austin, no puedo detenerme más en estas consideraciones, pues mi intención primordial aquí es expositiva, y no crítica.

Aplicando el concepto de preferencia constitutiva a la construcción teórico-jurídica, Carcaterra dice que estas preferencias no crean hechos o situaciones en la realidad natural ni en un mundo metahistórico. Sus objetos son situaciones jurídicas definidas dentro de un sistema jurídico.⁴⁶³ El efecto de las preferencias constitutivas en el campo del derecho es siempre sistemático.

Las fórmulas explícitas en que suelen venir expresados los performativos constitutivos son: “(Con el presente acto, con la presente norma) dispongo (establezco) —nosotros disponemos (establecemos)— la autori-

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 62.

dad A dispone (establece) que...”, y “(con el presente acto, con la presente norma) se dispone (se establece) que...”.⁴⁶⁴

Por su impersonalidad, Carcaterra estipula como fórmula estándar de las normas constitutivas a la segunda.⁴⁶⁵ Es la estructura a la que siempre pueden ser reconducidos cualquier norma o preferencia constitutiva.⁴⁶⁶ Los verbos performativos implícitos en toda norma constitutiva serán, por lo tanto: constituir, establecer, disponer.⁴⁶⁷

Entre las normas jurídicas constitutivas figuran varias de las que han sido aludidas con anterioridad. Veamos algunos ejemplos:

Ejemplo 1: “la mayoría de edad se fija a los dieciocho años”. Su traducción a la fórmula estándar nos daría: “(con la presente norma) se dispone que son mayores de edad todos y sólo aquellos que hayan cumplido dieciocho años”.⁴⁶⁸ Como puede verse, en este caso el verbo “fijar” es incluso sinónimo de “disponer”.

Ejemplo 2: “la norma N es abrogada”. Esta norma en estructura gramatical de voz pasiva quedaría reformulada así: (con la presente norma) se dispone que la norma N deje de pertenecer al sistema jurídico J.⁴⁶⁹

Ejemplo 3: Es frecuente que en los enunciados normativos no aparezca ningún verbo performativo de manera explícita siendo normal encontrar normas con estructura del tipo: “el domicilio es el lugar donde la persona reside habitualmente”. Esta forma, llamada por Carcaterra “elíptica”, también es traducible a la fórmula estándar: (con la presente norma) se dispone que el domicilio de una persona es el lugar donde reside habitualmente.⁴⁷⁰

2) *La teoría unitaria*

Como dijimos al resumir la estrategia de exposición de Carcaterra, la teoría mixta según la cual todo sistema jurídico está integrado por normas prescriptivas y normas constitutivas, no es sino un paso previo a la exposición de una teoría unitaria en la que las normas prescriptivas pasan

⁴⁶⁴ *Idem.*

⁴⁶⁵ *Idem.*

⁴⁶⁶ *Idem.*

⁴⁶⁷ *Idem.*

⁴⁶⁸ *Idem.*

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 65.

⁴⁷⁰ *Idem.*

a ser especie de normas constitutivas. De esta manera, todo sistema jurídico es un sistema de reglas constitutivas, algunas de las cuales son, a la vez, prescriptivas.

Según Carcaterra, nada hay de asombroso en el hecho de que ciertas normas constitutivas puedan ser a la vez prescriptivas. Ello fue establecido incluso por el mismo Austin, para quien las preferencias: “cierra la puerta” y “te ordeno que cierres la puerta”, a pesar de su aparente diferenciación como imperativa la una y performativa la otra, son una misma proposición formulada en dos maneras distintas: “*Dire «chiudete la porta» afferma Austin, evidentemente performativo, compimento di un atto, tanto quanto dire «vi ordino di chiuderla». ne segue allora questo semplice corollario: le prescrizioni, gli imperativi, persino i comandi, sono altrettante proposizioni operative implicite*”.⁴⁷¹

No es intención de Carcaterra negar que ciertas normas jurídicas tienen una función prescriptiva, sino que ésa sea su función primaria. La verdadera función primaria de esas reglas es la constitutiva: la prescriptiva es meramente secundaria o indirecta.⁴⁷² Esta tesis se prueba demostrando que en el caso de las reglas jurídicas está presente un ingrediente que no lo está en cualquier proposición prescriptiva. Dicho en términos más técnicos, el concepto de norma jurídica se define como una propiedad necesaria de la que adolece el concepto de proposición o norma prescriptiva: la constitutividad. El ejemplo paradigmático de la vulnerabilidad de la tesis según la cual las reglas (o al menos algunas reglas) jurídicas son prescripciones es la teoría de Austin. Como se ha visto anteriormente, definir las reglas como prescripciones llevó a este autor a hacer depender el concepto de regla o norma de una fuente determinada: el soberano.

Ello desembocó en una serie de críticas cuyo blanco de ataque fue hacer depender el concepto de norma de una relación personal y directa entre soberano y súbdito. Como vimos en su momento, dicha concepción resulta contraintuitiva si tenemos en mente que las normas jurídicas son aplicadas a sus mismos creadores y subsisten aún después de la desaparición

⁴⁷¹ “Decir «¡cierra la puerta!» afirma Austin, es evidentemente un performativo, cumplimiento de un acto, tanto como decir «te ordeno cerrarla». Sigue ahora esta simple conclusión: las prescripciones, los imperativos, hasta los mandatos, son proposiciones operativas implícitas”, *ibidem*, p. 72.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 73.

ción de ellos. En síntesis, concebir a las normas jurídicas como prescripciones oscurece el hecho de que entre quienes crean las normas y los destinatarios existe un sistema normativo de referencia independiente de sus creadores:

*Che differenza ó e fra il caso in cui A vuole che B faccia C, manon lo obbliga giuridicamente, e il caso in cui A vuole che B faccia C e insieme lo obbliga giuridicamente? Nono la semplice volontà che B faccia C, che é comune ad entrambe le ipotesi. La differenza á un altra e sta nel fatto che noi nel caso dell obbligare, a differenza del caso del mero volere e prescrivere, possiamo dire, e diciamo, che non già solo secondo A bensì secondo il sistema giuridico, e dal punto di vista di questo, B deve tenere il comportamento C.*⁴⁷³

Para Carcaterra el sistema jurídico no es un sistema material, sino un sistema ideal expresable en proposiciones “*intendo per «sistema giuridico» non un sistema materiale, ma un sistema ideale, composto di determinazioni esprimibili in proposizioni*”.⁴⁷⁴

Las notas conforme a las cuales Carcaterra caracteriza su concepto de sistema jurídico son tres: *a)* el sistema ideal es aquel al que siempre hacemos referencia cuando describimos el derecho objetivo y que concebimos como un particular producto cultural; *b)* es un producto cultural que se distingue de otros productos culturales por su contenido y función; *c)* comparte con todos los productos culturales los caracteres de la independencia y la permanencia.⁴⁷⁵

⁴⁷³ “Qué diferencia hay entre el caso en el cual A quiere que B haga C, pero no lo obliga jurídicamente y el caso en el cual A quiere que B haga C y además ¿lo obliga jurídicamente? No la simple voluntad de que B haga C, que es común a ambos casos. La diferencia es otra y está en el hecho de que en el caso del obligar, a diferencia del caso del mero querer y prescribir, podemos decir y decimos, no sólo que según A sino según el sistema jurídico y desde el punto de vista de éste, B debe tener el comportamiento C”. *Ibidem*, pp. 75 y ss.

⁴⁷⁴ “Entiendo por «sistema jurídico» no un sistema material, sino un sistema ideal, compuesto de determinaciones expresables en proposiciones”. *Ibidem*, p. 79.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 81.

a) *El sistema jurídico como producto cultural*

Cuando solemos decir algo acerca de un derecho determinado, en vigor o histórico, nuestras descripciones revelan que consideramos al derecho en cuestión como un ámbito dentro del cual se inscriben las situaciones referidas:

*Quando diciamo qualcosa del diritto, di questo o quel determinato diritto, oggi in vigore o storicamente estinto, o persino semplicemente proposto per il futuro o immaginato in un tempo e luogo qualsiasi, la nostra descrizione rivela che noi consideriamo il diritto stesso come, per così dire, un ambito entro il quale si iscrivono le particolari situazioni che veniamo riferendo.*⁴⁷⁶

Este ámbito no es otra cosa que un producto cultural, de la misma manera que lo son una concepción filosófica, científica, religiosa, etcétera. Así, decimos: “conforme al antiguo derecho romano la mujer estaba bajo la sujeción de la patria potestad del marido” de la misma manera que decimos: “En el sistema tolemaico la tierra es el centro del universo” o “desde el punto de vista de la doctrina de Marx y Engels la historia es la historia de la lucha de clases”.⁴⁷⁷ Considerando que la cultura es el mundo conceptual común a un grupo de hombres en una época y lugar, el derecho no es cultura, sino producto cultural, de la misma manera que lo son una concepción filosófica o un proyecto político. Mientras que la cultura es el concepto, los productos culturales son los procepta.⁴⁷⁸ A veces, el derecho es el producto de un hombre o grupo de hombres, y en ocasiones se forma a través de un proceso de objetivación lento y obscuro, pero en todo caso es producto cultural.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ “Cuando decimos cualquier cosa del derecho, de este o aquel determinado derecho, en vigor o históricamente extinto, o simplemente propuesto para el futuro o imaginado en un tiempo y lugar determinado, nuestra descripción revela que consideramos al derecho mismo como, por así decirlo, un ámbito entero en el que se circunscriben las situaciones particulares a que nos estamos refiriendo”. *Ibidem*, p. 81.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 81.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 84.

b) *El carácter particular del sistema jurídico como producto cultural*

Carcatterra distingue entre una clase o mero agregado social y un grupo o comunidad social. Una clase es un conjunto de individuos que tienen en común una determinada característica, como puede ser la edad, el color, etcétera. Un grupo o comunidad, en cambio, es un conjunto de individuos que no sólo tienen una determinada característica en común, sino que, además, en función de esa característica interactúan.⁴⁸⁰ El derecho como sistema ideal es un criterio determinante de una comunidad: la comunidad jurídica. Induce a una determinada predisposición psicológica de interacción social.⁴⁸¹ *“Il contenuto del sistema, in forza di questo nesso, si trasforma in energia sociale”*.

c) *El sistema jurídico como habitante del mundo tres de Popper*

Para Carcatterra, el sistema jurídico como idea, al igual que todo producto cultural, adquiere existencia y sentido objetivo, propio e independiente de las significaciones e intenciones subjetivas de sus creadores. En algún sentido, puede ser considerado un habitante del tercer mundo de Popper:

*Popper, che ha richiamato l'attenzione sull'autonomia di quelli che egli dice oggetti del «terzo mondo» (il mondo dei contenuti oggettivi della coscienza), osserva p. e. che sebbene abbiamo creato noi la serie dei numeri naturali, da questa costruzione sorge una gran quantità di problemi non intenzionali e neppure sospettati. Spesso poi il prodotto culturale contiene determinazioni addirittura diverse e contrastanti e neppure sospettati.*⁴⁸²

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 85.

⁴⁸¹ “El contenido del sistema, a fuerza de este nexo, se transforma en energía social”. *Ibidem*, p. 86.

⁴⁸² “Popper que ha llamado la atención sobre la autonomía de aquellos que el llama objetos del «tercer mundo» (el mundo de los contenidos objetivos de la conciencia), observa p. e. que, si bien nosotros hemos creado la serie de los números naturales, de esta construcción surge una gran cantidad de problemas no interesados e insospechados. A menudo los productos culturales contienen determinaciones insospechadas inmediatas, diversas y contrastantes”. *Ibidem*, p. 87; al respecto dice Popper: “Voy a partir de la filosofía pluralista... Para esta filosofía pluralista, el mundo consta al menos de tres sub-mundos ontológicamente distintos: el segundo, es el mundo mental o de los estados mentales; el tercero, es el de

La conclusión obtenida por Carcaterra a partir de las consideraciones precedentes es que la finalidad principal de las normas jurídicas que imponen deberes es, al igual que las normas definitorias, prescriptivas y, en general, todas las normas jurídicas, es la de crear elementos que reviertan al interior del sistema: “*Chi pone una norma obbligatoria vuole in ultima analisi che qualcuno faccia qualcosa, ma direttamente, in prima istanza, e sul sistema che mira ad operare, creando in esso l’assetto in virtù del quale gli obbligati, e tutti coloro che dalla norma sono coinvolti, possono sentirsi indotti ad agire*”.⁴⁸³

La distinción entre la preferencia prescriptiva de un loco que va proclamando por las calles el estado de guerra pretendiendo motivar a los ciudadanos a la movilización general y el acto análogo de una autoridad no está en la índole prescriptiva de ambas proposiciones, sino en el *status* primordialmente constitutivo de la segunda, ausente en la primera.⁴⁸⁴ Mientras aquélla tiene efectos sistemáticos, ésta no.⁴⁸⁵

Mediante la preferencia de una norma, la autoridad hace, si incurre en las circunstancias apropiadas, que *ipso facto* el sistema jurídico contenga una nueva regla por la que se determine que el destinatario B debe cumplir con la conducta C.⁴⁸⁶ A pesar de que la forma elíptica corriente de las normas que imponen obligaciones es “B” debe tener el comportamiento “C”, implícitamente están diciendo “(con la presente norma) se dispone que el sujeto B debe tener el comportamiento C, según el sistema S”.⁴⁸⁷ Explicando la relación entre autoridad, sistema jurídico y destinatario, la fórmu-

los inteligibles o de las ideas en sentido objetivo, el mundo de los objetos de pensamiento posibles: el mundo de las teorías en sí mismas y sus relaciones lógicas, de los argumentos y de las situaciones problemáticas tomados en sí mismos”. Popper, Karl, *Conocimiento objetivo*, trad. de Carlos Solís Santos, Madrid, Tecnos, 1982, p. 148. Sobre el tema de la teorecitud de las reglas constitutivas en el derecho, véase Angiola, Filipponio T., “Sulla teorecitud delle norme constitutive”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1980, pp. 239-281.

⁴⁸³ “Quien establece una norma obligatoria quiere, en última instancia, que alguien haga alguna cosa, pero directamente, en primera instancia, es sobre el sistema sobre el que opera, creando en el orden por virtud del cual los obligados y todos los destinatarios de la norma, pueden sentirse inducidos a hacer”. *Cfr.* Carcaterra, Gaetano, *La forza...*, *cit.*, nota 419, p. 91.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁸⁶ *Idem*.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 93.

la es la siguiente: “A obliga B al comportamiento C = A dispone (constituye) en el sistema una determinación y según esta determinación del sistema B debe tener el comportamiento C”.⁴⁸⁸

De esta manera, Carcaterra desemboca en una teoría unitaria según la cual todas las normas de un sistema jurídico son constitutivas y algunas, a la vez, prescriptivas: “*La spiegazione delle norma obbligatorie é offerta per le norma non obbligatorie: essa si presenta come valida per tutte le norme indistintamente; e perciò non piu soltanto come teoria mista bensì teoria unitaria del diritto*”.⁴⁸⁹

Conforme a lo cual la fórmula estándar del constitutivismo desde una perspectiva sistemática es: “(se dispone, se establece que) el sistema S contenga la determinación D”, donde D = cualquier determinación obligatoria o no obligatoria.⁴⁹⁰

Para concluir, hay que decir que Carcaterra admite la plausibilidad de entender norma en dos sentidos distintos: como el sentido de un acto o actos del procedimiento legislativo, o como determinación introducida por medio de estos actos en el sistema.⁴⁹¹

b. El constitutivismo jurídico en la teoría sintáctica

1) *El aspecto mixto de la teoría sintáctica*

Al igual que en la obra de Carcaterra, en la teoría “sintáctica” podemos distinguir un aspecto mixto. De la misma manera que en Carcaterra los sistemas jurídicos están constituidos por reglas de tipo prescriptivo (que a la vez son constitutivas) y otras reglas que, como las permisivas, definitorias, derogatorias, etcétera, sólo tienen una función constitutiva, en Robles también podemos distinguir reglas que a la vez que prescriben constituyen y otras que sólo constituyen. Estas reglas son las llamadas directas de la acción e indirectas de la acción. A la pri-

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁸⁹ “La explicación de las normas obligatorias es, por tanto, la misma que en el capítulo precedente fue ofrecida para las normas no obligatorias: se presenta como válida para todas las normas indistintamente; y por ello no es solamente una teoría mixta, sino una teoría unitaria del derecho”. *Ibidem*, p. 95.

⁴⁹⁰ *Idem*.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 96.

mera categoría pertenecen las deónticas y las técnico-convencionales, y a la segunda las ónticas. El aspecto prescriptivo del aspecto mixto de la teoría sintáctica, por tanto, está representado por las dos categorías de reglas de las que nos hemos ocupado en el capítulo anterior. En otras palabras, todo el tratamiento sobre el prescriptivismo de la teoría sintáctica tiene aquí un nuevo lugar.

2) *El aspecto unitario de la teoría sintáctica*

A diferencia de lo que ocurre con Carcaterra, en la obra de Robles no se desarrolla explícitamente una teoría unitaria. La teoría “sintáctica” parece haber sido construida con la intención de proporcionar un modelo de realidad jurídica en la que el derecho es un sistema constituido por tres tipos de reglas no reconducibles a un modelo único. Sin embargo, me parece que es posible sostener que en dicha teoría subyace toda una teoría unitaria de corte constitutivista o que, en todo caso, es posible construirla a partir de los elementos que ella misma proporciona. De “exhumar” el carácter unitario de la teoría me ocuparé a continuación.

a) *Factores que oscurecen el carácter unitario y constitutivista de la teoría sintáctica*

Son, a mi juicio, básicamente dos: 1) la falta de alusión explícita por parte de Robles a la teoría lingüística general dentro de la que ubicaría su tipología de las reglas, y 2) algunas confusiones debidas a la terminología que emplea.

1) En la teoría sintáctica se deja sentir la lamentable ausencia de una referencia a la teoría del lenguaje en que se basa su autor. En el caso de las llamadas reglas directas de la acción, la omisión no es tan grave, pues es fácil deducir que se está hablando de proposiciones prescriptivas (“que la regla orienta directamente la acción humana quiere decir que exige un determinado comportamiento”).⁴⁹² Sin embargo, no podemos decir lo mismo respecto de las reglas ónticas o indirectas de la acción cuya definición es, a mi juicio, problemática:

⁴⁹² Robles Morchón, Gregorio, *Las reglas del derecho y...*, cit., nota 84, p. 99.

junto a estas reglas que expresan una exigencia de conducta y, por tanto, van dirigidas directamente a la acción, existen aquellas otras que señalan o definen los elementos necesarios de la convención ya estudiados. No se dirigen directamente a la acción, aunque sí indirectamente, puesto que es impensable, desde el punto de vista lógico, que se pueda realizar la acción sin que se hayan señalado los elementos espacio-temporales, los sujetos y las competencias.⁴⁹³

Aunque es perfectamente coherente al interior de la teoría la idea de que sin los elementos ónticos una conducta del ámbito no puede realizarse, no encuentro en qué forma pueda seguirse de ello que las reglas ónticas dirijan la acción aunque sea de manera indirecta. Es más, encuentro el problema principal en esa simple palabra: “indirecta”. Si bien es cierto que en la teoría del lenguaje se suele hablar de la función indirecta de las proposiciones, lo cierto es que dicha función es obtenida por implicación absoluta y no relativa. Así, por ejemplo, la proferencia: “Hay fuego en el Colegio”, aunque directamente cumple una función descriptiva, indirectamente cumple una función prescriptiva: al decirla se prescribe el desalojo del edificio.

Lo mismo sucede con proposiciones con función directamente prescriptiva. Por ejemplo: “En caso de emergencia, gire la palanca hacia la derecha” la cual, al tiempo que nos dice cómo actuar en caso de accidente en un tren, nos informa indirectamente cómo se abre la puerta de la salida de emergencia. En ambos casos la función indirecta está implicada por la misma proposición de la que se predica la función lingüística indirecta.

Pero ¿en qué sentido está implicada una función prescriptiva en una regla que dice “son mayores de edad quienes tienen 18 años” o en la que dice: “el territorio nacional se integra por el suelo nacional, espacio aéreo, aguas internacionales, etcétera”? El riesgo de la omisión de la teoría lingüística subyacente a la categoría de las reglas ónticas puede dar lugar a una grave confusión interpretativa: hacer pensar que el aspecto unitario de la teoría sintáctica es de índole prescriptiva: si tanto las reglas directas como las indirectas tienen como función común el dirigir la acción, entonces ambas son tipos de proposiciones prescriptivas. Ello, como hemos visto, es difícilmente sostenible.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 100.

2) El segundo elemento que oscurece el constitutivismo de la teoría sintáctica es de naturaleza terminológica, y tiene lugar concretamente en el adjetivo *ónticas*, de reglas ónticas y el identificador sintáctico de ellas: ser, la razón está en que reservando la expresión óntica para cierto tipo de reglas, así como el identificador sintáctico, *ser* se da la impresión de que las únicas reglas que crean (ser) entes (*ontos*) son las reglas ónticas. Esto choca con la afirmación de que además de las reglas indirectas, también las reglas deónticas y las técnico-convencionales crean (ser) entes (*ontos*). En todo caso, el identificador sintáctico común a todas las reglas que integran un ámbito óntico-práctico es ser y su consecuencia común crear entes. La diferencia estriba, por tanto, no en que unas creen entes y otras no, como podría sugerir la terminología criticada, sino en lo que es creado por cada tipo de regla. El aspecto unitario más acorde a la teoría sintáctica es, por tanto, constitutivo.

b) *La constitutividad de las reglas deónticas, ónticas y técnico-convencionales*

A pesar de la falta de explicitación de la teoría del lenguaje en que Robles basa su teoría, hay algunos elementos que hacen pensar que ha sido influido por Searle, a diferencia de Carcaterra, quien abiertamente expone ser seguidor de Austin.

Una pauta de la influencia de Austin y Searle puede ser encontrada en las lecturas recomendadas por Robles al final de la edición alemana de su trabajo: *Rechtsregeln und Spielregeln*⁴⁹⁴ donde sugiere cómo hacer cosas con las palabras y actos de habla, respectivamente (dicha alusión no existe en la versión castellana).

La influencia del pensamiento de Austin y Searle también es puesta al descubierto por Giovanni Sartori en su recensión de *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, al ubicar la teoría sintáctica dentro del contexto de las teorías herederas del pensamiento del segundo Wittgenstein, de Austin y de Searle y que se han abocado al estudio de las reglas constitutivas.⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ Robles, Gregorio, *Rechtsregeln und Spielregeln. Eine Abhandlung zur analytischen Rechtstheorie*, Viena, Springer-Verlag, 1987, núm. 74.

⁴⁹⁵ Sartori, Giovanni, "Le regole del diritto e le regole delle giochi", *Sociologia del Diritto*, Milán, núm. 2, 1987, pp. 159-162.

Mucho más explícito es Miguel Ángel Rodilla: “La distinción que Robles propone entre normas, por un lado y reglas ónticas y técnicas por otro, no es enteramente nueva. Su rastro podría seguirse sin dificultades en investigaciones filosófico-analíticas sobre las reglas. Me referiré brevemente a lo que creo que es el antecedente que más se aproxima a la presentación de Robles”.⁴⁹⁶

Tras haber expuesto sintéticamente los conceptos de regla regulativa y constitutiva, Rodilla continúa:

Estas sumarias indicaciones bastan para advertir el estrecho paralelismo que existe entre la tipología de Robles y la de Searle. En todo caso, la de Robles añade dos ingredientes que la hacen más compleja, facilitando una aplicación más cómoda al caso del derecho: por un lado, la distinción —más o menos dentro del conjunto de las reglas constitutivas de Searle— entre reglas ónticas y técnicas; por otro, la posibilidad de una conjunción sistemática de reglas constitutivas y regulativas, que Searle, guiado por preocupaciones diferentes, no estudió.⁴⁹⁷

Como estas ideas de Rodilla obtuvieron respuesta por parte de Robles, veamos lo que opina este autor acerca de la influencia de Searle en su planteamiento:

Rodilla propone... que mis reglas ónticas y mis reglas técnicas son reglas constitutivas en el sentido de Searle y que mis reglas deónticas son reglas regulativas en el sentido también de Searle. Con ello, creo que tergiversa tanto el planteamiento de Searle como mi propia concepción... pasa por alto el carácter dispar del planteamiento de Searle y el mío propio.⁴⁹⁸

Debemos destacar de la réplica que, desafortunadamente, Robles contesta a algo que Rodilla jamás planteó. Si leemos la reproducción textual de este autor, encontraremos que en ningún momento afirma que las reglas ónticas y técnico-convencionales de Robles sean reglas constituti-

⁴⁹⁶ Rodilla, Miguel Ángel, *El derecho y los juegos*. Utilidad y límites de una analogía, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos-Ministerio de Justicia-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, p. 557.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 558.

⁴⁹⁸ Robles, Gregorio, “La comparación entre el derecho y los juegos (réplica a Miguel Ángel Rodilla)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, p. 602.

vas, ni que las reglas deónticas sean regulativas. La finalidad de Rodilla es, simplemente, señalar la analogía que él cree encontrar entre los planteamientos de Robles y de Searle, pero sin negar los rasgos distintivos de los conceptos de Robles, quien parece haber encontrado en la recensión de aquél un ánimo de “recortar originalidades”.⁴⁹⁹ Algunos pasajes de Rodilla representativos son: “Me referiré brevemente a lo que creo que es el antecedente que más se aproxima a la presentación de Robles”;⁵⁰⁰ la distinción que Robles propone entre normas, por un lado, y reglas ónticas y técnicas, por el otro, no es enteramente nueva;⁵⁰¹ Robles añade dos ingredientes que la hacen más compleja.⁵⁰²

Sin embargo, el verdadero problema de la respuesta de Robles se encuentra en el siguiente pasaje: “En mi esquema los tres tipos de reglas son a la vez constitutivas y regulativas. Constitutivas porque crean algo, así, las reglas ónticas constituyen los elementos posibles de la deonticidad (deberes). Y son regulativas, porque todas ellas regulan la acción, las reglas ónticas indirectamente y las reglas técnicas y deónticas directamente”.⁵⁰³ Este comentario me parece sumamente desafortunado ya que con él, Robles no logra, contrariamente a lo que pretende hacer, distinguir su teoría de la de Searle, ya que también para éste, las reglas constitutivas, además de constituir, regulan.

La causa de este desafortunado intento de diferenciación creo encontrarla en una interpretación equivocada de Robles del pensamiento de Searle a quien se refiere en los siguientes términos:

Así, por ejemplo, dice que las reglas constitutivas son aquellas que «constituyen (y también regulan) una actividad», lo cual parece querer decir (o al menos esa parece ser la interpretación más plausible) que las reglas constitutivas son también y al mismo tiempo regulativas, por lo que el sen-

499 Robles dice expresamente: “otros rasgos «negativos» de la crítica también son de destacar. Así, por ejemplo, parece que mi crítico muestra notable celo en «recortar» lo que podrían denominarse planteamiento soluciones originales”. Robles, Gregorio, “La comparación...”, *cit.*, nota 498, p. 583.

500 Rodilla, Miguel Ángel, *El derecho y los juegos...*, *cit.*, nota 496, p. 557.

501 *Idem.*

502 *Ibidem.*, p. 556.

503 Robles, Gregorio, *La comparación...*, *cit.*, nota 498, p. 604.

tido de la distinción (entre reglas constitutivas y regulativas), tal como la fórmula Searle, se desvanece.⁵⁰⁴

El aspecto problemático de la interpretación estriba en que el hecho de que para Searle las reglas constitutivas a la vez que constituyen, regulen, no se puede seguir que Searle afirme que las reglas constitutivas sean también regulativas. La diferencia entre ambas reglas no estriba en su función prescriptiva, que bien puede ser común a ambas, sino en su necesidad o no necesidad para poder describir una situación de hecho. Mientras que la acción realizada conforme a una regla regulativa puede ser descrita de la misma manera con regla o sin ella (aparcar el coche), describir una acción acorde a una regla constitutiva presupone necesariamente a la regla (“¡ha sido un gol!” Es algo muy distinto a “¡Ha entrado la pelota que pateó ese señor en medio de dos postes!”).

La diferenciación intentada por Robles, pues, parece ser la siguiente: mientras que en la teoría de Searle no tiene sentido sostener que las reglas que crean algo (constitutivas) al mismo tiempo regulan algo ya que ello implicaría la destrucción de su tipología, en mi teoría sí podemos hablar coherentemente de reglas que al mismo tiempo que crean algo, regulan algo. Desafortunadamente, tampoco la manera en que expresa esta idea es afortunada: “En mi esquema los tres tipos de reglas son a la vez constitutivas y regulativas”.⁵⁰⁵

Si interpretáramos la oración literalmente, carecería de sentido, ya que los conceptos técnicos de regla constitutiva y regla regulativa son recíprocamente excluyentes. Si Searle los expone uno al lado del otro es precisamente por esa característica; las reglas constitutivas se distinguen de las regulativas del mismo modo que el blanco resalta sobre fondo negro. A pesar de esta mala formulación de Robles, si le aplicamos la terapia preventiva, encontraremos una oración con significado pleno. Su expresión sería: “En mi esquema los tres tipos de reglas son constitutivas, lo que implica decir que, a la vez que crean algo, regulan”. Ello implica reconocer que, al menos en algún sentido, sus tres reglas quedan subsumidas en el esquema conceptual de las reglas constitutivas de Searle (sin que ello implique que los conceptos de regla óptica, técnico-convencio-

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 603.

⁵⁰⁵ *Idem*.

nal y deóntica carezcan de originalidad, como podremos ver más adelante). En resumen: el estado de cosas al que hemos llegado es el siguiente: en palabras del propio Robles, los tres tipos de reglas que constituyen un ámbito óptico-práctico son constitutivas y al mismo tiempo prescriptivo (evito deliberadamente la alusión al adjetivo “regulativas” por los problemas a que ha dado lugar).

Volviendo a nuestro problema principal, que es la construcción del aspecto unitario de la teoría sintáctica, tendremos que la tesis resumida en el párrafo anterior, tal como es expuesta, nos llevaría a construir un aspecto unitario de extrañas características, ya que tanto las reglas ópticas como las deónticas y las técnico-convencionales podrían presentar un carácter común tanto prescriptivo como constitutivo.

No obstante, esta curiosa teoría unitaria-paralela puede ser fácilmente evitada si recordamos la imposibilidad de atribuir a las reglas ópticas una función prescriptiva. Con esto, tanto las reglas ópticas, las deónticas, como las técnico-convencionales tienen en común el crear algo, *i. e.*, son reglas constitutivas. De la misma manera que la acción de anotar un gol no puede ser descrita sin presuponer una regla constitutiva del fútbol, la acción sentenciar en un juicio, o apelar, o demandar, etcétera, no pueden ser descritas sin presuponer una regla jurídica. Pero, por otra parte queda claro que no todas las reglas de la teoría sintáctica presentan un carácter prescriptivo, no todas dirigen la conducta; ello corresponde sólo a las reglas deónticas y técnico-convencionales.

Las reglas ópticas, aunque carecen de función prescriptiva, cumplen una función de suma importancia: crean los elementos necesarios para que las acciones y conductas jurídicas puedan tener lugar. La regla que constituye lo que es un *touchdown* no regula ninguna conducta directa ni indirectamente de la misma manera que no lo hace la regla jurídica que establece: “Son mayores de edad quienes hayan cumplido 18 años” y sin embargo, ambas son piezas que no pueden ser modificadas sin modificar el estado de cosas, que es el sistema proposicional al que pertenecen. Las reglas de Robles, sin duda alguna, son reglas constitutivas en el sentido de Searle si las consideramos en forma aislada, *i. e.*, si abstraemos su caracterización funcional.

c) *El ámbito óntico-práctico de Robles y la institución de Searle*

Como recordaremos, Searle distingue entre hechos brutos y hechos institucionales. Los primeros son los que pueden tener lugar en el mundo empírico sin presuponer una regla determinada; los segundos tienen lugar sólo si se les interpreta a partir de una institución: “Ciertas formas de conducta constituyen el hecho de que el señor Martínez se case con la señorita García solamente si se da la institución del matrimonio”.⁵⁰⁶ Las instituciones no son otra cosa sino sistemas de reglas constitutivas: “Estas «instituciones» son sistemas de reglas constitutivas”.⁵⁰⁷

Como se recordará también, cuando abordamos el tema de las diversas acepciones de ámbito óntico-prácticos una de ellas correspondía a un sistema de reglas generadoras de *types* a partir de los cuales ciertos textos del mundo empírico podrían ser interpretados como *tokens* o praxemas *token* de tipo jurídico. En este sentido, de la misma manera que las reglas ónticas, deónticas y técnico-convencionales comparten las mismas notas que las reglas constitutivas de Searle, el concepto de ámbito óntico-práctico comparte las mismas notas que el concepto de institución del mismo autor.

El derecho, desde este punto de vista, no es sino una institución más que hace posible que ciertos hechos institucionales puedan acontecer. De la misma manera que el hecho de que el señor Martínez se case con la señorita García es posible sólo si existe la institución del matrimonio, el hecho de que el señor Jiménez sea condenado al pago de gastos y costas judiciales a favor de su contraparte el señor Ruiz, sólo es posible si existe la institución del derecho.

d) *La aportación de Robles: una tipología funcional*

Como consecuencia de lo que hemos expuesto, podemos decir que el aspecto unitario de la teoría de Robles estriba en que todas sus reglas son constitutivas e integran un tipo especial de institución que es el ámbito óntico-práctico. Al igual que algunas de las reglas constitutivas de Searle y algunas de las normas constitutivas de Carcaterra, dentro de la teoría de Robles podemos encontrar que algunas de las reglas del ámbito óntico-práctico pueden ser, al mismo tiempo, prescriptivas. sin embargo, hay

⁵⁰⁶ Searle, John, *Actos de habla, cit.*, nota 142, p. 60.

⁵⁰⁷ *Idem.*

un aspecto en el que la teoría de Robles es completamente original: sin afectar el carácter constitutivo de todas las reglas que integran un ámbito óptico-práctico, divide la función prescriptiva de las reglas directas en dos diferentes funciones: mientras las deónticas prescriben cómo se debe actuar, las reglas técnico-convencionales prescriben cómo se tiene que actuar si se quiere obtener un acto jurídico válido.

En perfecta congruencia con estas dos funciones prescriptivas, Robles habla de dos funciones constitutivas distintas: mientras unas crean un deber, las otras crean un tener-que. Al lado de estas reglas constitutivas-prescriptivas, todas las reglas ópticas presentan una función constitutiva englobable en un criterio común: crear los elementos necesarios de la acción. Las diversas funciones constitutivas de las reglas ópticas son: crear los sujetos, las competencias, el espacio, el tiempo.

La nota distintiva del concepto de ámbito óptico-práctico de Robles como especie de institución en el sentido de Searle estriba en concebirla no sólo como un sistema de reglas constitutivas, sino como un sistema interactuante integrado por distintos tipos de reglas constitutivas, cada una de las cuales cumple una función determinada.

La distinción de la teoría de Robles de otras teorías constitutivistas sólo es posible desde una perspectiva funcionalista definida al interior de su teoría y no por la caracterización lingüística de los modelos de reglas que él propone. La originalidad de la concepción de las reglas deónticas, técnico-convencionales y ópticas no radica en que ellas sean tipos nuevos de proposiciones. Su clara caracterización como proposiciones prescriptivas y constitutivas da buena cuenta de ello. La originalidad de la teoría de Robles radica en proporcionar un modelo de realidad totalmente nuevo en el que reglas de conocida caracterización proposicional se interrelacionan sistemática y coherentemente de manera no expuesta anteriormente.

e) *Análisis comparado de las teorías de Carcaterra y Robles*

La finalidad de este rubro es proporcionar un esclarecimiento final de la teoría sintáctica a efecto de resaltar sus aportaciones al campo de la teoría jurídica. Para ello procederé a compararla con la teoría de Carcaterra.

Semejanzas:

- *Ubicación dentro del normativismo.* Ambas teorías pertenecen al normativismo constitutivista por considerar al derecho como un sistema integrado por reglas que crean o constituyen cosas.
- *El aspecto unitario.* En las dos teorías el derecho es concebido como un sistema proposicional integrado por reglas cuya función primordial y más característica es la constitutiva u operativa.
- *El aspecto mixto.* Ambas proporcionan modelos teóricos en los cuales el derecho es concebido como un sistema de proposiciones que crean cosas. Sin embargo, algunas de las reglas del derecho pueden ser concomitantemente constitutivas y prescriptivas, pero no todas.
- *El sistema jurídico como habitante del mundo tres de Popper.* Tanto para Robles como para Carcaterra, el derecho es un sistema proposicional con existencia objetiva, propia e independiente de sus creadores. En este sentido, podemos decir que ambas teorías conciben que todo sistema jurídico al igual que las teorías científicas, son habitantes del mundo tres de Popper.⁵⁰⁸
- *Las reglas constitutivas como condiciones de necesidad múltiple.* Tanto el modelo teórico de reglas de Carcaterra como el de Robles es predicable la propiedad de constituir condiciones necesarias para, por lo menos, seis distintos fenómenos, de los cuales cinco tienen que ver con el aspecto puramente constitutivo de las reglas constitutivas y uno con su aspecto prescriptivo:

a) *Las reglas constitutivas de ambas teorías son condición necesaria para la existencia de types de tipo jurídico.* Sin la regla jurídica según la cual: “Son mayores de edad quienes han cumplido 18 años” es imposible que mente alguna se pueda programar con un *type* que le permita “ver” en hombres y mujeres concretos (textos) mayores de edad desde el punto de vista jurídico (*tokens*).⁵⁰⁹

b) *Las reglas constitutivas de ambas teorías son condición necesaria para la pensabilidad de acciones o conductas jurídicas.* Sólo puedo pen-

⁵⁰⁸ Popper, Karl, *Conocimiento objetivo, cit.*, nota 60, p. 981.

⁵⁰⁹ Véase Pollastro, Piero, “Fenomenologia delle regole costitutive”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XIII, junio 1983, p. 234. Sobre los distintos conceptos y funciones de las reglas constitutivas, véase Guastini, Riccardo, “Six. Concepts of Constitutive Rule”, *Comunicazione presentata all’Undecimo Congresso Mondiale di Filosofia del Diritto e Filosofia Sociale*, Helsinki, agosto de 1983.

sar en la creación de un fideicomiso testamentario, porque existe una regla o grupo de reglas jurídicas que constituyen esa institución.⁵¹⁰

c) *Las reglas constitutivas de ambas teorías son condición necesaria de posibilidad para la realización de acciones o conductas jurídicas.* Sólo es posible celebrar un testamento conforme a derecho si existe una o varias reglas de derecho que constituyan esa institución jurídica.⁵¹¹

d) *Las reglas constitutivas de ambas teorías son condición necesaria para la comprensión adecuada de actividades jurídicas.* El proceso de comunicación que tiene lugar en una audiencia judicial sólo puede ser entendida como parte de un juicio si existen y son conocidas las reglas de derecho adjetivo y sustantivo que intervienen en el procedimiento en cuestión.⁵¹²

e) *Las reglas constitutivas de ambas teorías son una condición necesaria para la comunicabilidad jurídica.* De la misma manera que para que alguien pueda comunicarse en la actividad institucional que es el ajedrez es imprescindible conocer las reglas de ese juego, la comunicación jurídica presupone necesariamente el conocimiento de reglas jurídicas preexistentes. Sólo puedo participar exitosamente en una audiencia y defender los derechos de mi cliente si conozco las reglas que rigen el procedimiento a que se encuentra sometido.⁵¹³

f) *Las reglas constitutivas-prescriptivas de ambas teorías son condición necesaria para la actuación jurídica.* Si quiero realizar una conducta o acción jurídica, necesariamente he de realizar un *praxema-token* correspondiente a un *type* generado a partir de una determinada regla jurídica.⁵¹⁴

- *La inviolabilidad de las reglas contempladas en su aspecto constitutivo.* Para ambas teorías las reglas jurídicas consideradas desde el punto de vista de su constitutividad son inviolables. ¿De qué manera podría ser violada una regla que dice: “El comprador debe entregar la cosa en el plazo estipulado en el contrato” y por la cual se constituye que el vendedor debe entregar la cosa en el plazo fijado en el contrato? ¿De qué modo puede ser violada una norma que diga: “Si deseas celebrar un contrato válido debes firmarlo” por la cual se es-

510 Pollastro, Piero, “Fenomenologia delle regolle...”, *cit.*, nota 509, p. 239.

511 *Ibidem*, p. 243.

512 *Idem*.

513 *Idem*.

514 *Ibidem*, p. 250.

tatuye que si quieres firmar un contrato válido tienes que firmarlo? Desde este punto de vista son igualmente infringibles también las ónticas y las deónticas.

- *El carácter convencional del derecho.* Para ambas teorías el derecho es un producto humano y no de la naturaleza.
- La influencia del segundo Wittgenstein. Ambas teorías pueden considerarse herederas del pensamiento del segundo Wittgenstein.
- *El antidivisionismo prescriptivo-descriptivo.* Ambas teorías se ubican dentro de una línea antidivisionista que rechaza la dicotomía tradicional según la cual las proposiciones lingüísticas sólo pueden ser prescriptivas o descriptivas.
- *El contexto teórico.* Las teorías de Carcaterra y Robles son construcciones pertenecientes a la teoría del derecho.
- *Los identificadores sintácticos.* Ambas teorías echan mano de identificadores sintácticos a los cuales poder reconducir los enunciados jurídicos.
- *La pertenencia al sistema como criterio de identidad de las reglas jurídicas.* Tanto para Carcaterra como para Robles, la pertenencia de una proposición a un sistema de reglas jurídico es lo que determina la juridicidad de la regla misma.

Diferencias:

- *El aspecto unitario*

a) El carácter unitario del derecho como sistema integrado por proposiciones de un solo tipo (constitutivas) es el aspecto del gran número que es el derecho sobre el que Carcaterra arroja luces. Demostrar esta uniformidad constituye una finalidad teórica del profesor italiano quien, consecuentemente, pone menos empeño en la construcción de una tipología normativa. De hecho la distinción entre normas prescriptivas de aquellas que no pueden ser consideradas como tales es utilizada como un recurso provisional previo a la exposición de la teoría unitaria.

b) En la teoría de Robles, el aspecto unitario del derecho no es aludido expresamente en ningún momento. Dicho carácter se da por supuesto al establecer que tanto las reglas ónticas como las deónticas y las técnico-convencionales crean cosas: deberes, “tenerse-que” y elementos ónticos del ámbito. En la teoría sintáctica el énfasis es puesto en la tipología de reglas jurídicas. Contrariamente a lo que sucede en la teoría de Carca-

terra, la teoría sintáctica alumbrando la tipología normativa oscurece el aspecto unitario.

- *Lo creado por las reglas*

a) Las reglas constitutivas de Carcaterra son constitutivas de su propio contenido. Lo creado se conoce a partir del enunciado normativo mismo de manera inmediata. Por ejemplo: sabemos que la regla que dice: “Son mayores de edad quienes hayan cumplido 18 años” constituye que en el contexto jurídico J son mayores de edad quienes hayan cumplido 18 años de edad a partir de la norma misma. Lo sabemos reconduciendo la norma en cuestión a la fórmula canónica de las normas constitutivas: (con la presente norma se establece que) son mayores de edad quienes hayan cumplido 18 años.

b) En la teoría sintáctica, el punto de partida de la constitutividad no son los enunciados normativos mismos sino diversas categorías teóricas a que éstos pueden ser reducidos. Mientras que en Carcaterra es posible hablar de constitutividad normativa propiamente dicha, en el caso de la teoría sintáctica parece más oportuno hablar de una constitutividad teórica. Por otra parte, hay que recordar que dichas categorías teóricas son de segundo orden (metacategorías), ya que engloban a otras de menor grado de abstracción, *i. e.*, las correspondientes a lo que Robles llama clasificación tradicional.

- *El aspecto mixto*

a) Al exponer su teoría mixta, Carcaterra no pretende ofrecer (al menos de manera explícita) una teoría sobre la tipología normativa. Sus fines teóricos son poner de relieve el poder explicativo del concepto de preferencias realizativas para clasificar sin distorsiones ciertos tipos de reglas que no son claramente catalogables como prescripciones. Consecuencia directa de la ausencia de una tipología normativa es la ausencia de una teoría sobre la interacción de los distintos tipos de normas de un sistema jurídico. Puestos a realizar una interpretación constructiva de la tipología de reglas que Carcaterra admitiría, podríamos decir que dicho autor divide las reglas en constitutivas-prescriptivas y puramente constitutivas.

b) Contrariamente, el carácter mixto del derecho está presente en todo momento en la teoría sintáctica. Aunque Robles presenta dicho carácter

echando mano de los conceptos de reglas indirectas y reglas directas de la acción, dados los problemas que estas nociones conllevan, lo presentaré en su versión fuerte. Según ésta, el derecho es un sistema proposicional integrado por reglas de dos tipos fundamentales: reglas creadoras de los elementos ónticos del ámbito. Las primeras son las reglas ópticas, y las segundas las deónticas y técnico-convencionales. Las primeras contienen el elemento puramente constitutivo del carácter mixto del derecho, y las segundas el elemento constitutivo-prescriptivo. Dentro de éste cabe destacar la aportación del concepto de reglas técnico-convencionales.

A diferencia de Carcaterra y partiendo de su teoría sobre la tipología normativa, Robles ofrece una explicación funcionalista de la manera en que las distintas categorías teóricas por él propuestas se interrelacionan. Las reglas constitutivas de los elementos ónticos del ámbito crean elementos estáticos (sujetos, espacio, tiempo, competencias) y los otros elementos dinámicos (acciones y conductas) que hacen posibles los hechos institucionales jurídicos.

- *Metacategorías de la “clasificación tradicional”*

a) Para Carcaterra, las reglas prescriptivas, definitivas, derogatorias, clasificatorias y determinantes de *status* subjetivo son subsumidas en la categoría de reglas constitutivas no prescriptivas.

b) Para Robles, las reglas permisivas y definitivas son catalogadas como tipos de reglas constitutivo-prescriptivas. Concretamente, son consideradas reglas deónticas. Las reglas derogatorias son subsumidas en la categoría de las constitutivas no prescriptivas, *i. e.*, son consideradas reglas ónticas. Robles, a diferencia de Carcaterra, no se ocupa de las reglas clasificatorias ni de las que determinan *status* subjetivos, pero se ocupa de reglas preceptivas, prohibitivas, interpretativas, admonitivas organizativas y potestativas, de las cuales no se ocupa directamente el profesor italiano.

- *Inviolabilidad del aspecto prescriptivo de las reglas*

a) Carcaterra no alude al problema de la violabilidad o inviolabilidad de las reglas consideradas en su aspecto prescriptivo.

b) En la teoría sintáctica, sí se considera expresamente este problema aunque en vez de inviolabilidad se hable de ininfringibilidad.

- *El paradigma teórico del que se parte*

a) Carcaterra explícitamente refiere la teoría de las preferencias realizativas de Austin como el paradigma teórico a partir del cual construye su teoría.

b) Robles no menciona en ningún momento el paradigma filosófico del que parte, aunque hay buenas razones para creer que construye su teoría sobre las aportaciones de la teoría de los actos de habla de Searle y del pensamiento kelseniano consagrado en las dos versiones de *La teoría pura del derecho* y la *Teoría general de las normas*. También parece plausible hablar de cierta influencia de Hart en lo tocante a concebir el aspecto prescriptivo de la teoría sintáctica como la unión de dos tipos de reglas de las cuales unas imponen deberes y otras estatuyen facilidades para que los destinatarios del derecho puedan realizar actos jurídicamente válidos y en el hecho de que la consecuencia del “desobedecimiento” de este segundo tipo de reglas sea la nulidad. En el concepto de regla técnico-convencional es de destacar la posible influencia de las normas técnicas de Von Wright.

- *El carácter convencional del derecho*

a) Carcaterra desarrolla explícitamente una teoría del derecho como *producto cultural*.

b) Robles alude a la naturaleza convencional del derecho sin explicitar una teoría de los entes convencionales como productos culturales.

- *El sistema jurídico*

a) Carcaterra se concreta a decir que el derecho es un sistema integrado por proposiciones cuya función primaria es constituir.

b) Robles desarrolla una teoría del sistema jurídico caracterizado por la interacción de tres tipos de reglas.

- *El antidivisionismo*

a) Carcaterra alude expresamente a su posición respecto de la gran división prescriptivo-descriptivo.

b) Robles no hace mención alguna a su postura respecto a la gran división, lo que dificulta la ubicación de su teoría dentro de la filosofía lingüística contemporánea.

- *El formalismo*

a) Carcatterra no persigue como finalidad teórica construir una teoría formalista del derecho y en ocasiones incluso admite la relación entre el contenido del derecho y la cultura.

b) Robles, emulando el formalismo kelseniano, persigue la construcción de un modelo teórico formalista.

- *Los identificadores sintácticos*

a) Carcatterra usa una fórmula canónica para las reglas constitutivas análoga a las empleadas por Austin y Searle a partir de la cual se puede determinar el acto ilocucionario de las reglas: “Con la presente norma se estatuye que...”.

b) Robles no emplea una fórmula canónica conforme a la cual pueda obtenerse el acto ilocucionario a partir de reglas particulares, sino “verbos” que funcionando como categorías teóricas habrán de permitir determinar, mediante una labor de “reconstrucción hermenéutica”, el tipo de regla al que pertenece un determinado enunciado normativo, lo cual, a su vez, determinará el elemento del ámbito creado por la regla.

3) *Otra vez las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas (consideraciones finales)*

Ha llegado el momento de concluir este trabajo. A lo largo de él he pretendido “asomarme” al mundo del derecho a través de las “gafas hermenéuticas” proporcionadas fundamentalmente por la teoría sintáctica de las reglas jurídicas. Sin embargo, en el camino también he tenido que contemplar la visión proporcionada por muchas otras teorías.

Como todo cuanto “veo” y entiendo no puede ser sino producto de una interpretación realizada a través de mi modelo de mundo académico, no puedo decir que haya visto el mundo como esos autores, sino como *yo* lo veo a través de mi interpretación de como *ellos* lo ven. Si de algo no puedo escapar es, precisamente, de ser yo mismo y vivir en mi propio y personal mundo, porque yo soy mi mundo, o, lo que es lo mismo, el único mundo posible.

En otras palabras, el presente trabajo no es sino una exposición al exterior de lo que ha cambiado mi interior durante un lapso de reflexión y

estudio en el que he aprendido a “ver” algo distinto donde ya había visto antes.

Entre las tesis que aquí he expuesto he sostenido que las teorías jurídicas no generan otra cosa sino realidades hermenéuticas, que todas son igualmente válidas y que, consecuentemente, en algún sentido, la disputa teórica es un sinsentido.

Ello vale también para la teoría sintáctica de las reglas jurídicas y en general para toda concepción constitutivista. Los modelos de realidad por ellas generados no son sino fenómenos del gran nómeno que es el derecho al lado de los cuales coexisten otros modelos de realidad jurídica proporcionados por las teorías más diversas: normativistas no constitutivistas (prescriptivistas monistas o pluralistas), iusnaturalistas, realistas, etcétera. Ninguna de ellas puede ser declarada correcta o incorrecta, verdadera o falsa, mejor ni peor, dada la ausencia de parámetros claros y objetivos conforme a los cuales determinar esas declaraciones, a diferencia de lo que ocurre con teorías pertenecientes a otras disciplinas científicas.

Puede que haya diversas teorías tendentes a determinar la manera de erradicar el SIDA y todas ser igualmente ingeniosas. Sin embargo, el parámetro de evaluación es muy claro: los hombres y mujeres infectados por el síndrome a quienes se aplica un tratamiento basado en una de esas teorías mueren o se recuperan. Los cambios del mundo que son preconcebidos a la teoría determinan si es correcta o incorrecta. Pero en el campo del derecho, ¿dónde están esas preconcepciones?

Una de las consecuencias más paradójicas de la igual plausibilidad teórica es que, conforme a ella, tan plausible es un modelo de realidad como otro que lo contradice: apliquemos esta idea a la teoría analizada.

La explicación del derecho a través del modelo de las reglas constitutivas me parece inapropiado ya que deforma muchos aspectos del funcionamiento del derecho en el mundo real. En los contextos jurídicos comunicacionales es normal el desconocimiento de la regla conforme a la cual calificar un determinado hecho. Es más, no son las reglas las que determinan la juridicidad de ciertos hechos ya que dicha juridicidad es siempre declarada *a posteriori*. Empleando la comparación con los juegos, en el derecho nadie conoce las reglas conforme a las cuales una acción concreta habrá de ser calificada de jurídica o no, ni siquiera quienes declaran dicha juridicidad. La determinación de si algo fue o no una “jugada jurídica” se va gestando sobre la marcha a través del juego lingüístico de la comunica-

ción. Los mismos hechos que para un juez pudieron constituir la violación de una obligación jurídica, pueden no haber violado ningún deber para un tribunal de segunda instancia. La concepción del derecho como sistema de reglas constitutivas es un producto más de las confusiones de nuestro intelecto que pensando en reglas de juegos y derecho las ha fundido y ha llegado a pensar que por existir reglas claras en ciertos juegos, conforme a las cuales una acción determinada es inconfundiblemente una jugada de ese juego o no lo es, lo mismo ha de valer para el derecho ¿Qué problema de interpretación puede haber acerca de si alguien movió el alfil en diagonal o no?

Hasta aquí llegaremos, pues el párrafo precedente corresponde a otro modelo de realidad desarrollable en otra teoría tan correcta o incorrecta, verdadera o falsa, buena o mala como cualquier teoría constitutivista; tan realidad hermenéutica como el trabajo que aquí concluye.

CONCLUSIONES

A mi modo de ver, existe una idea generalizada de lo que deben ser las conclusiones en un trabajo académico: una serie de proposiciones constataativas de las que se predica verdad o falsedad como resultado de una investigación. En congruencia con ésta mi idea sobre la concepción general de lo que deben ser unas conclusiones, es de esperar que haga lo posible por adecuar a ese patrón las que aquí presento; sin embargo, no lo haré.

Acorde con mi concepción sobre la función cognitiva de las teorías jurídicas, las proposiciones que expongo a continuación no han de interpretarse como constantes y, por tanto, tampoco como reveladoras de alguna verdad descubierta a lo largo del trabajo, sino como proposiciones constitutivo-teoréticas generadoras de un modelo teórico de realidad hermenéutica. Hecha esta aclaración, el estilo de redacción de las conclusiones no debe llevar a confusiones sobre su *status* lógico.

De las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas

- I. Si la nueva filosofía de la ciencia (Khun, Hanson, Lakatos, Feyerabend, etcétera) ha puesto al descubierto que ni una realidad es objetiva, entonces, por mayoría de razón, es insostenible pretender que las teorías jurídicas, carentes de referentes fácticos, lo sean.
- II. La función cognitiva de las teorías jurídicas no es otra que la de generar modelos de realidad (realidades hermenéuticas) que es necesario tener en mente para participar en contextos jurídicos comunicacionales y, dentro de ellos, manipular el mundo de la acción.
- III. Una realidad hermenéutica es una construcción mental integrada por: 1 una creencia y 2 los pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas determinados por esa creencia 1.
- IV. Toda teoría jurídica es una organización de información realizada desde el modelo de mundo académico de un teórico.

- V. Algunas teorías jurídicas que sintonizan con el inconsciente colectivo de una comunidad de teóricos o aspirantes a teóricos y que tienen poder persuasivo suficiente, logran programar mentes ajenas de manera común generando así una convergencia hermenéutica que convalida una misma concepción (escuelas de pensamiento).
- VI. Las teorías jurídicas no se expresan en proposiciones descriptivas, sino en proposiciones constitutivo-teoréticas.
- VII. Las proposiciones constitutivo-teoréticas presentan la misma estructura gramatical que las constatativas y las preferencias realizativas, pero se distinguen de ellas por su función consistente en programar modelos de realidad teórica y por el hecho de que no son verdaderas ni falsas, afortunada o desafortunadas, sino creídas o no creídas.
- VIII. Las facultades de derecho son centros de programación masiva en los que se generan las convergencias hermenéuticas y el inconsciente colectivo de los juristas.
- IX. Las disputas teóricas tienen su origen en dos falsos supuestos: 1) es posible que dos o más teorías traten de resolver un mismo problema, y 2) cada problema admite una sola solución correcta.
- X. No es posible que dos teorías jurídicas se ocupen de un mismo problema, ya que los únicos problemas posibles en el campo del derecho son los definidos al interior de cada teoría. Del hecho de que dos teorías giren en torno a las mismas expresiones no puede seguirse que se ocupen de lo mismo, ya que en cada teoría el significado de esas expresiones será determinado por el contexto teórico-conceptual en el que aparezcan.
- XI. La disputa teórica es el resultado de una disfunción comunicacional entre teóricos que, al estar programados con realidades hermenéuticas distintas y partir de los falsos supuestos aludidos en la séptima conclusión, viven en mundos diferentes e inaccesibles. Empleando los mismos términos, tienen en mente cosas completamente distintas.

I. Introducción	207
II. La metodología	207
1. Planteamiento metodológico	207
2. Tipos de juegos	208
3. El pluralismo metodológico	209
III. Convención y ámbito óntico-práctico	211
1. La definición de un ámbito óntico-práctico	211
2. El ámbito óntico-práctico como resultado de la convención	213
3. Convención y decisión	214
4. Diacronía y sincronía en el derecho	216
IV. Los elementos necesarios del ámbito óntico-práctico	216
1. El espacio	216
2. El tiempo	217
3. Los sujetos de la acción	218
4. Las competencias respectivas de los sujetos de la acción	223
5. El procedimiento de la acción	228
V. El concepto de regla y sus tipos	231
1. Ente convencional y lenguaje	231
2. ¿Qué es una regla?	231
3. Tres tipos de reglas	235
VI. Las reglas ónticas	236
1. El concepto de regla óntica: carácter vectorial del ser	236
2. Reglas ónticas y definiciones	237
3. Poner nombre a las cosas y reglas ónticas	238
VII. Las reglas técnicas	238
1. La regla técnico-causal	238
2. Necesidad causal, necesidad lógica y necesidad convencional	240
3. La regla técnico-lógica	240
4. La regla técnico-convencional	241

VIII. Las reglas deónticas o normas	244
1. Concepto de regla deóntica (o norma)	244
2. Norma y deber. Deber jurídico y deber moral	244
3. Moral y derecho: ámbitos prácticos y ámbitos óntico-prácticos.	245
4. Reglas técnicas y normas: tener que y deber.	246
5. Nulidad y sanción	246
IX. Los tres tipos de reglas y la clasificación tradicional de las “normas” jurídicas	252
1. Reglas deónticas (o normas)	253
2. Reglas técnico-convencionales (procedimentales).	261
3. Reglas ónticas	263

ANEXO

LA TEORÍA SINTÁCTICA DE LAS REGLAS JURÍDICAS

I. INTRODUCCIÓN

A efecto de no perder de vista el armazón que va teniendo esta tesis, podemos resumir la secuencia del pensamiento de Robles hasta aquí expuesta, de la siguiente manera:

1) Como consecuencia de la crisis epistemológica del positivismo jurídico, es necesario encontrar un nuevo paradigma epistemológico que caracterice al pensamiento jurídico pospositivista. Como prospecto a ese paradigma, Robles propone a:

2) la teoría del derecho como análisis del lenguaje de los juristas que no es sino un esquema programático de trabajo teórico que necesita ser desarrollado. Como primer desarrollo del esquema y a nivel de la sintaxis, Robles representa su teoría “sintáctica” de las reglas jurídicas en su obra *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*. De exponer esta teoría me ocupó a continuación, procurando seguir lo más cerca posible la estructura original.

II. LA METODOLOGÍA

1. *Planteamiento metodológico*

El derecho es, en algunos aspectos, comparable a los juegos. Ambos son impensables sin reglas.

Las reglas del derecho y las reglas de los juegos es un ensayo de teoría analítica del derecho⁵¹⁶ cuyo objeto es realizar una reflexión sobre la

⁵¹⁶ Robles, Gregorio, *Las reglas del derecho...*, cit., nota 84, p. 16. “La idea de usar juegos como modelos explicativos es muy común en la filosofía analítica. Hart la usa respecto

tipología de las reglas de todo orden jurídico y la forma en que se relacionan.⁵¹⁷ Ello se puede obtener con sencillez si se resaltan las semejanzas estructurales entre los juegos y el derecho, más que con cualquiera de las analogías tradicionalmente utilizadas: la comparación del derecho con la moral o los convencionalismos sociales.

El planteamiento metodológico fundamental “es el de un formalismo extremo, que se aleja del análisis de la realidad fáctica para aproximarse al derecho como una forma específica de discurso lingüístico”.⁵¹⁸

La meta de la obra es, pues, ofrecer una teoría tipológica de las reglas jurídicas, entendiendo por regla no sólo a las normas, sino cualquier proposición jurídica.⁵¹⁹

Al principio de la exposición se presta mayor atención a los juegos, hasta centrarse sólo en consideraciones jurídicas.⁵²⁰

2. Tipos de juegos

La mayoría de los juegos quedan comprendidos en los siguientes criterios de clasificación:

1) Conforme al papel que desempeñan la suerte y la destreza en la obtención del triunfo, los juegos pueden ser:

a) *Aleatorios*. Son aquellos en que sólo de la suerte depende el éxito o fracaso de los jugadores. Por ejemplo: la ruleta o la lotería.

del derecho, pero había sido ya usada para explicar la lógica, el lenguaje, etcétera. Para un análisis de los conceptos de “juego” y “reglas del juego”, véase Ras, “The Identity of Legal Systems”, *California Law Review*, núm. 3, mayo de 1971, pp. 795-815. Hay una traducción española de Rolando Tamayo en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VII, núm. 19, 1974, pp. 139-164. Ahí hace Ras una crítica del juego como modelo para explicar el derecho, véase Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980. Sobre el mismo tema, véase Pagliaro, Antonio, “Le regole del gioco”, en Pagliaro, A. (ed.), *II Segno viviente*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1959, pp. 53-61.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁵¹⁹ “En la exposición se presentará al principio mayor atención a los juegos, descendiendo después su interés progresivamente al ir penetrando en el mundo, más complejo, del derecho”. *Ibidem*, p. 17.

⁵²⁰ *Idem*, pp. 217-220. La clasificación de juegos que presento no está así en el original. Por razones de economía he hecho una reducción de las categorías de juegos citadas ahí.

b) *Cuasialeatorios*. En ellos la suerte está presente, pero no es elemento único ni determinante en la obtención del triunfo. También la destreza es importante. Por ejemplo: el dominó.

c) *No aleatorios*. Sólo la habilidad cuenta para el resultado final del juego. Por ejemplo: el ajedrez.

2) Conforme a la relación jugador-campo de juego, pueden ser:

a) Juegos de hombres. Si los jugadores y las “piezas” del juego son lo mismo. Por ejemplo: el fútbol.

a) *Juegos de piezas*. Si los jugadores están fuera del campo de juego y participan moviendo piezas desde el exterior. Por ejemplo: las damas chinas.

Es con los juegos de destreza y hombres con los que el derecho presenta la analogía más fuerte.⁵²¹

3. *El pluralismo metodológico*

Lo mismo que el derecho, los juegos pueden ser objeto de reflexión teórica⁵²² y estudiarse desde, al menos, cuatro enfoques epistemológicos independientes:

A. *El enfoque causalista o genético*

Su finalidad es estudiar las relaciones entre juego o derecho y la realidad fáctica.

Su tarea es doble, por una parte, puede orientarse a analizar las causas fácticas que dieron origen al juego o al derecho, o por la otra, analizar los acontecimientos que sirven como referente a las reglas lúdicas o jurídicas, en relación causal con otros sucesos naturales.

En el caso del derecho son diversas las disciplinas que pueden englobarse bajo el enfoque genético: sociologismo, psicologismo, antropologismo e historicismo jurídico.

⁵²¹ Sobre la diversidad de planteamientos metodológicos en el derecho, se recomienda el excelente trabajo de Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Cátedra, 1971, en particular sobre el enfoque estructuralista del mismo autor, véase Hernández Gil *et al.*, *Estructuralismo y derecho*, Madrid, Alianza, 1973.

⁵²² *Ibidem*, pp. 215 y 216.

B. *El enfoque estratégico*

Su finalidad es estudiar su estrategia o tácticas conforme a las cuales se ha de obtener el éxito jurídico o lúdico.

La máxima rigurosidad en análisis de este tipo se encuentra en la teoría matemática de los juegos, entre cuyas principales aplicaciones se pueden citar las modelizaciones de tácticas bélicas, políticas y económicas.

Con respecto al derecho, el enfoque estratégico es el apropiado para el estudio de las expectativas de triunfo en las contiendas parlamentaria y jurisdiccional.⁵²³

C. *El enfoque teleológico*

Las finalidades de los juegos y el derecho son de dos tipos:⁵²⁴

a) Las finalidades inmanentes, que son las propias del derecho o del juego como juego o derecho en sí, *i. e.*, jugar y orientar jurídicamente la conducta social.⁵²⁵

b) Las finalidades atribuidas, que son las que se imputa al juego o al derecho desde el exterior. Son de naturaleza subjetiva y su ausencia no afecta al “ser” del juego o derecho. Por ejemplo: respecto del primero, ganar (aunque se puede jugar con otros fines, como por ejemplo, la mera diversión) o, respecto del segundo, proteger ciertos valores o ideal de justicia.⁵²⁶

El objeto de estudio del enfoque teleológico son las finalidades atribuidas.⁵²⁷

D. *Enfoque lingüístico*

Por medio de él “se intenta la aproximación al texto en que necesariamente viene expresado tanto el juego como el derecho”.⁵²⁸

⁵²³ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

⁵²⁴ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 24.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 25.

⁵²⁷ *Idem*.

⁵²⁸ *Idem*.

Tanto derecho como juego son una forma de comunicación que se manifiesta mediante reglas, no sólo escritas, sino, también pensables (y en ese sentido escribibles)... Todo juego posee una dimensión lingüística ineludible. Y esta definición es tan importante que es posible decir que definir un juego es definir sus reglas, cobrando así la dimensión lingüística el papel más relevante. Exactamente igual sucede con el derecho.⁵²⁹

Con respecto al lenguaje en que se manifiesta todo juego o derecho, se pueden realizar dos operaciones:⁵³⁰ una investigación semántica, cuya finalidad es dar cuenta de los contenidos de las proposiciones lingüísticas; o una sintáctica, tendente a elucidar el aspecto lógico-formal de las reglas y sus conexiones sistémicas.

El estudio de los contenidos de las proposiciones en el caso del derecho corresponde a la dogmática jurídica, mientras que el de las formas, al análisis lógico-lingüístico.⁵³¹

III. CONVENCION Y ÁMBITO ÓNTICO-PRÁCTICO

1. *La definición de un ámbito óntico-práctico*

Ni los juegos ni el derecho pueden ser definidos mediante los enfoques genético, teleológico o estratégico. Las explicaciones ofrecidas a partir de esos métodos constituyen discursos predicativos referidos a un sujeto presupuesto: el derecho o el juego. Los tres son posteriores a la definición jurídica o lúdica: “Lo que el juego es, es independiente de las causas que lo han producido y también de los efectos que provoca practicarlos”.⁵³² “Sólo si sabemos exactamente lo que el juego es... podremos organizar la estrategia a seguir de esta u otra forma”.⁵³³ “Que un determinado juego procure según los entendidos, resultados excelentes para mantenerse en forma física es independiente de lo que el juego es en sí”.⁵³⁴

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 26.

⁵³⁰ *Idem*.

⁵³¹ *Idem*.

⁵³² *Ibidem*, p. 31.

⁵³³ *Idem*.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 32.

Como se vio anteriormente, la definición del juego y el derecho sólo es posible desde el enfoque lingüístico, y la única manera en que son definibles es dando cuenta de todas y cada una de sus reglas. Por ejemplo, quien quiera definir el ajedrez no tendrá más remedio que decir que el juego sólo admite dos jugadores (hombres), que emplea un tablero de 64 cuadros de tamaño uniforme en dos colores distintos y con distribución alternada, y que se juega con determinadas fichas, cada una de las cuales tiene una función específica. Habrá de exponer también cómo tiene que moverse cada ficha si es que ha de moverse y las condiciones necesarias para *comer*. “la definición del ajedrez viene dada por el conjunto de sus reglas”.⁵³⁵

Tanto en los juegos como en el derecho se deben distinguir dos tipos de reglas: las necesarias y las contingentes. Las primeras son aquellas que es imprescindible enunciar para definir un juego o derecho, y son de dos tipos: ónticas y técnicas. Las segundas, llamadas deónticas o normas, son las que suponen la posibilidad de infracción y “no tienen por qué formar parte de la definición de un conjunto normativo ya que el ser del conjunto sólo puede definirse por las proposiciones necesarias”.⁵³⁶

Por ejemplo, si alguien nos pidiera definir el fútbol, tendríamos que enunciar las reglas que señalan el campo de juego, así como los jugadores y los procedimientos necesarios para que su acción pueda considerarse “fútbolística” (del miembro de un equipo de fútbol que a mitad de un partido se tumbara de espaldas en el césped y comenzara a girar como hacen los bailarines de *break dance*, no diríamos que está realizando una acción fútbolística). Pero podríamos prescindir de enunciar las normas que exigen de los jugadores cierto comportamiento en el campo. “El juego sucio será todo lo sucio que se quiera, pero no por eso deja de ser juego”.⁵³⁷ “Las normas no entran en la definición ya que aun cuando se infrinjan sigue habiendo juego y en este sentido no constituyen un comportamiento ‘óntico’ del mismo modo”.⁵³⁸

⁵³⁵ *Idem*.

⁵³⁶ *Idem*.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 34.

Lo que los tres tipos de reglas tienen en común (de algún modo han de justificar ser llamadas ‘reglas’) es ser proposiciones lingüísticas pensables autónomamente de la fuente que les da origen.⁵³⁹

2. *El ámbito óntico-práctico como resultado de la convención*

Una vez abordado el tema de la definición de un juego, se puede pasar a reflexionar sobre los elementos de todo juego.

Evidentemente, los juegos no se encuentran en la naturaleza como sucede con las manzanas. Si bien son entes reales, su realidad es muy distinta: es artificial, *i. e.*, son producto de una convención.⁵⁴⁰

El derecho también tiene un origen convencional, es creado mediante un acuerdo entre hombres.⁵⁴¹ Convención y producto de acuerdo son lo mismo.

Tanto en la convención “juego” como en la convención “derecho” hay que distinguir dos aspectos: el dinámico, que se refiere al proceso fáctico de creación de una convención, y el estático, que alude a la convención ya terminada. Sólo con respecto al segundo es posible efectuar un análisis lógico-lingüístico.⁵⁴²

La creación de un juego y también del derecho puede ser de dos tipos: instantánea, resultado de una deliberación (actividad de “gabinete”) o consuetudinaria, producto del curso natural del juego, que se va integrando al tiempo que se juega.⁵⁴³

El primer tipo de creación puede suponer uno o varios creadores, constituyendo el marco en que quedan comprendidas las actividades legislativas uni y pluripersonales. El segundo es propio del llamado derecho consuetudinario o jurisprudencial.⁵⁴⁴

⁵³⁹ “Más adelante discutiremos el concepto de regla y el de norma, pero de momento parece adecuado pensar que si se las desprende de los elementos extrínsecos a ellas mismas, tanto las reglas como las normas son pensables como proposicionales lingüísticas”. *Idem*.

⁵⁴⁰ “El juego es el resultado de la convención. Sólo “existe” porque un determinado día determinados hombres se pusieron de acuerdo en torno a cómo habrían de comportarse en lo sucesivo si querían jugar un determinado juego. A este acuerdo le llamaremos convención”. *Ibidem*, p. 35.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁴² *Idem*.

⁵⁴³ *Idem*.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

La convención no es otra cosa sino lenguaje. Como tal, tiene sintaxis y semántica y puede ser objeto de investigación puramente formal o de contenido.⁵⁴⁵

Al conjunto de elementos presentes en y comunes a todo juego y derecho se les denomina ámbito óntico-práctico.⁵⁴⁶ Su estudio es emprendido desde un enfoque estático y por tanto su determinación y explicación son independientes del proceso creador fáctico del que derivan y su facticidad futura⁵⁴⁷ (cualquier antropólogo puede hoy día definir el juego de la pelota de hule que jugaron los antiguos pobladores de Mesoamérica, e incluso hay quienes lo han revivido en el Estado de México).

3. Convención y decisión

El ser no es sólo la facticidad, ésta es sólo una clase de aquél. Al lado del ser fáctico coexisten otros dos: el lógico y el convencional.⁵⁴⁸

En la convención óntico-práctica (producto del acuerdo entre los hombres) se dan todos los elementos necesarios y comunes a todo juego y derecho: delimitación del marco espacio-temporal en el que el juego ha de desarrollarse, determinación de los sujetos que han de ser jugadores así como su competencia y procedimiento que ha de ser seguido para que sus acciones sean lúdicas o jurídicas.⁵⁴⁹

La convención siempre es el resultado de una decisión o conjunto de decisiones. Sin embargo, así como el hijo, aunque es producto de los padres, es independiente de ellos como persona, de la misma manera la convención es independiente de toda decisión previa a su consolidación, de toda decisión tomada durante el proceso creador.⁵⁵⁰

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁴⁶ “El ámbito óntico-práctico no es el proceso fáctico de su formación, sino el resultado del proceso”. *Ibidem*, p. 38.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁴⁸ “El ser no es sólo la facticidad, es decir, lo que sucede. La facticidad es una de las formas expresivas del ser, pero no agota todas las dimensiones de éste. Junto al ser natural está el ser lógico y el ser convencional”. *Ibidem*, p. 40.

⁵⁴⁹ *Idem*.

⁵⁵⁰ *Idem*.

No obstante, el nacimiento de una convención no significa el destierro de toda decisión, pues en su interior también pueden ser tomadas decisiones.⁵⁵¹

Si consideramos el ámbito óntico-práctico que es una convención como un sistema, diremos que toda decisión tomada durante el procedimiento tendente a su creación es extrasistemática, y toda decisión tomada dentro del sistema y conforme al mismo será una decisión intrasistemática. Si la convención puede estudiarse como ente independiente de su creador, las decisiones intrasistemáticas también pueden analizarse con independencia de las extrasistemáticas: “una decisión es intrasistemática cuando afecta a una acción que tiene lugar en el espacio y en el tiempo establecido por la convención y cuando el sujeto, la competencia de ésta y el procedimiento utilizado en la acción corresponden a lo establecido convencionalmente”.⁵⁵²

Las decisiones intrasistemáticas son de dos tipos: 1) inmanentes y 2) dirimentes.

- 1) *Decisiones inmanentes*. Están vinculadas con la acción de juego: “tienen como resultado la acción típica perteneciente al ámbito del mismo”.⁵⁵³ Por ejemplo, la decisión de chutar contra la portería (preferentemente del equipo contrario) con el fin de anotar un gol.
- 2) *Decisiones dirimentes*. Son las que tienen por objeto resolver una controversia surgida en el interior del ámbito. En el caso de los juegos, son acciones de pero no del juego, a diferencia del derecho, en cuyo caso están comprendidas dentro de la acción jurídica, según determinación del ámbito.⁵⁵⁴

Ni las decisiones extrasistemáticas son relevantes a efecto de una consideración formal de la convención estáticamente considerada que es todo ámbito óntico-práctico.⁵⁵⁵

551 “La convención puede muy bien establecer cómo en el futuro se adoptarán decisiones dentro de la propia convención”. *Ibidem*, p. 41.

552 *Ibidem*, p. 41.

553 *Ibidem*, p. 42.

554 *Idem*.

555 “Lo que interesa resaltar aquí es que la decisión, tanto extra como intrasistemática, es irrelevante cara a la consideración lógico-lingüística de la convención que todo ámbito es”. *Ibidem*, p. 43.

4. *Diacronía y sincronía en el derecho*⁵⁵⁶

A pesar de que tanto en los juegos como en el derecho se dan decisiones extra e intrasistemáticas, presentan profundas diferencias. Mientras que la convención de la inmensa mayoría de los juegos es estática, *i. e.*, permanece inalterable una vez existente, el derecho está dotado de una enorme dinamicidad, que se manifiesta en la creación de nuevas reglas conforme a las existentes. Mientras las decisiones intrasistemáticas de los juegos son siempre resultado de la “aplicación” de las reglas del sistema, las decisiones del derecho suelen no sólo crear nuevas reglas, sino, incluso, modificar o extinguir las existentes.⁵⁵⁷

La investigación lógico-lingüística en ningún momento pretende negar el dinamismo jurídico; sin embargo, por razones meramente metodológicas, lo excluye de su consideración por irrelevante, para dar cuenta de la estructura formal del derecho. Los ámbitos que son el juego y el derecho son analizados, pues, desde un enfoque sincrónico.⁵⁵⁸

IV. LOS ELEMENTOS NECESARIOS DEL ÁMBITO ÓNTICO-PRÁCTICO

Son de dos tipos: aquellos que afectan e incluso condicionan la acción jurídica y la acción misma. Dentro del primer tipo quedan comprendidos: el espacio, el tiempo, los sujetos y la competencia.

1. *El espacio*

A. *El espacio en los juegos*

“Es indiscutible que la acción de juego ha de tener lugar en un espacio físico determinado”.⁵⁵⁹ Este espacio puede estar rígidamente formalizado previamente al juego por personas distintas a los jugadores, como sucede

⁵⁵⁶ Los conceptos de diacronía y sincronía se deben a Ferdinand de Saussure. Véase Saussure, Ferdinand de, *Curso de lingüística general, cit.*, nota 102, pp. 145-240, 1982.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 44.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 49.

en el caso del ajedrez, o delimitarse por los propios jugadores, como suele suceder en los partidos anormales de fútbol.

En los juegos en que intervienen hombres, normalmente existe una determinación reglamentaria de las dimensiones del área de juego. En estos casos debe distinguirse lo reglamentario de lo necesario. Puede suceder que un grupo de aficionados realicen un partido de fútbol en un parque sin que el área de juego por ellos determinada coincida con las dimensiones reglamentarias de un campo de fútbol.⁵⁶⁰ No obstante, pueden jugar fútbol. Lo necesario es el área de juego, no un área de juego de determinadas dimensiones.⁵⁶¹

La inexistencia de un espacio de juego es suficiente para la inexistencia de cualquier juego. Lo mismo puede decirse del derecho.⁵⁶²

B. *El espacio en el derecho*

Al igual que en los juegos, el espacio (tradicional e impropriamente llamado “territorio”) constituye un elemento necesario del ámbito óntico-práctico que es el derecho. Su naturaleza es, evidentemente, convencional, y comprende tanto la idea de extraterritorialidad jurídica propia del derecho internacional como la de división territorial externa en subespacios.⁵⁶³

2. *El tiempo*

A. *El tiempo en los juegos*

También constituye un elemento necesario del ámbito óntico-práctico. Aunque normalmente se prevén tanto el inicio como el final del juego, nada impide pensar en uno sin final predeterminado. Los puntos de refe-

⁵⁶⁰ *Idem.*

⁵⁶¹ *Idem.*

⁵⁶² *Ibidem*, p. 50.

⁵⁶³ *Ibidem*, pp. 50 y 51. Hay que destacar que lo que para Robles son elementos del ámbito óntico-práctico, tradicionalmente son considerados ámbitos de validez normativa. Concretamente, dice Kelsen: “Que la norma valga significa siempre que vale para algún espacio y para algún tiempo; esto es, que ella se refiere a una conducta que sólo puede producirse en algún lugar y en algún momento (aun cuando quizás no se produzca en la realidad)”. Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, cit., nota 79, p. 26.

rencia que marcarán el inicio y (en su caso) el final de un juego no tienen que coincidir con una indicación de tipo cronológico, como sucede con “los tiempos” del fútbol. Nada impide que el final de un juego sea determinado por un número de tantos.⁵⁶⁴

B. *El tiempo en el derecho*

También en el derecho el tiempo es un elemento necesario. Es imposible pensar en un derecho que jamás haya comenzado.⁵⁶⁵

A diferencia de los juegos, que se dan cuando ha operado la concreción definitiva de sus elementos constitutivos, el derecho parte de ciertos elementos necesarios y suficientes para hacerlo funcionar como sistema autogenerable y autocorregible (derecho constitucional). De igual manera que el espacio puede organizarse internamente en subespacios, dentro del tiempo de todo derecho puede y de hecho suele haber subtiempos. Por ejemplo, los plazos del derecho procesal.⁵⁶⁶

Aunque generalmente los órdenes jurídicos nacen con pretensión de permanencia e incluso de perennidad, como todo lo humano, terminan. Esto sucede cuando los elementos necesarios establecidos por la convención desaparecen.⁵⁶⁷

3. *Los sujetos de la acción*

A. *Los sujetos en los juegos: transitividad del status*

Ser jugador no es cualidad natural, sino convencional. En la mayoría de los juegos de hombres hay distintos tipos de jugadores según ciertas funciones.

Por ejemplo, en el fútbol se habla de los delanteros, los medios, los defensas, el portero.⁵⁶⁸ En todo caso, es jugador quien puede realizar

⁵⁶⁴ *Ibidem*, pp. 51 y 52.

⁵⁶⁵ El comentario hecho en la cita anterior respecto del espacio es válido también respecto del tiempo, véase núm. 257.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

⁵⁶⁷ *Ibidem*.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 54.

una acción lúdica de conformidad con lo establecido en el ámbito óntico-práctico.⁵⁶⁹

No se debe confundir al jugador con el hombre, pues un mismo hombre puede representar el papel de diversos jugadores. Quien normalmente es delantero puede fungir como portero cuando el guardameta oficial ha sido lesionado, y no es posible ya sustituirlo por otro guardameta (por ejemplo, porque se haya agotado el número de “cambios” permitido por el reglamento del fútbol).⁵⁷⁰

Si a cada posible forma de ser jugador la denominamos *status* y tal como hemos visto, los hombres pueden desempeñar diversos modos de ser jugador, podemos afirmar que los hombres pueden transitar de un *status* a otro. A este fenómeno se le puede denominar “transitividad del *status*”.⁵⁷¹

B. Los jugadores en el derecho

a. Las personas

“Los sujetos en el derecho son las personas”.⁵⁷² Al igual que “jugador”, “persona” tampoco es una cualidad natural de quien se predica, sino un producto convencional; por ello no es correcto distinguir entre personas físicas y jurídicas y menos aún identificar a las primeras con hombres reales. “El orden jurídico se limita a señalar quién es sujeto potencial y bajo qué condiciones puede actuar como tal”.⁵⁷³

Estas cualidades corresponden a las capacidades jurídicas y de obrar. La primera señala “la condición de sujeto «titular de derechos y deberes»”.⁵⁷⁴ La segunda determina el campo competencial dentro del que el sujeto está capacitado para actuar.⁵⁷⁵

⁵⁶⁹ *Idem.*

⁵⁷⁰ *Idem.*

⁵⁷¹ “Un determinado jugar ostenta un determinado *status* en un determinado momento, más tarde es posible que cambie de *status*”. *Ibidem*, p. 54.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 56.

⁵⁷³ *Idem.*

⁵⁷⁴ *Idem.* Es de destacar la semejanza entre esta definición y la de Kelsen: “Ser «persona» o «tener personalidad jurídica» es idéntico a tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos”. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79, p. 183.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 57.

La distinción tradicional entre competencia y capacidad pierde sentido en el ámbito conceptual y lo conserva sólo en el término lógico donde ‘competencia’ se reserva sólo para los órganos estatales, y ‘capacidad’, para las demás personas.

b. Los órganos jurídicos: su relación con las personas y con el Estado

Las personas físicas no necesitan de órganos, ya que generalmente pueden actuar por sí mismas. Cuando no es así, actúan a través de un representante el cual no debe ser confundido con un órgano, dado que es un centro de imputaciones jurídicas distinto al representado.⁵⁷⁶

Las llamadas personas jurídicas funcionan de manera diferente, actúan a través de órganos que en ningún momento pueden considerarse una persona distinta de aquélla a la que pertenecen. Precisamente dentro del contexto de las relaciones entre los órganos y las personas jurídicas se ubica el problema de las conexiones entre órgano estatal, Estado y orden jurídico.⁵⁷⁷

Es fácil probar que el Estado es una persona si se parte de la existencia de actos estatales; pero ¿qué relación guarda con la totalidad del orden jurídico? Las posibles respuestas son:

1) Que el orden jurídico crea una persona llamada Estado,⁵⁷⁸ la cual coexiste con las otras personas del orden jurídico en cuestión. Bajo esta concepción se renuncia a la personificación del orden jurídico total, lo que impide “entender las relaciones y conflictos internacionales como relaciones y conflictos entre las totalidades jurídicas respectivas”.⁵⁷⁹ Con ello se llega a conclusiones tan paradójicas como afirmar que la declaración de guerra sólo vincula a los órganos de gobierno que las realizan y a nadie más, lo que resulta contraintuitivo.

2) El Estado es la personificación del orden jurídico en su totalidad. Admitir esta postura equivaldría a aceptar que el Estado es la única per-

⁵⁷⁶ “El representante actúa como actor mientras que el representado, a pesar de no actuar, es el autor de la acción realizada por el primero. Pero actor y autor son dos personas diferentes, dos centros de imputación distintas”. *Idem*.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 58.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 59.

⁵⁷⁹ *Idem*.

sona jurídica y las que, desde otro punto de vista, serían personas, partes de él. Bajo esta concepción no se explicaría, por ejemplo, la celebración de contratos administrativos, pues sería tanto como afirmar que el Estado contrata consigo mismo.⁵⁸⁰

c. Imputación y personificación

La solución al problema apuntado está en la diferenciación entre imputación, personificación y atribución.

Hay una imputación siempre que el resultado de una acción es predicado de un sujeto que puede ser el mismo que realizó la acción u otro distinto. Cuando el resultado es imputado al mismo sujeto que efectuó la acción, estamos en presencia de la personificación; cuando la imputación se hace a un sujeto distinto al que realizó la acción sin que ésta forme parte de aquél, entonces se da la representación, y cuando la imputación se hace a otro sujeto distinto al que ha llevado a cabo la acción, pero éste forma parte de aquél, entonces se dice que el segundo ha actuado como órgano del otro.

Por ejemplo: el gol anotado por un delantero no se le imputará a él sino al equipo para el que juega. Sin embargo, sí es él quien resulta sancionado cuando insulta a un árbitro. En estos casos, diríamos que el mismo sujeto ha funcionado en dos circunstancias distintas de manera diferente. En la primera, como órgano integrante de una persona a quien se le imputan las consecuencias de su acción y como persona en la segunda. De esto se puede concluir que no es que la imputación presuponga una persona como suele creerse, sino, al contrario, que la persona es determinada en la medida es que sea centro de imputación.

En conclusión, podemos decir que es persona el sujeto a quien se le imputan las consecuencias de la acción que ha realizado. En ocasiones no coinciden quien realiza dicha acción y a quien ella se imputa. En estos casos será persona el centro de imputación (independientemente) de que sea individual o colectivo y un simple autor-órgano quien haya realizado la acción.⁵⁸¹

⁵⁸⁰ *Idem.*

⁵⁸¹ *Ibidem*, pp. 60-62.

d. Imputación y atribución

Al lado de la imputación y la personificación debe considerarse la figura de la atribución.⁵⁸²

En el juego, independientemente de que una acción sea realizada por un sujeto y su resultado imputado a él mismo, o a otro, dichas acción y resultado son del juego en cuestión, *i. e.*, se atribuyen al juego. En este sentido, carece de significación distinguir entre órgano y persona jurídica ya que el elemento relevante es la acción en sí misma, bien sea de juego, bien sea jurídica.⁵⁸³

Una vez expuestos los conceptos de imputación y atribución, estamos en posibilidad de ofrecer una solución al problema de la relación entre Estado y orden jurídico.

La expresión ‘Estado’ admite dos acepciones “según corresponda al esquema de la imputación o al de la atribución”.⁵⁸⁴ En el primer supuesto, Estado es sinónimo de sujeto-persona que actúa por medio de órganos. Equivale a la totalidad del ordenamiento jurídico que es a quien se imputan los resultados de la acción de sus órganos. Dentro de este esquema se realizan dos operaciones distintas que son la acción y la imputación, “de ahí que en ocasiones se utilice la personificación para el llamado aparato estatal y otras veces para la comunidad en su conjunto considerado como persona”.⁵⁸⁵

En su segunda acepción, el término ‘Estado’ no indica persona alguna, pues no interviene la técnica de la imputación. Desde esta perspectiva el Estado es el orden jurídico al que se atribuyen todas las acciones determinadas de conformidad con lo establecido en la convención que el derecho es.⁵⁸⁶

⁵⁸² *Ibidem*, p. 62.

⁵⁸³ *Idem*.

⁵⁸⁴ “Se entiende de esta manera que el término Estado pueda utilizarse con dos significados distintos, según que corresponda al esquema de la imputación o al de la atribución”. *Ibidem*, p. 63.

⁵⁸⁵ *Idem*.

⁵⁸⁶ *Idem*. Hay que destacar que en el concepto de sujeto, Robles parece fundir tanto los conceptos tradicionales de persona jurídica y ámbito personal de validez. Como puede verse, mientras Robles, en algún sentido, presenta en su teoría conceptos analogables a los del ámbito de validez especial, temporal y personal de Kelsen, no tiene conceptos equivalentes al del ámbito material.

4. *Las competencias respectivas de los sujetos de la acción*

A. *Competencias y división de funciones*

“Otro de los elementos esenciales de todo ámbito óptico-práctico lo constituye la atribución de competencias a los sujetos de la acción”.⁵⁸⁷ Puede ser que ésta se dé a la manera de la división del trabajo según las distintas funciones de cada tipo de sujetos, como sucede en el caso del fútbol o, de manera simple, como acontece con el baloncesto. En el caso del derecho, es innegable la compleja red de competencias distintas al interior del ámbito óptico-práctico que es.⁵⁸⁸

B. *Concepto de competencia*

a. *Competencia y capacidad*

“Competencia significa, en principio, capacidad para realizar una acción”.⁵⁸⁹ El término presenta diversas acepciones en el lenguaje coloquial: por una parte significa idoneidad para desempeñar determinada acción y por otra, implica una valoración. Por ejemplo: “Los abogados son los competentes para litigar en tribunales” (primer sentido) y “el profesor de teoría política es muy competente, explica muy bien” (segundo sentido). Para los efectos de este trabajo, el segundo sentido es irrelevante.⁵⁹⁰

b. *Competencia y poder*

Que alguien sea competente para jugar determinado juego significa que puede jugar. Sin embargo, este poder no es equivalente a capacidad física, pues presupone una competencia que constituye un poder conven-

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 64. Nótese como, continuando la analogía entre el concepto kelseniano y el de Robles, los elementos necesarios del ámbito óptico-práctico no son del todo análogos a los conceptos del ámbito de validez. Si hubiera de buscarse una analogía a este cuarto elemento (la competencia) los más próximos serían los conceptos de competencia o capacidad, ambos conceptos jurídicos fundamentales.

⁵⁸⁸ *Idem*.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 65.

⁵⁹⁰ *Idem*.

cional. Que un jugador sea competente quiere decir no sólo que puede realizar la acción de juego sino que, si dicha acción ha de tener lugar, es él quien tiene que efectuarla.⁵⁹¹

c. Carácter necesario de la acción

Competencia y poder deben ser claramente diferenciados. Mientras el ejercicio del poder es contingente, en el sentido de que puede llevarse a cabo la acción para la que se es competente, o no, la competencia es un presupuesto imprescindible para que se dé el poder.⁵⁹² Sólo quien es competente para realizar una acción puede o no realizarla.

De esta manera se contradice la opinión generalizada de que el poder prevalece sobre la competencia.⁵⁹³

Por otra parte, la necesidad de la competencia se manifiesta también en la realidad sujeto-acción, ya que por virtud de la competencia si la acción ha de efectuarse “tiene que”, necesariamente, ser realizada por el sujeto competente, y no otro.⁵⁹⁴

d. Competencia y libertad

El poder es un agregado a la competencia. Es “la contemplación subjetiva de la necesidad”.⁵⁹⁵ El poder se manifiesta así, como la totalidad de posibilidades de acción dentro del marco general delimitado por la competencia. Aunque el sujeto “no es libre respecto de su competencia”,⁵⁹⁶ si ha de realizar la acción para la que es competente, sí lo es respecto a la forma concreta en que esa acción ha de verificarse. Por ejemplo: si un jugador ha decidido ejecutar un penalti, necesariamente tiene que observar ciertas prescripciones, como patear el balón, hacerlo desde una distancia determinada, contra la portería del equipo contrario, etcétera; pero es

⁵⁹¹ *Ibidem*, pp. 65 y 66.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 66.

⁵⁹³ *Idem*.

⁵⁹⁴ “La competencia... constituye un elemento necesario de la acción y previo a la misma; es en este sentido, aunque sólo en éste, en el que la competencia no expresa poder o libertad, sino necesidad”. *Ibidem*, p. 67.

⁵⁹⁵ *Idem*.

⁵⁹⁶ *Idem*.

libre de ejecutar el disparo con la pierna derecha o la izquierda, chutar después de haber corrido hacia el balón o hacerlo estando de pie, etcétera.

e. Carácter convencional de la competencia

Tanto en los juegos como en el derecho encontramos las más diversas acciones, como acciones de juego o acciones jurídicas. Por ejemplo, desde un punto de vista externo, nada hay de común entre lo que hace un portero y un delantero en el fútbol, o entre el *pitcher* y el *catcher* en el beisbol. Si acciones tan disímbolas pertenecen a un mismo juego, no puede haber otra razón sino la determinación convencional de que sea así.⁵⁹⁷

C. Competencia y condición estratégica

Debe distinguirse la división competencial de la división estratégica. “Alguien podría preguntar si en el fútbol, además de la competencia entre el portero y los librecampistas, no hay también una división de competencias entre estos últimos relativa a los defensas, los medios y los delanteros”.⁵⁹⁸ Contestar afirmativamente a esta cuestión sería equivocado ya que todos los librecampistas son competentes para hacer exactamente lo mismo; tanto un delantero puede impedir el paso del equipo contrario en la zona próxima a la portería de su equipo, como un defensa anotar un gol. De hecho, la distribución estratégica de los librecampistas puede variar de un momento a otro según el desarrollo del partido. Un equipo que tiene el marcador en contra puede tornar su juego más agresivo mandando a los medios a jugar como delanteros y viceversa, un equipo con marcador a su favor puede replegar a los medios a la defensa con la finalidad de afianzar la ventaja. La distribución entre competencia y estrategia, es pues, evidente.⁵⁹⁹

D. Competencia y decisión

La competencia también es un presupuesto para la toma de decisiones intrasistemáticas, inmanentes y dirimentes.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, pp. 67-69.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 69.

⁵⁹⁹ *Ibidem* pp. 69 y 70.

Aunque normalmente la toma de decisión y la ejecución son momentos distintos a la decisión, nada impide que puedan darse separadamente, como sucede cuando un órgano es el que toma la decisión y otro quien la ejecuta (poderes Judicial y Ejecutivo en el caso del derecho).⁶⁰⁰

Entre las decisiones inmanentes y las dirimientes hay una gran diferencia. Mientras las primeras son decisiones que consisten en una participación de la acción de juego, las dirimientes van dirigidas a esas acciones de juego.⁶⁰¹

E. *Competencia total*

La competencia total no es sino el conjunto de todas las competencias de un ámbito óntico-práctico.⁶⁰² Ella ha sido denominada tradicionalmente con el término ‘soberanía’.⁶⁰³

Sin embargo, no debe confundirse competencia total con ámbito onto-práctico ya que éste incluye, además un conjunto de sujetos, de procedimientos y elementos espacio-temporales.⁶⁰⁴

F. *Competencias jurídicas y análisis sincrónico*

Ha quedado claro que las competencias lúdicas y jurídicas son entes convencionales. Sin embargo, existe un matiz en las segundas, que debe ser puesto de relieve: a diferencia de las primeras, generalmente establecidas de una vez por todas en una sola emisión, las segundas se autogeneran intrasistemáticamente una vez establecidas unas primeras compe-

600 “La toma de decisión y la ejecución son dos momentos de decisión que normalmente van unidos en el juego, aunque excepcionalmente puede que no ocurra así, si es alguien quien decide y otro quien ejecuta la decisión”. *Ibidem*, p. 70.

601 *Ibidem*, pp. 70-72.

602 “La competencia total integra una suma de competencias de contenido heterogéneo, a pesar de lo cual es una verdadera suma ya que el elemento decisivo de la competencia no es su contenido, sino el ser algo convencionalmente establecido”. *Ibidem*, p. 72.

603 “Esta misma idea se expresa en la teoría del derecho con el término soberanía”. *Ibidem*, p. 72.

604 *Idem*.

tencias conforme a las cuales se puedan producir otros sujetos y otras competencias.⁶⁰⁵

El recurso metodológico que permite hablar del derecho como un producto acabado es el análisis sincrónico.⁶⁰⁶

G. *Competencia jurídica y capacidad de obrar*

Entre competencia jurídica y capacidad de obrar no existe distinción conceptual alguna; ambas deben ser entendidas como la acción creada por y perteneciente al ámbito. Desde este punto de vista, la capacidad o competencia comprenden tanto acciones lícitas como ilícitas, distinguiéndose unas de otras por las consecuencias que llevan aparejadas.⁶⁰⁷

Por otra parte, competencia y capacidad no están necesariamente vinculadas a las técnicas de personificación e imputación.⁶⁰⁸ Como ya se dijo, la única diferencia entre capacidad y competencia está en los referentes designados por cada una: personas físicas en un caso y jurídicas en el otro.

H. *Competencia y derecho subjetivo*

El concepto de derecho subjetivo se vincula con la capacidad jurídica, como con la de obrar. Es expresión de la capacidad jurídica “ya que indica la titularidad de un sujeto de derecho, referida al objeto del derecho subjetivo”,⁶⁰⁹ sin que en ello se agote dicha capacidad, pues también ella se manifiesta en la titularidad de deberes.

Por otra parte, el derecho subjetivo se vincula a la capacidad de obrar en el sentido de que sólo quien es titular puede realizar ciertas acciones en el ámbito jurídico.⁶¹⁰

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 73.

⁶⁰⁶ *Idem*.

⁶⁰⁷ *Idem*.

⁶⁰⁸ “El problema de la competencia y de la capacidad de obrar no tiene por qué estar vinculado a la técnica de la personificación e imputación”. *Ibidem*, p. 74.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 75.

⁶¹⁰ *Ibidem*, pp. 75 y 76.

5. El procedimiento de la acción

A. Movimiento, acto y acción

Espacio, tiempo, sujetos de la acción y competencia son los elementos necesarios del ámbito óptico-práctico que afectan a la acción, pero no la acción misma.

No obstante ser común considerar a la acción el resultado de un procedimiento, no es correcto decir que aquello a lo que nombramos procedimiento es en realidad la acción. Esto se demuestra fácilmente si consideramos que al finalizar una acción dicha acción ha terminado.⁶¹¹

La acción (entendida como procedimiento) está constituida por elementos denominados actos, *i. e.*, de significados que en conjunto y en sentido sucesivo constituyen una acción. Por ejemplo, los pasos (actos) de un andar (acción).⁶¹²

A su vez, cada acto puede descomponerse en nuevos elementos que, aunque en conjunto lo constituyen, carecen de sentido como unidad significativa. Por ejemplo, el inicio de flexión de la rodilla efectuada al dar un paso.⁶¹³

B. Actividad

Es un conjunto de acciones que no pierden sentido de unidad por el hecho de ser suspendidas temporalmente.⁶¹⁴ Es actividad tanto la realizada diariamente por un pescador profesional como la efectuada por un aficionado que pesca todos los domingos, o quien lo hace de vez en cuando. En los tres casos se da en común que la acción sea llevada a cabo en cier-

⁶¹¹ “Una acción es la utilización de un procedimiento y no la consecución de un resultado. Lo que ocurre es que normalmente la acción produce un resultado y es por ello por lo que cuando se dice «alguien ha realizado una acción» suele traducirse esta frase por esta otra: «alguien ha conseguido un resultado»”. *Ibidem*, p. 77.

⁶¹² “La acción es un acto o conjunto de actos considerados unitariamente”. *Ibidem*, p. 78.

⁶¹³ *Ibidem*, pp. 78 y 79.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 79.

to momento para entrar en estado de “latencia” posteriormente (incluso en el caso del pescador profesional, pues no pesca todo el día).⁶¹⁵

C. *Carácter convencional de la acción*

Aunque toda acción tiene un referente en el mundo fáctico, debemos tener presente que en sentido estricto no existen acciones ni actos físicos, pues acto y acción no son sino el significado lingüístico que particulariza esa porción de la realidad empírica, dotándole de sentido.⁶¹⁶ Por ejemplo, el mismo hecho de que un hombre en la calle levante el brazo puede ser entendido como diversos actos dependiendo de la multitud de interpretaciones que se le puede dar. Puede significar un saludo a distancia, una llamada de atención a un taxi o un saludo político. Es en el plano intersubjetivo u objetivo donde los actos y las acciones adquieren identidad como ente independiente de las interpretaciones de los individuos aislados.⁶¹⁷

Hay que distinguir, por otra parte, el resultado de la acción, o sea la acción en su momento último, de la consecuencia de la acción, la cual, aunque estrictamente vinculada con ésta, no es un elemento competente de la misma.⁶¹⁸

D. *El procedimiento*

“Que la acción es convencional quiere aquí decir que el significado que se conecta al componente natural, o sea, a un conjunto de movimientos es sólo posible debido a la preexistencia de un procedimiento”.⁶¹⁹

El procedimiento no es otra cosa que la acción genérica la cual permite numerosas concreciones de la acción, *i. e.*, múltiples acciones concretas subsumibles en ella. “El procedimiento concreto se identifica de esta manera con la acción concreta”.⁶²⁰

⁶¹⁵ *Ibidem*, pp. 79-81.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 82.

⁶¹⁷ *Idem*.

⁶¹⁸ “Resultado de la acción no es la misma consecuencia. El resultado es un componente intrínseco de la acción, mientras que la consecuencia es el efecto del resultado”. *Ibidem*, p. 83.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 84.

⁶²⁰ *Idem*.

a. Procedimiento genérico individual

No es sólo la determinación genérica de la acción que puede ser concretada por un sujeto individualmente considerado. Por ejemplo, supongamos el caso de un libre campista. La acción genérica propia de este sujeto puede describirse como un conjunto de movimientos físicos que pueden ser: hacerse con el balón y procurar colocarlo estratégicamente utilizando todo el cuerpo salvo los brazos. Supongamos que Pelé va al encuentro del balón enviado por Brito, lo recibe, corre con él por la banda y centra a Tostao, ya próximo a la esquina en dirección a la meta contraria. Evidentemente la acción ejecutada por Pelé es subsimible en la acción descrita, *i. e.*, constituye una acción o procedimiento concreto.⁶²¹

b. Procedimiento genérico colectivo

Lo dicho respecto al procedimiento genérico individual es perfectamente aplicable al colectivo, con la única diferencia de que éste, a diferencia de aquél, hace referencia no a un sujeto individual sino a un sujeto colectivo. Por ejemplo: un equipo de fútbol.⁶²²

c. Silencio procedimental

El procedimiento genérico no determina exhaustivamente todos los posibles movimientos del procedimiento concreto. Respecto de aquellos movimientos sobre los que no se dice nada, el sujeto tiene absoluta libertad de acción. Por ejemplo, el procedimiento genérico para la ejecución de un penalti no dice si ha de golpearse con la punta del zapato o con el canto de él. Respecto de estas posibles acciones concretas hay silencio procedimental.⁶²³

⁶²¹ *Ibidem*, pp. 85 y 86.

⁶²² *Ibidem*, p. 86.

⁶²³ *Ibidem*, pp. 87 y 88.

F. *Conducta*

“Por conducta entendemos la acción (o actividad) contemplada por una regla deóntica (o norma)”.⁶²⁴ La norma establece un deber y exige una conducta. A diferencia del resto de las acciones, la conducta está sujeta a valoración axiológica.⁶²⁵

V. EL CONCEPTO DE REGLA Y SUS TIPOS

1. *Ente convencional y lenguaje*

Lo necesario es lo opuesto a lo contingente o posible, es el conjunto de propiedades sin alguna de las cuales algo dejaría de ser lo que es y cuya manifestación es un ente.⁶²⁶

Un ente convencional es la manifestación de un ser creado a través de convención o acuerdo, antes del cual no existió.⁶²⁷ Su naturaleza es lingüística y cuando se dirige a la acción humana puede dar lugar a un ámbito práctico o a un ámbito óntico-práctico.⁶²⁸ Ejemplo del primero es la moral, y del segundo son los juegos y el derecho.

2. *¿Qué es una regla?*

A. *El uso del lenguaje normal y la necesidad de la construcción hermenéutica de la regla*

Muchas palabras son empleadas muy ambiguamente en cualquier tipo de discurso. Por ejemplo, en la oración “te prometo que he estudiado” el verbo es empleado incorrectamente, pues lo que en realidad quiere decir es “te aseguro que he estudiado”.⁶²⁹ Este tipo de ambigüedades son re-

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 88.

⁶²⁵ *Ibidem*, pp. 88 y 89.

⁶²⁶ “El ser es la expresión de la necesidad, puesto que, como ser, es y no puede dejar de ser lo que es”. *Ibidem*, p. 93.

⁶²⁷ *Idem*.

⁶²⁸ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

⁶²⁹ *Ibidem*, p. 96.

sueltas únicamente mediante una labor de construcción lingüística consistente en, a partir del mal empleo de una expresión, desentrañar su correcto significado.⁶³⁰

La palabra “regla” es ambigua. Posee una multitud de sentidos, entre los cuales figuran: instrumento que sirve para medir, precepto o prescripción, etcétera... De sus diversos significados, aquí interesa sólo el que se vincula a la acción humana.⁶³¹

B. Regla y sistema proposicional

El significado de una proposición lingüística es una proposición.⁶³² Cuando ella va dirigida a orientar la acción humana, ya sea directa o indirectamente, estamos en presencia de una regla.

No hay nada misterioso ni de difícil comprensión al afirmar que existen distintos “tipos” de reglas: morales, religiosas, lúdicas, jurídicas, etcétera. Lo que las caracteriza tipológicamente no es sino su pertenencia a un sistema proposicional determinado, fuera del cual carecen de sentido como reglas de cierta especie. Por ejemplo, la proposición “no matarás” puede ser considerada como precepto moral, religioso o jurídico, dependiendo del sistema en que se inserte.⁶³³

Los juegos son como el derecho, los entes convencionales por virtud de los cuales las reglas que los constituyen adquieren sentido: dirigir la acción (elemento práctico de los ámbitos ónticos).

El ámbito óntico-práctico es, en última instancia, un sistema de significados interdeterminados.⁶³⁴

La identificación de las reglas que integran un ámbito óntico-práctico se logra a través de un reduccionismo de los significados únicos no interdefinibles presentes en todo el sistema de reglas. Dichos significados se concretan en los tres modos verbales “ser”, “deber” y “tener que”.

630 “Un análisis lingüístico de la frase «te prometo que he estudiado la acción» destacaría que, a pesar del uso del verbo prometer, la frase no es expresión de una promesa y que, tanto, el verbo prometer no significa aquí hacer una promesa”. *Ibidem*, p. 96.

631 *Ibidem*, p. 97.

632 “La regla es, pues, el significado de una expresión lingüística. Es una proposición”. *Ibidem*, p. 97.

633 *Ibidem*, pp. 97 y 98.

634 *Idem*.

C. Reglas directas y reglas indirectas de la acción

Que las reglas dirijan directamente la acción significa que exigen un determinado comportamiento.⁶³⁵

Las reglas directas de la acción pueden ser de dos tipos: técnico-convencionales, si necesariamente han de ser observadas para que la acción prevista sea una *acción de juego*; o deónticas, si el mismo ámbito prevé la posibilidad de su infracción o inobservancia.⁶³⁶

Las reglas indirectas de la acción son denominadas reglas ónticas y son las que constituyen los elementos necesarios de todo ámbito óntico-práctico: sujetos, espacio, tiempo y competencia.⁶³⁷

Cada una de éstas se manifiesta sintácticamente por los verbos “tener” que (reglas técnico-convencionales) “deber” (reglas deónticas) y “ser” (reglas ónticas).⁶³⁸

D. La regla como exigencia orientativa de la acción

Conforme a lo expuesto, podemos decir que las reglas de un ámbito óntico-práctico tienen en común una función orientadora de la acción.⁶³⁹ Sin embargo, para entender con claridad qué significa la expresión orientadora de la acción es menester distinguir la palabra “orientación” de otras con las que puede ser confundida. Particularmente de: descripción, explicación y predicación.⁶⁴⁰

a. Las reglas no son descripciones de la acción

Toda descripción presupone aquello que se busca describir o se describe. En los ámbitos óntico-prácticos la acción no es descrita, sino creada mediante reglas. Es por virtud de la creación de un ámbito que el pa-

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 99.

⁶³⁶ *Idem*.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 100.

⁶³⁸ *Ibidem*, pp. 99 y 100.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 101.

⁶⁴⁰ *Idem*.

ricidio es algo totalmente distinto a otras formas de privación de la vida humana.⁶⁴¹

b. Las reglas no son esquemas explicativos de la acción

Entendiendo explicación como la exposición de las causas que dan lugar a algo, no se puede afirmar (como pretenden muchos realistas sociólogos o psicólogos) que las reglas sean esquemas explicativos de la conducta humana. Las reglas no pueden ser reducidas a su eficacia real pues regla y eficacia corresponden a esferas de realidad diferente: lingüística la una y empírica la otra.⁶⁴²

No son reglas los elementos antecedentes de conductas consecuentes, sino y sólo parcialmente, los estímulos positivos o negativos que, con base en ellas, se aplican en el mundo real para inhibir o motivar comportamientos.

La regularidad de conducta (centro de análisis de las teorías empiristas) sin el esquema interpretativo que ofrecen las reglas jurídicas, se convierte en un caos de comportamientos sociales.⁶⁴³

¿Cómo podríamos comprender qué es el endoso de un título valor y sus consecuencias ignorando las reglas jurídicas que han creado la “acción” (en sentido procesal)?

c. Las reglas no son predicciones

Según la corriente denominada realismo norteamericano, las reglas jurídicas son fórmulas en que se concretizan predicciones del comportamiento judicial en casos análogos. Su punto de partida es, al igual que para los sociólogos y psicólogos, la regularidad del comportamiento. A diferencia de aquellas teorías, no pretende un *status* de investigación científica sino pragmática, primordialmente orientadora de los abogados. Las críticas hechas a las posturas analizadas en el epígrafe anterior son aplicables a esta versión de realismo.⁶⁴⁴

⁶⁴¹ *Ibidem*, pp. 101 y 102.

⁶⁴² *Ibidem*, pp. 102 y 103.

⁶⁴³ *Ibidem*, pp. 105 y 109.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, pp. 109-112.

d. La función de las reglas y de los ámbitos óntico-prácticos

Aunque todas las reglas de los ámbitos óntico-prácticos presentan rasgos comunes como su origen convencional u orientar la acción humana, podemos distinguir entre ellas diferentes tipos conforme a las funciones que cumplen. Esta diversidad de funciones se refleja en la naturaleza lingüístico-verbal de las proposiciones que las reglas son: ser (ónticas), tener que (técnico-convencionales), deber (deónticas).⁶⁴⁵ Estas proposiciones pueden entenderse, usando un símil de la física, como fuerzas vectoriales que actúan sobre la acción humana ya sea de manera directa o indirecta. En este sentido, las reglas deónticas y técnico-convencionales constituyen un tipo especial de proposiciones: son proposiciones prácticas.⁶⁴⁶

3. Tres tipos de reglas

Tanto en algunos juegos de hombres como en el derecho, existen pues, tres tipos de reglas o proposiciones atendiendo a su función vectorial:

- Las reglas ónticas
- Las reglas técnico-convencionales
- Las reglas deónticas

Las ónticas y las técnico-convencionales son necesarias a todo juego. Las deónticas aparecen sólo en algunos. En el derecho se dan los tres tipos.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ *Ibidem*, pp. 113-115.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, pp. 115 y 116.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, pp. 116 y 117. El antecedente más remoto de la concepción del derecho como un sistema integrado por reglas de tres tipos se encuentra en 1981, año en el que, en Viena, es redactado el artículo "Norma y regla técnica". Véase Robles, Gregorio, "Norma y regla técnica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, núm. 67, 1982. Una versión corregida del mismo es la que se agrega como apéndice a *Las reglas del derecho, cit.*, nota 84; el mismo 1982 Robles expone por primera vez su teoría del derecho como un sistema integrado por tres tipos de reglas. Ese año también aparecen *Epistemología y derecho* y *Tres tipos de reglas en el derecho*, véase Robles, Gregorio, *Epistemología y derecho*, Madrid, Pirámide 1982, donde en la introducción, se alude a los tres tipos de reglas (pp. 18-24) la primera versión de la trilogía de reglas apa-

VI. LAS REGLAS ÓNTICAS

1. *El concepto de regla óntica: carácter vectorial del ser*

Como se ha dicho, las reglas ónticas crean los elementos necesarios del ámbito óntico-práctico.⁶⁴⁸

No son reglas directas de la acción, sino indirectas, en el sentido en que establecen los elementos que la acción presupone.⁶⁴⁹ Sin embargo, de igual manera que de una proposición bicondicional se pueden inferir dos condicionales distintas, de las reglas ónticas se pueden deducir reglas técnicas. Por ejemplo, de la regla óntica que establece que el tablero de ajedrez tiene 64 cuadros, se puede inferir la que dice: si quieres jugar ajedrez, tienes que hacerlo en un tablero de 64 cuadros.⁶⁵⁰ No obstante ambos tipos de reglas son distintos por su manera de orientar la acción: indirectamente la una y directamente la otra y por su expresión verbal: ser y tener que. Mientras que las reglas técnico-convencionales establecen la acción propiamente dicha (procedimiento), las ónticas sólo pueden señalar la acción ya acabada.⁶⁵¹

rece en 1985. “Tres tipos de reglas en el derecho”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Palma de Mallorca, 1985, 11, pp. 113-128, la cual fue traducida al francés. Robles, Gregorio, “Trois types de règles dans le droit”, *Revue de Recherche Juridique. Droit Prospectif*, Aix Marseille, trad. de V. Martínez Bretones, pp. 335-355. El libro de *Las reglas de derecho y las reglas de los juegos* aparece en 1984. En 1986 es objeto de una recepción por Rodilla, Miguel Ángel, “El derecho y los juegos. Utilidad y límites de una analogía”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, pp. 549-567. La réplica de Robles aparece en el mismo número de la revista. Véase Robles Gregorio, “La comparación entre el derecho y los juegos (réplica a Miguel Ángel Rodilla)”, *Anuario de la Filosofía del Derecho*, Madrid, pp. 580-607, 1986. En 1987 aparece la versión alemana. Véase *Rechtsregeln und Spielregeln...*, *cit.*, y “Recención”, *Sociologia e diritto*, Sartori, Giovanni, “Le regole del diritto e le regole dei giochi”, *Sociologia del Diritto*, 1987/2. La segunda edición en castellano está próxima a aparecer bajo el sello de imprenta de la UNAM.

648 *Op. cit.*, nota 84, p. 121.

649 *Ibidem*, p. 122.

650 *Ibidem*, pp. 122 y 123.

651 *Ibidem*, pp. 123 y 124.

2. Reglas ónticas y definiciones

A. Definición y conocimiento

El concepto no es un ente natural sino una construcción mental cuyo sentido es la comprensión de algo. La conceptualización presupone el conocimiento de lo conceptualizado.⁶⁵²

La definición no es otra cosa sino la caracterización lingüística de un concepto. Aunque tiene una estrecha relación con la denominación, es una operación totalmente distinta. Podemos perfectamente definir un concepto que no tenga un nombre propio, e incluso, sólo después de definirlo “bautizarlo”, como sucede cuando construimos nuevos conceptos.⁶⁵³

B. Definición y regla óntica

Contrariamente a lo que sucede con las definiciones, las reglas ónticas no son caracterizaciones de algo preexistente (concepto), sino que crean algo que posteriormente puede ser objeto de definición.⁶⁵⁴ Lo creado por dichas reglas son los elementos necesarios del ámbito óntico-práctico, lúdico o jurídico: sujeto, competencia, espacio y tiempo.

C. Las definiciones legales

Es común la afirmación: “algunas reglas jurídicas definen”. Equivale a decir que previa a la supuesta definición legal existe un ente que es el definido. Bajo esta perspectiva, por ejemplo, la tipificación de homicidio no es otra cosa que la definición legal de privar de la vida a un hombre.⁶⁵⁵

Una de las razones más poderosas de la confusión de tomar a las reglas ónticas por definiciones es, sin embargo, la forma en que suelen expresarse: ‘la compraventa es...’, ‘el homicidio es...’, etcétera.⁶⁵⁶ No obstante, como se ha visto, las reglas ónticas no definen, sino que crean

⁶⁵² *Ibidem*, p. 124.

⁶⁵³ *Ibidem*, pp. 125 y 126.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 126.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 128.

⁶⁵⁶ *Idem*.

entes. Esto puede comprobarse fácilmente si se tiene en cuenta las diversas conexiones preposicionales que se hacen a aquello que es supuestamente definido y que carece de equivalente en el mundo fáctico.

En este sentido estricto no existen en la naturaleza acción penal, garantías jurisdiccionales, penas de prisión, etcétera, para quien priva de la vida a otro hombre. Todo ello es aplicable a la construcción artificial del homicida.

Debe aclararse que al decir que el derecho es un ámbito óptico-práctico en el que todo es creación convencional no se está negando la influencia que la realidad preexistente puede tener en los órganos jurídicos concretos ni en el conocido fenómeno de la recepción. Simplemente, ése es un problema distinto al que interesa abordar aquí.⁶⁵⁷

3. *Poner nombre a las cosas y reglas ópticas*

La denominación es la imputación convencional de una expresión a un referente con fines de identificación. Si la relación entre la denominación y lo denominado fuera necesaria, no se podría dar el fenómeno de que lo mismo puede tener distintos nombres en diferentes idiomas. Esto nos lleva a concluir que la denominación presupone la existencia de un objeto. Como consecuencia, tenemos que afirmar: denominación no es creación y por tanto la función de las reglas ópticas no puede ser denominativa.⁶⁵⁸

VII. LAS REGLAS TÉCNICAS

1. *La regla técnico-causal*

Tradicionalmente se ha considerado a las reglas técnicas como las que señalan los medios necesarios para alcanzar un fin, siendo tanto medios como fines, pertenecientes al mundo material.⁶⁵⁹ si son formuladas no

⁶⁵⁷ “Personalmente no acepto la idea de una naturaleza productora de normas ni tampoco la existencia de un derecho natural bajo cualquiera de sus históricas formas. Pero sería miope no admitir que la vida humana que se desenvuelve en un mismo marco civilizatorio (*sic*) posee a lo largo del tiempo exigencias básicas que se repiten y a las que el derecho tiene que responder”. *Ibidem*, p. 131.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, pp. 131-138.

como proposición descriptiva, sino prescriptiva, las reglas técnico-causales vienen a señalar la acción que necesariamente ha de ser observada si se quiere obtener un determinado fin.⁶⁵⁹

La regla técnico-causal como proposición descriptiva de una regularidad del mundo de la naturaleza puede representarse así:

Si C es, E es.
O, de manera más correcta:
Si (C es) es (E es)⁶⁶⁰

Cabe destacar que el verbo ser en estas reglas no cumple una función como sucede con: Si x es un hombre, x es racional, sino de índole causal. Actúa como sinónimo de suceder o acontecer.⁶⁶¹

La regla técnico-causal como proposición prescriptiva, aunque guarda una estrecha semejanza con la técnico-causal científico-natural, se distingue por la presuposición necesaria de un agente. Su formulación puede hacerse así:

Si quieres F, tienes que M.
O, de forma más general e impersonal:
Si un sujeto quiere (desea) F, tiene que M. ⁶⁶²
Donde F = fin, y M = medio.

Para algunos autores el nexo verbal de este tipo de reglas es “debe” o “debe ser” y por ello hablan de “normas técnicas”.⁶⁶³ Ello es inadecuado ya que, mientras las normas implican la posibilidad de infracción, las técnico-causales son infringibles. La confusión tiene su origen, en buena medida, en los usos comunes del lenguaje, que toman “tener” y “deber” como términos intercambiables.⁶⁶⁴

⁶⁵⁹ *Idem.*

⁶⁶⁰ *Idem.*

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 142.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 143.

⁶⁶³ En realidad la alusión indirecta es la hecha a Von Wright. Más adelante tendremos oportunidad de analizar este comentario con todo detenimiento. *Idem.*

⁶⁶⁴ El ‘tener que’ de Robles da cuenta de una distinción conceptual del alemán en el que se diferencia *sollen* (deber) de *müssen* (tener que). *Ibidem*, pp. 144 y 145.

2. Necesidad causal, necesidad lógica y necesidad convencional

Tradicionalmente se ha considerado que la necesidad sólo es dable en la naturaleza.

Sin embargo, al lado de la necesidad natural existen la necesidad lógica y la necesidad convencional. Consecuentemente, además de las reglas técnico-causales científico-naturales existen reglas técnico-causales, lógicas y convencionales.⁶⁶⁵

3. La regla técnico-lógica

“Las reglas de la lógica expresan la necesidad, en virtud de la cual las proposiciones lingüísticas de un razonamiento correcto están entrelazadas entre sí mediante un vínculo necesario”.⁶⁶⁶

La regla técnico-lógica establece, pues, cómo habremos de pensar si queremos que nuestro razonamiento sea válido. No establecen obligación alguna. Simplemente nos dicen que si queremos efectuar una inferencia válida, necesariamente tenemos que pensar en cierta manera.⁶⁶⁷ En el caso del silogismo:

Todos los hombres son mortales
Sócrates es hombre, luego
Sócrates es mortal.

No podemos decir que quien acepte sus premisas esté o obligado a obtener la conclusión apuntada. Ella se desprende necesariamente de dicha aceptación.

A. Regla técnico-convencional y regla técnico-lingüística

Las reglas del lenguaje tienen un aspecto convencional y otro necesario. Son convencionales en el sentido de ser producto de un acuerdo entre los

⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 145.

⁶⁶⁶ *Idem*.

⁶⁶⁷ “La regla técnico-lógica es una regla dirigida a la acción del pensamiento que establece cómo tenemos que pensar o argumentar si deseamos que nuestro razonamiento sea válido”. *Idem*.

hombres son necesarias dado que son la manifestación externa de la lógica. “No puede separarse el encadenamiento lógico del razonamiento del encadenamiento de las proposiciones lingüísticas en que esto consiste”.⁶⁶⁸

Al lado de estas reglas lingüísticas manifestación de la lógica existen otras cuya naturaleza es puramente convencional. Por ejemplo, en el caso de la denominación nada vincula lógicamente a que algo (una casa) sea denominada con cierta expresión y no otra (casa). Sin embargo, palabra (casa) tendremos que emplear el término acordado si queremos tener éxito en la comunicación.⁶⁶⁹

B. La regla técnico-lógica y la pluralidad de las lógicas

El hecho de que existan diferentes lógicas no invalida la afirmación: “la regla lógica es una regla técnica y por tanto necesaria”. Ello se aclara si consideramos que la condicionalidad de toda regla lógica es plenamente consistente desde el interior del sistema a que ella pertenece. Ello vale incluso para la lógica de la argumentación siempre y cuando se expliciten las premisas que subyacen al razonamiento exteriorizado.⁶⁷⁰

4. La regla técnico-convencional

A. Concepto

Al lado de las reglas técnico-causales y técnico-lógicas existen las técnico-convencionales, que son las que aparecen en los ámbitos óptico-prácticos estableciendo el procedimiento. Su contenido es el conjunto de actos que deben ser observados para constituir una acción del ámbito en cuestión. A diferencia de las normas, no se manifiestan a través del verbo “deber”, sino mediante “tener que”, y no son infringibles.⁶⁷¹

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 147.

⁶⁶⁹ *Idem*.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, pp. 148 y 149.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 149.

B. Regla óptica, regla técnica y regla deóntica

Adoptando la noción física de “vector” para explicar las distintas funciones de las reglas de un ámbito-óptico-práctico, podemos decir que las reglas ópticas son proposiciones cuya fuerza vectorial va dirigida a la creación, las técnico-convencionales al procedimiento o acción, y las deónticas al deber; las tres interrelacionadas sistemáticamente.⁶⁷² Entre ellas existe una presuposición en el orden siguiente: las reglas deónticas presuponen a las técnico-convencionales dado que su sentido es el deber o no deber de una acción, y las técnico-convencionales presuponen a las ópticas: “las reglas ópticas son previstas a las reglas técnicas... que a su vez... son previas a las normas”.⁶⁷³

Las reglas ópticas y las técnico-convencionales son condiciones necesarias y suficientes para estar en presencia de un ámbito óptico-práctico. Esto es aplicable también al derecho, en donde, con la existencia de disposiciones constitucionales y procesales puede generarse el resto del sistema. Desde luego, aunque sean contingentes para efectos de constituir un ámbito óptico-práctico, nadie niega la importancia de las reglas deónticas en el derecho.⁶⁷⁴

C. Tipos de reglas técnico-convencionales

La regla técnico-convencional es un elemento imprescindible para la integración de un ámbito óptico-práctico. Sin embargo, del hecho de que sea convencional no se sigue que la relación condicional entre el antecedente y el consecuente vinculados por la regla sea simplemente posible o contingente: es necesario si se ha de realizar la acción creada también convencionalmente por el ámbito óptico-práctico a que ella pertenece.⁶⁷⁵

De la misma manera que las reglas técnico-causal y técnico-lógica son reformulaciones prescriptivas de reglas descriptivas (de conexiones de necesidad empírica e inferencial respectivamente), algunas reglas técni-

⁶⁷² *Ibidem*, p. 150.

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 151.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, pp. 152-154.

⁶⁷⁵ Robles se refiere a esta cuestión en los siguientes términos: “La regla técnico-convencional es convencional en la medida en que supone una necesidad creada por convención, pero ella en sí misma no es convencional”. *Ibidem*, p. 154.

co-convencionales lo son de una regla óptica. Por ejemplo, la regla técnica: “si quieres jugar al ajedrez, tienes que hacerlo en un tablero de 64 cuadros”, es la reformulación de la regla óptica: “el tablero de ajedrez consta de 64 cuadros”.⁶⁷⁶

A pesar de que ambas reglas se implican, lo hacen de manera diferente, mientras la óptica implica a la técnica en el sentido de que de aquélla puede obtenerse ésta, la regla técnica implica a la óptica presuponiéndola.

Por otra parte, debe evitarse pensar que ambas reglas son manifestaciones distintas de un mismo fenómeno. Que ellas son diferentes queda claro si se considera que “la regla óptica puede ser condición de reglas técnicas que nada tienen que ver con el juego en sí considerado”.⁶⁷⁷ Por ejemplo, la regla que dice al fabricante de tableros de ajedrez: ‘si quieres construir un tablero de ajedrez, tienes que hacerlo de 64 cuadros’.”

Al lado de las reglas técnico-convencionales analizadas, a las que Robles denomina tipo “a”, existen otras reglas técnico-convencionales que no son reformulación de ninguna regla óptica, sino creadas *ex conventio-ne*. A ellas las llama regla tipo “b”. Por ejemplo: “si alguien quiere mover el alfil, tiene que hacerlo en oblicuo”. Quizá alguien podría pensar que es falso que esta regla no sea transformable o deducible de una regla óptica que bien podría rezar: “el alfil es la pieza del juego de ajedrez que se mueve en oblicuo”. Sin embargo, debe tenerse presente que el alfil no es determinado por un trozo de material con cierta forma, sino por su función, *i. e.*, la acción que tiene que desempeñar en el juego si ha de ser movido. Desde esta perspectiva podemos decir que el alfil no es sino procedimiento puro. Las reglas tipo “b” completan, junto con las ópticas y técnicas tipo “a”, el ámbito óptico-práctico.⁶⁷⁸

D. Reglas procedimentales y decisión

Como se expuso anteriormente, con respecto a un ámbito óptico-práctico podemos hablar de dos tipos de decisión: la decisión extrasistemática, que es la que concluye con la creación del ámbito y las intrasistemáticas,

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 156.

⁶⁷⁷ *Idem*.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 157.

que son las que se pueden dar al interior del ámbito.⁶⁷⁹ Estas últimas son tanto inmanentes como dirimientes. Inmanentes son las que se toman a efecto de producir una acción de juego o de derecho (por ejemplo, presentar una demanda) y dirimientes son aquellas que se toman a efecto de resolver conflictos al interior del sistema. Pues bien, la relación entre las reglas procedimentales y decisiones intrasistemáticas estriba en que mediante estas reglas se establece la acción conforme a la cual habrá de decidirse ya sea en sentido inmanente o dirimente al interior del sistema.⁶⁸⁰

E. *Reglas procedimentales y acción*

Como ha quedado establecido, la acción es un acto o conjunto de actos “dotado de significación unitaria”.⁶⁸¹ Dicha significación es otorgada por la regla procedimental. Gracias a ella una serie de acontecimientos fácticos pueden ser considerados como una acción.

VIII. LAS REGLAS DEÓNTICAS O NORMAS

1. *Concepto de regla deóntica (o norma)*

En algunos ámbitos ónticos-prácticos, como es el caso del derecho, al lado de las reglas ónticas y de las técnico-convencionales existen las llamadas reglas deónticas o normas. Se asemejan a las reglas técnico-convencionales en que orientan directamente la acción humana, pero se distinguen en que pueden ser infringidas.⁶⁸²

2. *Norma y deber. Deber jurídico y deber moral*

Dado que existen diversos tipos de normas, también existen diversos tipos de deber; entre ellos están el moral y el jurídico. A la vez existen

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 158.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, p. 159.

⁶⁸¹ *Idem*.

⁶⁸² *Ibidem*, p. 164.

tantas normas como sistemas de significados dirigidos a orientar la acción (ámbitos óptico-práctico o prácticos).⁶⁸³

Un mismo significado puede pertenecer a distintos sistemas y, en ese sentido, ser reglas diferentes. Por ejemplo, “no matarás” que pertenece al derecho, la religión y la moral debido a conexiones sistemáticas distintas en cada caso.⁶⁸⁴

La sanción, al contrario de lo que tradicionalmente se afirma, no es una propiedad necesaria del concepto de norma. Las normas morales son un claro ejemplo de ello.⁶⁸⁵

Una regla técnico-convencional puede constituir el objeto de una norma. El deber puede ser tanto positivo (deber “X”) como negativo (deber “no X”).⁶⁸⁶

En un sentido estricto, todo deber es individual. El llamado deber general no es, como se cree comúnmente, individualizable mediante aplicación sino que es el conjunto de deberes individuales.

El deber es la norma misma y no algo que ella establezca: esto se comprueba con el hecho de no poderse pensar en la norma en términos distintos del deber.⁶⁸⁷

3. *Moral y derecho: ámbitos prácticos y ámbitos óptico-prácticos*

Tanto ámbitos prácticos como óptico-prácticos tienen en común su integración mediante reglas orientadoras del comportamiento humano en forma directa. Su diferencia radica en que los óptico-prácticos también se constituyen necesariamente, mediante reglas ópticas y reglas técnico-convencionales.⁶⁸⁸

⁶⁸³ *Idem.*

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 165.

⁶⁸⁵ “La teoría que vincula el deber y la sanción no puede desconocer que en un sistema de reglas es imposible respaldar mediante la previsión de sanciones el cumplimiento de todas sus normas”. *Ibidem*, p. 166.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, p. 167.

⁶⁸⁷ “El deber no es lo que la norma establece, sino que es la norma misma”. *Idem.*

⁶⁸⁸ *Ibidem*, pp. 168-172.

4. Reglas técnicas y normas: tener que y deber

A pesar de que en el uso normal del lenguaje se asimilan “tener que” y “deber”, una reconstrucción del significado de estas expresiones pone de relieve una importante diferencia. El “tener que”, indica una necesidad ineludible de observar un comportamiento si se quiere obtener cierto resultado. Por ejemplo, si quieres que el auto se detenga estando en marcha, pisa el freno. El deber, en cambio, carece de la característica aludida del “tener que”, ya que su cumplimiento no es imprescindible para que se dé una acción.⁶⁸⁹

5. Nulidad y sanción

Debido a la naturaleza distinta de la regla técnica y la norma, su incumplimiento también es diferente.

A. Cumplimiento e incumplimiento de las reglas

“No todas las reglas son susceptibles de cumplimiento o de incumplimiento”.⁶⁹⁰ Particularmente esto sucede con las ónticas, ya que para poder hablar de cumplimiento (y, consiguientemente, de incumplimiento) es necesario referirse a una regla directa de la acción. Decir que la regla óntica que fija la mayoría de edad a los 18 años puede ser incumplida es un sinsentido. Nadie puede hacer nada para llegar a la mayoría de edad y, en todo caso, decir que alguien se suicide a los 17 para incumplir la regla no es sino un disparate.⁶⁹¹

B. Cumplimiento e incumplimiento de la regla técnica

Una regla técnica es cumplida cuando prácticamente se han satisfecho todos los actos cuyo sentido unitario es ser una acción e incumplida en caso contrario. En el caso de que haya cumplido con el antecedente, se actualiza el tener que y el consecuente.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, pp. 172-175.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p. 176.

⁶⁹¹ *Idem*.

Una regla técnica es incumplida cuando la acción que constituye el antecedente no se ha dado prácticamente. Su consecuencia es el no consecuente que en el caso de los ámbitos óntico-prácticos corresponde a la no acción, y que en el caso del derecho recibe el nombre de nulidad.⁶⁹²

C. *La nulidad*

Debe distinguirse la nulidad de la sanción. “La regla que dijera: «si quieres que tu coche corra tienes que apretar el acelerador», supone evidentemente que si el sujeto no aprieta el acelerador, el coche no corre. Que esto suceda no puede ser pensado como una sanción”.⁶⁹³

También debemos distinguir la nulidad natural de la convencional. Mientras que la primera ocurre en el mundo fáctico (si no piso el acelerador, “el coche no corre”), la segunda se da con respecto a una acción determinada en la convención (si una regla exige que para que un acuerdo sea contrato debe constar por escrito y ser firmado por dos testigos, y si lo que he considerado contrato no cumple con el requisito de la firma, entonces es nulo como contrato). Del mismo carácter convencional de la nulidad jurídica se desprende la necesidad de un procedimiento de declaración de nulidad.⁶⁹⁴

D. *Cumplimiento e incumplimiento de la regla deóntica (norma)*

“Una acción sólo puede ser exigida como debida si se supone que el sujeto tiene la posibilidad de optar entre su cumplimiento y su incumplimiento”.⁶⁹⁵

Una diferencia fundamental entre norma y regla técnica estriba en que mientras el cumplimiento de la primera se agota en la realización de la conducta exigida, el cumplimiento de la segunda va más allá de la simple verificación de la conducta prevista, pues da lugar a un cierto resultado o efecto.⁶⁹⁶

⁶⁹² *Ibidem*, pp. 177 y 178.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 180.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, pp. 180-182.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 182.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 183.

Generalmente suele pensarse que así como la regla técnica implica una consecuencia determinada, la norma trae aparejada la sanción.

Esta afirmación hay que matizarla ya que si bien es verdad que, por lo general, en lo que respecta a los ámbitos óntico-prácticos las normas van enlazadas a las sanciones imponibles en caso de infracción, esto no ocurre necesariamente siempre y, por otra parte, no ocurre en absoluto en los ámbitos óntico-prácticos o, al menos, en algunos de ellos, singularmente en la moral.⁶⁹⁷

E. Sanción y norma moral

La moral es un ámbito práctico en el que se desconoce la sanción. El malestar interno, causado por la infracción de una norma de ese tipo no puede ser considerado una sanción, ya que no es impuesto heterónomamente.⁶⁹⁸

F. La coactividad en el derecho

Contrariamente a lo que se sustenta por la teoría dominante, es perfectamente admisible que se den normas expresivas de un deber sin estar conectadas con sanciones. Para quienes sustentan esa tesis, dichas normas no pueden ser reglas o son principios del derecho. Con ello, lo único que se hace es aludir el problema de las normas sin sanción el cual sólo puede abordarse exitosamente analizando la estructura de las reglas deónticas.⁶⁹⁹ Desde luego, aunque pueda haber normas sin sanción, es evidente que el derecho en su conjunto es un orden coactivo.

a. Toda norma es hipotética

Cualquier proposición en la que se expresa una norma exige una determinada acción u omisión, la cual “Sólo tiene sentido si se cumplen determinadas condiciones ya sea expresamente formuladas ya sean implícitas”.⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ *Idem.*

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 184.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, 184 y 185.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 185.

Esto vale incluso para aquellas normas que tradicionalmente se conocen como categóricas, ya que su exigencia, aunque implícitamente, también es condicionada. Por ejemplo: la regla deóntica que dice “ama a tus enemigos”, en realidad dice “si tienes enemigos, entonces debes amarlos”.⁷⁰¹

Si representamos a los requisitos o condiciones de una exigencia por R y por A a la acción objeto de la misma, *i. e.*, a la conducta, entonces la estructura de la norma es expresable así:

Si R (alguien) debe A.⁷⁰²

b. La norma jurídica: su estructura

Una interpretación común concibe la norma jurídica con una estructura hipotética en la cual el antecedente corresponde al hecho ilícito y el consecuente con la sanción. A este esquema se le denomina “norma primaria”, y se representa simbólicamente así:

(Ns) Si H es, debe ser C.⁷⁰³

De la norma primaria, dirigida a las autoridades, se deduce la norma secundaria, que es la dirigida a los ciudadanos. Su formulación es:

Ns (alguien) debe ser no-H.⁷⁰⁴

La concepción normativa precedente no es sino una parte de una doctrina que concibe al derecho como un sistema de normas sancionatorias. Esta visión obscurece la existencia de otros tipos de reglas, así como una trilogía normativa desprendible de la fórmula “Si H es debe ser C: norma de conducta, norma de decisión y norma de ejecución”.⁷⁰⁵

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 186.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 187.

⁷⁰³ *Idem*.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 188.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 189.

1) *La norma de conducta*

Es la dirigida a los ciudadanos, y significa que determinados sujetos deben no-H, donde H representa la acción contraria a H. No hay que confundir la formulación positiva de una acción (no-H) con la idea de acción “activa”, ni la formulación negativa (no-H) con la idea de una omisión. Tanto H como no-H pueden representar tanto acción “activa” como acción por omisión.⁷⁰⁶

Esta norma constituye “la expresión más normal de la normatividad”⁷⁰⁷ jurídica. Puede ser cumplida o incumplida por el sujeto a quien va dirigida y también prevé una sanción para el caso de su infracción.

“Quien infringe una norma jurídica de conducta infringe un deber jurídico, aunque no sea posible —jurídicamente hablando— imponerle una sanción, porque el orden jurídico no ha prescrito tal imposición”.⁷⁰⁸

2) *La norma de decisión*

En caso de que la norma de conducta sea infringida, ciertos “órganos deben ordenar” la imposición de la consecuencia jurídica aplicable.⁷⁰⁹

En sentido estricto, el deber exigido por este tipo de normas no es una conducta sino una decisión cuyo contenido es una tercera norma llamada “de ejecución”.⁷¹⁰

No todas las normas de decisión presuponen una norma de conducta, pues en algunas no se da la condición de la calificación de una conducta previa como lícita. Por ejemplo, en el caso de una catástrofe, un juez puede dictar una norma en la que ordena a ciertos órganos de ejecución prestar auxilio a los damnificados.⁷¹¹

No todas las normas de decisión tienen como consecuente una sanción. Retomando el ejemplo anterior, tendremos que una regla dirigida a un juez que dijera: “si sucede una catástrofe, debes ordenar la prestación de auxilio” entra perfectamente en la estructura. Si A es debe ser

⁷⁰⁶ *Idem.*

⁷⁰⁷ *Idem.*

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 190.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 191.

⁷¹⁰ *Idem.*

⁷¹¹ *Ibidem*, p. 192.

C, sin que C sea una sanción. Lo mismo sucede con aquellas normas que en vez de sancionar buscan “restablecer el equilibrio roto por una infracción y nada más”.⁷¹²

3) *La norma de ejecución*

Es la norma dirigida por un órgano de decisión a otro de ejecución. La ejecución, como hemos visto, puede consistir en causar un mal a un infractor aunque no necesariamente tiene que ser así. Debe evitarse pensar que toda norma de decisión implica una norma de ejecución como sucede con los laudos del derecho laboral. En estos casos la norma de decisión se agota en sí misma.

Contrariamente a lo que sostiene la doctrina tradicional, la norma de decisión no tiene una naturaleza sancionatoria: “tal norma no impone una sanción, sino que ordena imponerla por medio de la creación de la norma de ejecución”.⁷¹³

c. Sanción jurídica y norma de ejecución

La sanción es “el contenido material de la acción debida que impone la exigencia propia de la norma de ejecución”.⁷¹⁴

En un trabajo de teoría del derecho la sanción no puede ser definida sociológica o sociológicamente, sino en virtud de su relación con otras reglas de un mismo ámbito.

De lo dicho anteriormente se desprende que tanto la norma de conducta como la de decisión y la de ejecución son auténticas normas jurídicas que caben dentro de la formulación: “Si A es, debe ser C”, aunque con la matización de que C no siempre es una sanción. “La sanción no es elemento esencial de la norma jurídica, como tampoco lo es de la norma moral”.⁷¹⁵

⁷¹² *Idem.*

⁷¹³ *Ibidem*, p. 193.

⁷¹⁴ *Idem.*

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 194.

d. La coactividad jurídica

Como hemos visto, el derecho es un complejo de reglas ónticas, procedimentales y deónticas. Sólo una clase de éstas, las de ejecución, y dentro de ellas no todas, son coactivas, *i. e.*, instituyen actos de fuerza.⁷¹⁶

La relación entre coacción, sanción y normas de ejecución debe ser claramente expuesta:

1) De lo dicho anteriormente se desprende que las normas de ejecución pueden, pero no tienen que ser coactivas.

2) No todas las normas de ejecución coactivas son a la vez sancionatorias. Por ejemplo, la regla que establece que los enfermos mentales que puedan ser peligrosos a la sociedad deben ser recluidos en centros psiquiátricos.

3) Las reglas de ejecución sancionatoria pasan a ser, pues, contrariamente a lo sostenido por la teoría dominante, una clase de normas, en vez de ser el prototipo normativo.

La coactividad es, en consecuencia, un predicamento hecho respecto al derecho, extendiendo al todo una característica de una parte del mismo.⁷¹⁷

e. Las “sanciones positivas”

Los estímulos positivos o “premios” consecuencia del cumplimiento de un deber son denominados, por algunos, “sanciones positivas”. El uso de “sanción” en este sentido es opuesto a los usos comunes de la expresión, lo que resulta contradictorio.⁷¹⁸

IX. LOS TRES TIPOS DE REGLAS Y LA CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LAS “NORMAS” JURÍDICAS

La teoría dominante del derecho realiza una clasificación de normas según su función. Por ejemplo, indica que las normas interpretativas son las que señalan cómo se deben interpretar otras normas del orden jurídico.

⁷¹⁶ *Idem.*

⁷¹⁷ *Ibidem*, pp. 194-196.

⁷¹⁸ *Ibidem*, pp. 196-198.

Con tautológicas tales, lo único que se hace es eludir el problema de fondo, como el de la estructura sintáctica de las normas y reglas jurídicas.⁷¹⁹

1. *Reglas deónticas (o normas)*

Dentro de esta teoría caben las (según la teoría dominante) normas preceptivas, prohibitivas, permisivas, interpretativas y admonitivas.⁷²⁰

A. *Normas imperativas y prohibitivas*

Ambas estatuyen un deber, aun cuando una lo formule de manera positiva y la otra en forma negativa.

Contrariamente a lo que sostiene la teoría tradicional las prohibitivas no establecen un no deber, sino un deber no. Por ejemplo: en la prohibición “no debes decir mentiras” la negación no afecta al deber, *i. e.*, no hay ausencia de deber, sino a la acción “decir mentiras”. Lo que dicha proposición quiere decir es realidad en “debes decir no-mentiras”.⁷²¹

En consecuencia, tanto las normas imperativas (por ejemplo: debes decir mentiras) como las prohibitivas (debes no decir mentiras) son reglas deónticas o normas, pues utilizan el verbo “deber”.⁷²²

B. *Permisos*

a. Las llamadas “normas jurídicas permisivas”

Contrariamente a lo que sostiene la teoría dominante, una norma permisiva no es un tipo de regla independiente que contenga un operador deóntico distinto al que es el deber o la prohibición (deber-no) “Aquí va-

⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 201.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 202.

⁷²¹ *Idem*.

⁷²² “La norma preceptiva se formularía como un deber, mientras que la prohibitiva como un no-deber. Sin embargo, hay que señalar que un examen más detenido de la prohibición conduce a comprender que la llamada norma preceptiva y la llamada norma prohibitiva tiene idéntica naturaleza lingüística, la de ser expresión de deber diferenciándose tan sólo por el contenido de éste”. *Ibidem*, p. 202.

mos a defender la tesis de que el permiso es la formulación a *contrario sensu* de un deber y, por tanto, que la norma permisiva no es sino una regla deóntica o norma expresada de otro modo”.⁷²³ Para probar esta tesis es necesario analizar los argumentos de la doctrina tradicional.

Para muchos autores una acción está permitida cuando no está prohibida (*i. e.*, no es objeto de un deber-no). Desde esta perspectiva, también una acción debida está permitida. La oposición deber-permisión no existe según esta posición. Contra quienes defienden esta tesis, podemos argumentar, apoyados en el lenguaje común que “Es absolutamente absurdo hablar de «deber permitido»”.⁷²⁴ Ello se pone de manifiesto con un ejemplo: si el Código Civil me impone el deber de pagar el precio fijado en un contrato de compraventa, no puede defenderme ante tribunales contra una demanda por falta de pago, argumentando que dado que el deber es un permiso, puedo pagar o no mi deuda.

Por otra parte, si el deber excluye al permiso, es absurdo también hablar del permiso como algo opuesto a la prohibición, dado que ésta es también un deber.⁷²⁵

Para otros autores, partiendo de una acción amplia de permiso, como lo opuesto a lo prohibido, afirman que todo orden jurídico contiene una norma de clausura según la cual lo que no está jurídicamente prohibido está permitido. Esta norma nos lleva a conclusiones contradictorias en cualquiera de sus posibles interpretaciones.

1) En primer lugar, es evidente que el “estar permitido”, de la frase “lo que no está jurídicamente prohibido está permitido” funciona como sinónimo de no-prohibido. Desde esta perspectiva, la frase equivale a decir: lo que no está jurídicamente prohibido no está jurídicamente.

Una de las formas de lo no-prohibido (o de lo permitido según este esquema) es el deber u obligación. De esta manera, una traducción admisible de una norma de clausura diría: lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente debido. A ello podrían replicar los defensores de la norma de clausura, que lo debido es sólo una parte de lo no prohibido (o permitido). Ello sólo deja opción para concluir que la otra parte de lo no prohibido es lo no debido, con lo que llegamos a la frase “lo que no

⁷²³ *Ibidem*, p. 205.

⁷²⁴ *Ibidem*, p. 206.

⁷²⁵ *Ibidem*, p. 207.

está jurídicamente prohibido está jurídicamente debido y jurídicamente no debido”, lo cual es un sinsentido.⁷²⁶

2) Veamos otra posible interpretación. Si partimos del supuesto de que lo debido es lo contrario a lo prohibido y, por tanto, sinónimo de no-prohibido, la primera parte de la norma de clausura puede reformularse de la manera siguiente: “lo que está jurídicamente debido”. Completando la frase tendríamos: “lo que está jurídicamente debido está jurídicamente permitido”, lo cual carece de sentido ya que, como hemos visto, es autocontradictorio hablar de deberes permitidos.⁷²⁷

3) Si asumimos que una conducta está permitida sólo cuando no está ni debida ni prohibida, *i. e.*, cuando su realización o no realización es libre, entonces tendríamos una tercera traducción de la norma de clausura en los términos siguientes: “lo que no está jurídicamente prohibido, no está jurídicamente prohibido ni jurídicamente debido” lo cual, una vez más, es un sinsentido.⁷²⁸

4) Por último, como hemos visto, lo debido es considerado equivalente a no prohibido (por estar permitido y ser lo opuesto a lo prohibido), entonces podemos reformular “lo que no está jurídicamente prohibido”, por “lo que está jurídicamente debido”. Conforme a esta traducción, la norma de clausura quedaría expresada como “lo que está jurídicamente debido no está jurídicamente debido ni prohibido”, nuevo sinsentido.⁷²⁹

Una vez demostrado que es insostenible defender la norma de clausura identificando “debe” como un caso de permisión, tenemos que buscar una interpretación alternativa que dé cuenta de la relación entre permisión y deber. Ésta consiste en considerar al deber como lo opuesto a la permisión, “La llamada norma de clausura debería, en todo caso, haberse formulado de la siguiente manera: «lo que no está jurídicamente debido, está jurídicamente permitido»”.⁷³⁰ Dentro de este contexto es que Robles pasa a elucidar el significado de la expresión “norma permisiva”. Para ello, en primer lugar, aclara en qué consiste la norma permisiva concreta, por oposición a la norma permisiva universal o, como la llaman otros autores, norma de clausura.

⁷²⁶ *Ibidem*, pp. 207 y 208.

⁷²⁷ *Ibidem*, p. 208.

⁷²⁸ *Idem*.

⁷²⁹ *Ibidem*, pp. 208 y 209.

⁷³⁰ *Ibidem*, p. 209.

La norma permisiva concreta es la posibilidad de acción u omisión de una conducta en forma expresa, delimitando la esfera de aplicación de una regla que impone un deber. Por ejemplo, supongamos la norma: “Todos los ciudadanos mayores de 18 años, salvo los que tengan pies planos, deberán alistarse en el ejército para cumplir su servicio militar”. En este caso la norma permisiva dice: “los ciudadanos mayores de 18 años no tienen el deber de ingresar al ejército para realizar su servicio militar”.⁷³¹

Otro problema que cabe plantearse llegado este punto es el de la diferencia entre la permisión y la autorización competencial.⁷³²

El poder conferido por medio del permiso y el otorgado por la competencia se distinguen en que el primero presupone un deber respecto del cual constituye una excepción, mientras que la segunda no reduce la esfera de aplicación de ningún deber previo. Una segunda diferencia estriba en que mientras que el permiso es contingente (nada impide pensar un derecho sin deberes con excepciones), la competencia constituye un elemento necesario del ámbito. Por último, mientras la idea de permiso excluye la de obligación, la de competencia puede incorporarla (por ejemplo, la que tiene un juez de dictar sentencia).⁷³³

Como conclusión de lo expuesto podemos decir que la permisión concreta puede formularse de dos formas:

a) Delimitando expresamente el ámbito personal de validez de un deber previamente establecido.

b) Concediendo un permiso respecto del cual no existía un deber previo. Sin embargo, en este caso, concediendo el permiso, se crea el deber correlativo (el de no impedir el ejercicio del permiso).

De cualquier forma, es erróneo extraer la conclusión de que las normas permisivas son autónomas.⁷³⁴

⁷³¹ *Idem.*

⁷³² *Ibidem*, p. 210.

⁷³³ *Ibidem*, pp. 210-212.

⁷³⁴ *Ibidem*, pp. 212 y 213.

b. El permiso moral

En la moral, y en general, en todos los ámbitos prácticos, la noción de permiso no tiene cabida, ya que en ella no son dables excepciones a los deberes que se impone. Éstos tienen siempre un alcance general.⁷³⁵

“Respecto a lo que podría denominarse la norma general de clausura, es perfectamente aplicable el análisis anterior sobre la llamada norma de clausura jurídica”.⁷³⁶

c. El permiso en los juegos

Puede dar la impresión de que en el caso de los juegos lo permitido es jugar, *i. e.*, realizar acciones lúdicas. En realidad el permiso de los juegos debe entenderse como la posibilidad de que un sujeto lleve a la práctica un determinado procedimiento. Desde esta perspectiva, en el caso de los juegos no se presenta ninguna norma permisiva, sino una regla necesaria.⁷³⁷

d. Permiso y procedimiento: el silencio procedimental

Como hemos visto, en todo ámbito óntico-práctico gracias a las reglas procedimentales, se establece una acción o, lo que es lo mismo, se dota de sentido unitario a una sucesión de actos.

Sin embargo, puede suceder que con relación a los actos previstos en la regla procedimental existan otros actos respecto de los cuales ella guarde silencio. Por ejemplo: imaginemos la regla técnico-convencional que establece los requisitos formales que debe cumplir una demanda para ser admitida. Aunque entre esos requisitos figura el que deba formularse por escrito, nada se dice sobre si puede hacerse de manera manuscrita o en máquina de escribir, lo que puede resultar relevante a efectos de la comprensión de la promoción por parte del juez. El problema que se desea analizar en este punto se relacionaría con los posibles modos de redactar la demanda del ejemplo anterior, en función de la fuente de redacción.

⁷³⁵ “En la moral y, en general, en los ámbitos prácticos, la idea de permiso carece asimismo de significado independiente. Puede decirse incluso, que ahí la solución se presenta más clara, puesto que la moral excluye directamente toda idea de permiso”. *Ibidem*, p. 213.

⁷³⁶ *Ibidem*, p. 214.

⁷³⁷ *Idem*.

Para algunos, la acción acerca de la cual no dice nada la regla está permitida por una regla tácita. Según Robles, la regla no permite nada; simplemente guarda silencio al respecto, ya que “El permiso supone la idea de la concesión del permiso, siendo absurdo imaginarse un permiso no concedido”.⁷³⁸ En todo caso, se podría hablar de una permisión desprendible de la ausencia de reglas, pero nunca de una regla implícita, como pretende la teoría de la norma de clausura.

Las reglas procedimentales pueden ser objeto de una regla deóntica en el sentido de que la conducta que tiene que ser realizada para que se dé una competencia determinada deba ser observada. Por ejemplo: una regla deóntica puede decir a un juez: “si haz encontrado que una demanda cumple con todos los requisitos formales para ser admitida, debes admitirla, so pena de destitución” la cual perfectamente puede implicar a otra regla, sólo que procedimental, que dijera al juez cuáles son los requisitos que tiene que cumplir el auto de admisión de demanda, único medio por el cual ésta puede ser admitida. La conexión entre la regla deóntica y la regla procesal excluye la idea de un “permiso” para que el juez actúe como tal y dicte sentencia válida.⁷³⁹

Problema distinto plantean las reglas procedimentales no apoyadas en normas, las cuales pueden erróneamente ser interpretadas como reglas que conceden una permisión implícita. Por ejemplo, consideremos la que dice: “si quieres casarte tienes que cumplir con los requisitos A, B, C, etcétera”. Según hemos dicho, alguien puede interpretarla como que concede un permiso para quienes deseen casarse, “permite el matrimonio”. Este modo de ver las cosas es a todas luces erróneo, ya que, como hemos demostrado, es imposible hablar de reglas implícitas que establezcan permisiones. Toda regla permisiva tiene que ser expresa.⁷⁴⁰

C. *Las reglas interpretativas*

Deben distinguirse de los principios hermenéuticos desarrollados por la dogmática jurídica. Las reglas interpretativas a que se hace alusión son las establecidas en el derecho positivo, dirigidas a los órganos judiciales.

⁷³⁸ *Ibidem*, p. 215.

⁷³⁹ *Ibidem*, p. 216.

⁷⁴⁰ *Ibidem*, p. 216.

Dentro del derecho positivo también deben distinguirse las reglas de aplicación de las reglas de interpretación: “las primeras se refieren a las reglas que el órgano de decisión ha de aplicar en un momento dado ante un caso concreto, mientras que las segundas van dirigidas tan sólo a regular una actividad en sí misma intelectual, consistente en la interpretación”.⁷⁴¹

Como ejemplo de reglas de aplicación también pueden citarse las que indican el orden de prelación de las fuentes del derecho y las reglas de remisión. Una regla de remisión es la que, en una Ley de títulos y operaciones de crédito, indica que a falta de norma aplicable a un caso concreto deberá aplicarse supletoriamente el Código de Comercio y ante la imposibilidad de tal supletoriedad, el Código Civil.

Una regla de remisión sería la aparecida en un decreto por el que se crea un organismo público descentralizado y al final del establecimiento de las facultades del director general dijera que en caso de violación a sus obligaciones como funcionario estatal, se le sancionará en términos de la Ley de responsabilidades de funcionarios.

Las reglas interpretativas son, pues, normas que imponen a los órganos de decisión la manera en que “deben” interpretar otras reglas. Son verdaderas reglas deónticas.⁷⁴²

Sin ánimo de exhaustividad, entre las reglas de interpretación se pueden citar las definiciones legales, las que indican el sentido de una palabra o expresión, las que prescriben ciertos métodos hermenéuticos y las que prohíben ciertos modos de interpretación.⁷⁴³

Definiciones legales y reglas que indican el sentido de una palabra o expresión

Dentro de un ámbito óntico-práctico no hay reglas que definan algo preexistente. Todas las palabras o expresiones usadas, independientemente de que su significado corresponda al del lenguaje común, cumplen una función operativo-creadora: como por arte de magia, “diciendo-crean”. Esta función constitutiva del lenguaje de los ámbitos óntico-prácticos vale tanto para las reglas que establecen los elementos necesarios del ámbito como para las que contienen supuestamente definiciones legales sobre ex-

⁷⁴¹ *Ibidem*, p. 218.

⁷⁴² *Idem*.

⁷⁴³ *Ibidem*, p. 219.

presiones supuestamente preexistentes y la creación de significados nuevos con palabras nuevas.

En todo caso, tanto las denominadas reglas que establecen definiciones legales como las que indican el significado jurídico de un término o expresión son reglas deónticas en el sentido de que aquello que definen o precisan debe entenderse como ellas lo determinan (con toda el aura de vaguedad o ambigüedad que pueda rodear a su significado). Por otra parte, dichas reglas constituyen partes de otras reglas del mismo sistema. Por ejemplo, si una regla dice: “son mayores de edad todos los hombres y mujeres que hayan cumplido 18 años”, en regla puede decir: “todos los mayores de edad tienen el derecho político del sufragio universal”. Como se ve, la “definición” establecida por la primera regla subyace en la segunda, que perfectamente podría reformularse de la manera siguiente: los hombres y mujeres mayores de 18 años tienen el derecho político del sufragio universal”.⁷⁴⁴

A y d) Reglas que prescriben o prohíben determinados cánones o métodos hermenéuticos

A diferencia de las reglas de interpretación, las reglas que prescriben o prohíben cánones o métodos hermenéuticos no establecen criterios interpretativos sino que ordenan o prohíben la utilización de alguno o algunos en determinados casos.

Hay que diferenciar dos aspectos de estas reglas: la exigencia y lo exigido. Lo exigido es el contenido de la exigencia que no es otra cosa sino la aplicación y por tanto el conocimiento de cierta técnica hermenéutica, como son los métodos histórico, literal, sistemático, lógico, extensivo, restrictivo, analógico, etcétera, las cuales son empleadas con el fin de obtener una supuesta interpretación correcta. Todos estos métodos, por tanto, pueden ser formulados como reglas técnicas que establecen la manera en que se tiene que interpretar si se desea obtener una “interpretación correcta”.

La exigencia es aquello que se ordena al órgano decisor, consistente en el deber de aplicar o no aplicar un cierto método o métodos hermenéuticos en determinados casos. Desde esta perspectiva, las reglas que prescriben o prohíben cánones de interpretación “son reglas deónticas —y en consecuencia, expresivas de deber— cuyo objeto lo constituyen sendas reglas técnicas. La norma de interpretación tiene así por contenido a la regla de interpretación”.⁷⁴⁵

⁷⁴⁴ *Ibidem*, pp. 219-225.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, pp. 225 y 226.

D. *Las reglas admonitivas*

Son aquellas cuyo sentido es una exhortación dirigida por un órgano superior o un órgano u órganos inferiores o a los súbditos.⁷⁴⁶ También son llamadas reglas exhortativas, y deben distinguirse de los consejos en que 1) no son necesariamente en beneficio de quien es exhortado; 2) el sujeto a quien va dirigida no es totalmente libre de tomar o no en cuenta la exhortación, 3) es irrelevante que el exhortante sea considerado superior en sabiduría por parte del exhortado.

En consecuencia, el contenido de una regla admonitiva no es un consejo sino una exigencia, como tal, expresable verbalmente como un deber, *i. e.*, es una regla deóntica, “si bien de aquellas reglas deónticas no conectadas con sanciones”.⁷⁴⁷

Por lo que hace al objeto del deber de estas reglas, no es una conducta perfectamente delimitada sino circunscrita bajo algún o algunos criterios orientadores que dejan al destinatario un amplio margen de concreción.

2. *Reglas técnico-convencionales (procedimentales)*

A. *Carácter omnipresente del procedimiento*

Debe distinguirse claramente el significado del término ‘procedimiento’ en los usos generalizados del lenguaje y el que se le ha otorgado aquí. Normalmente la palabra ‘procedimiento’ es asociada a la actividad del órgano jurisdiccional. Para Robles el término tiene una significación de alcances mucho más amplios, pues comprende toda acción perteneciente a los ámbitos óntico-prácticos.⁷⁴⁸ Como ya hemos visto, intercalados entre los actos de una acción, puede haber otros actos cuya realización se deja a la discrecionalidad de los sujetos y que caen dentro de lo que se ha llamado ‘silencio procedimental’. Aun estos actos pueden considerarse como parte de un procedimiento, aunque lo sea en forma complementaria

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 226.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 227.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 228.

a los actos determinados expresamente. El procedimiento, pues, está omnipresente en toda acción de cualquier ámbito óptico-práctico.⁷⁴⁹

B. *Reglas de organización y competencia y reglas procedimentales*

Al contrastar los esquemas tradicionales acerca del procedimiento en el derecho con la noción de procedimiento en los ámbitos óptico-prácticos, la ubicación de las reglas que organizan el orden jurídico y que estructuran sus órganos, atribuyéndoles competencias, sufre un cambio radical. Mientras que tradicionalmente son ubicadas en el derecho procesal, desde nuestra óptica son caracterizados como reglas ópticas, pues su función es crear sujetos y sus respectivas competencias, ambos elementos necesarios de los ámbitos óptico-prácticos. A diferencia de las reglas procedimentales que orientan la acción de manera directa, las reglas de organización y competencia son reglas indirectas de la acción.⁷⁵⁰

C. *Derecho formal y derecho material*

Dentro de las dualidades teóricas de la jurisprudencia tradicional se encuentra la que divide el derecho en derecho adjetivo y derecho sustantivo. El primero corresponde al también llamado derecho procesal o formal, y el segundo, al derecho material o de fondo. Según esta postura, el derecho sustantivo es condición para que se pueda dar el derecho adjetivo.

Desde el particular punto de vista de Robles, “el procedimiento”, la relación entre los derechos formal y material, opera a la inversa de como dice la teoría generalizada. Para este autor, el derecho material no puede considerarse algo autónomo del formal, ya que éste, y no aquél, es el que determina la acción del ámbito: “Las reglas ópticas y procedimentales establecen los elementos ópticos y técnico-convencionales del ámbito, que son lógicamente previstos a la realización de cualquier acción y, por tanto, al establecimiento de las llamadas relaciones jurídicas materiales”.⁷⁵¹

Con esto queda claro que, contrariamente a lo que dice la teoría generalizada, el derecho formal, integrado por reglas necesarias, *i. e.*, ópticas

⁷⁴⁹ *Idem.*

⁷⁵⁰ *Ibidem*, pp. 228 y 229.

⁷⁵¹ *Ibidem*, p. 231.

y técnico-convencionales, es un presupuesto indispensable del derecho material, y no a la inversa.

3. *Reglas ónticas*

Ya sabemos que son las que establecen los elementos necesarios del ámbito óntico-práctico, que son sujetos, el espacio, el tiempo y la competencia. En este tipo de reglas quedan comprendidas las “reglas organizativas”, las potestativas y las derogativas.

A. *Reglas organizativas*

La teoría dominante alude con el término de reglas organizativas a aquellas que regulan indirectamente la acción humana y estructuran y atribuyen competencias a los órganos del Estado. Se considera que el ámbito donde son más relevantes es el derecho público, concretamente en los derechos constitucional y administrativo.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva pueden ser consideradas organizativas no sólo las que crean sujetos y otorgan competencias, sino también las que determinan el tiempo y el espacio de los ámbitos óntico-prácticos, pues ellas organizan el marco presupuesto por la acción. Conforme a esto, son reglas organizativas tanto las que crean un organismo público descentralizado como las que le confieren competencia o las que dividen territorialmente una federación o señalan plazos procesales para recurrir.⁷⁵²

B. *Reglas derogatorias*

“La regla derogatoria es una regla óntica cuya función radica en extinguir el marco temporal de validez de otra regla”.⁷⁵³ Puede ir dirigida tanto a una regla óntica como a una deóntica o una técnico-convencional con el efecto de desearlas. Son pues, reglas ónticas a *contrario sensu*.

La derogación puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando una regla señala específicamente la regla o reglas derogadas. Es tácita cuando se ob-

⁷⁵² *Ibidem*, pp. 232 y 233.

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 233.

tiene de la relación entre dos o más reglas distintas y emitidas en diferente tiempo sobre un mismo objeto de regulación. En este caso la regla derogada será la anterior, a condición de que el ámbito óntico-práctico en cuestión establezca expresamente el principio general *Lex a derogat priori*.

La derogación puede ser también total o parcial. Es total cuando se deroga toda la regla, y es parcial cuando lo que se deroga es sólo una parte.⁷⁵⁴

C. Reglas potestativas

“Por norma potestativa suele entenderse aquella norma que establece competencias de los órganos”.⁷⁵⁵ Si los conceptos de competencia y de capacidad son equiparables y no sólo los órganos son competentes sino todos los sujetos de un ámbito óntico-práctico, entonces hemos de decir que la norma potestativa es la que establece la capacidad de acción de un sujeto de derecho.

En los usos generalizados del lenguaje se suele llamar potestativas a las normas competenciales por considerar que lo que confieren es un poder. Sin embargo, sin la competencia con el sentido que aquí se le ha dado, hay que concluir que la competencia no puede reducirse al poder, ya que implica la idea de necesidad y lo necesario y lo posible son excluyentes.

En el derecho al lado de las reglas que confieren competencia a ciertos órganos, existen otras que establecen incapacidades o incompetencias. Estas reglas “son sólo inteligibles en unión con las reglas de cuyo contenido constituyen la limitación”.⁷⁵⁶ Dentro de este contexto tiene lugar también el concepto de derecho subjetivo, el cual no designa sino un conjunto de facultades y competencias.

Todo orden jurídico puede entenderse como un conjunto de competencias tanto de los órganos estatales como de los ciudadanos.

“El conjunto de estas competencias es la competencia total que en el Estado llamamos soberanía”.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ *Ibidem*, pp. 233 y 234.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, p. 235.

⁷⁵⁶ *Ibidem*, p. 236.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, p. 236.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATTATIS, Vincenzo, “La casalidad jurídica”, *Rivista di Studi Crociani*, 1968.
- ACERO, José Juan *et al.*, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, 2a. ed., Madrid, Cátedra, 1985.
- ACUTIZ, Mirizio, “Attualità e avvenire della informatica giuridica”, *Rivista di Diritto Civile*, año XII, núm. 6, noviembre-diciembre de 1976.
- ADORNO, Theodore W., *La ideología como lenguaje*, Madrid, Taurus, 1971.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULIGYN, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Venezuela, Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, 1979.
- , “Definiciones y normas”, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALONSO, Francesco de, *Leggere Dewey*, Pescara, vol. I, 1968.
- ALLWOOD, Jens *et al.*, *Lógica para la lingüística*, Madrid, trad. de Kjajime Sarabia, 1981.
- ALSTON, *Filosofía del lenguaje*, Madrid, Alianza, 1980.
- , *Los orígenes de la filosofía analítica: Moore, Russell, Wittgenstein*, Madrid, Tecnos, 1966.
- AMATO, Giuliano, *Rapporti fra norme primarie e norme secondarie. Aspetti problematici*, Milán, Giuffrè, 1957.
- ANGIOLA, Filipponio, “Sulla teoreticità delle norme costitutive”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1980.
- APEL, Otto Karl, *La transformación de la filosofía del lenguaje, semiótica y hermenéutica*, trad. de Adela Cortina, Joaquín Chamorro y Jesús Conill, Madrid, Taurus, 1985, t. I.
- ARISTÓTELES, *Tratados de lógica (El organón)*, México, Porrúa, 1982.
- ASHBY, Warren, “Teology and Deontology”, *The Journal of Philosophy*, vol. XLVII, núm. 26, 1950.

- AUSTIN, John, "Emisiones realizativas", en Urmsom y Warnock (comps.), *Ensayos filosóficos*, trad. de Alfonso García Suárez, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1975.
- , "Palabras y acciones", *Cómo hacer cosas con las palabras*, URMSON, J. O. (comp.), trad. de Genaro R. Carrió y Eduardo Rabossi, Buenos Aires, Paidós, 1971.
- , *Sentido y percepción*, trad. de Alfonso García Suárez y Luis M. I. Valdés Villanueva, Madrid, Tecnos, 1981.
- , "El significado de una palabra", *Ensayos filosóficos*, trad. de Alfonso García Suárez, Madrid, Revista de Occidente, 1975.
- , *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970.
- , *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. de Felipe González Vicen, México, Editora Nacional, 1974.
- AYER, Alfred Jules, *Lenguaje, verdad y lógica*, Barcelona, Martínez Roca, 1971.
- , *El positivismo lógico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, Colección Filosofía.
- BALDINGER, Kurt, *Teoría semántica. Hacia una semántica moderna*, Madrid, Alcalá, 1970.
- BALLESTERO, M., *Sondas de hermenéutica y lenguaje*, Madrid, Hiperión, 1981.
- BANKOWSKI, Zenon, *Ordinary Language and Judicial Discretion*, Rechtstheorie, 1981.
- BARATTA, Alessandro, *Ricerca su 'essere' e 'dever essere' nell'esperienza normativa e nella scienza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1968.
- BARCELLONA, Pietro, *I soggetti e le norme*, Milán, Giuffrè, 1984.
- BARTHES, R., *Elementos de semiología*, Madrid, Corazón Editor, 1970.
- BEARDSWORTH, T., "«Ought» and rules", *Philosophy*, XLV, 1970.
- BECKER, Oskar, *Untersuchungen über den modalkalkül*, 1952.
- BEDAU, "Law, Legal Systems and Types of Legal Rules", *Memoria del XII Congreso Internacional de Filosofía*, México, vol. VII, 1964.
- BELAIR, Claude et al., *Automatización de la legislación mexicana. El sistema mexicano UNAM-JURE*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.

- BELL, R. S., "Understanding the Model of Rules: Toward a Reconciliation of Dworking and Positivism", *Yale Law Journal*, vol. 81, abril de 1972.
- BENVENISTE, E., *Problemas de lingüística general*, México, Siglo XXI, 2 vols.
- BENDIT, T. M., *Law as Rule and Principle. Problems of Legal Philosophy*, The Harvester Press, Sussex, 1978.
- BENTHAM, J., *Fragmento sobre el gobierno*, trad. de Julián Larios Raos, España, Aguilar, 1973.
- BERNARD, Claude, *Droit, sistem expert et aide a la decisión*, IRETIJ, 1984.
- BERTALANFY, Ludwing, *Teoría general de los sistemas*, trad. de Ang Agud Aparicio y Rafael de Agapito, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- BETANCOUR, Cayetano, *Bases para una lógica del pensamiento imperativo*, Bogotá, Temis, 196.
- BLACK, Max, *The Analysis of Rules, Models ans Metaphors: Studies in Language and Philosophy*, Nueva York, Cornell University Press, 1962.
- , *El Laberinto del lenguaje*, Caracas, Monteávila Editores, 1969.
- , "Necessary Statements and Rules", *Philosophical Review*, 67, 1958.
- , "Notes on the Meaning of «Rules»", *Theoria*, 24, 1958.
- BLASCO, J. L., *Lenguaje, filosofía y conocimiento*, Barcelona, Ariel, 1973.
- BOBES, M. C., *La semántica como teoría lingüística*, Madrid, Gredos, 1973.
- BOBBIO, Norberto, "Ancora sulle Norme Primerie e Norme secondarie", *Revista de Filosofia*, XLIX, 1958.
- , "Dell' uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 1, 1970.
- , "Hans Kelsen", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo de 1973.
- , "Kelsen y el poder jurídico", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, trad. de Ricardo A. Guibourg, 1970.
- , *La lógica jurídica de Eduardo García Máynez*, México, UNAM, 1965.
- , "Norma", *Enciclopedia Einaudi*, vol. IX, 2, 1980.

- , “Norma giuridica”, *Novissimo digesto italiano*, Turín, UTET, 1965, vol. IX.
- , *Studi sulla teoria generale del diritto*, Turín, Giapichelli, 1955.
- , *Teoria della norma giuridica*, Turín, Giapichelli, 1979.
- , *Teoria dell'ordenamento giuridico*, Turín, Giapichelli, 1965.
- BOULENGE DE GALARD, Michele le, “El Tratamiento electrónico de la información jurídica”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 4, Mérida, Venezuela, 1973.
- CAPELLA, Juan Ramón, *El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Barcelona, Ariel, 1986.
- CASTELLANI (ed.), *Uomini senza qualità. La crisi del linguaggio nella grade*, Viena, Tempsky, 1981.
- , *Reflexiones sobre el lenguaje*, 2a. ed., trad. de Ernesto Rossenvelt, Madrid, Ariel, 1979.
- , *El lenguaje y el entendimiento*, Barcelona, Seix Barral, 1971.
- CHOMSKY, Noam, *Aspectos de la teoría de la sintaxis*, Madrid, Aguilar, 1970.
- CHOURRAQUI, Alain, *L'informatique au service du droit*, Vendome, Presses Universitaires de France, 1984.
- CHRISTOPHER, Cherry, “Regulative and Constitutive Rules”, *Philosophical Quaterly*, XXIII, 1973.
- COMANDUCCI, Paolo, “Joseph Raz e la teoria del sistema giuridico”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, VIII, I, 1978.
- CONTE, A., *Primi argomenti per una critica del normativismo*, Pavia, Il Mulino, 1968.
- , “Regola costitutiva in Wittgenstein”, en Castellani, F. (ed.), *Uomini senza qualità. La crisi dei linguaggio nella grande Vienna*, Viena, Tempsky, 1981.
- , “Paradigmi di analisi della regola in Wittgenstein”, Egidi, R. (ed.), *Wittgenstein. Momenti di una crítica del sapere*, Nápoles, Guida, 1983.
- , “Regola costitutiva condizione, antionomia”, Scarpelli, U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milán, Comunità, 1983.
- , “Materiali per una tipologia delle regole”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 15, 1985.

- , “Phenomenologie du langage deontique” en Kalinowski, G. y Selvaggi, F. (eds.), *Les fondements logiques de la pensée normative*, Roma, Editriche Pontificia Università Gregoriana, 1985.
- , “Aspetti della semantica del linguaggio deontico”, *Logica deontica e semantica*, Bologna, 1977.
- , *La pragmática lingüística, intorno alla lingüística*, Segre (ed.), Milán, Feltrinelli, 1983.
- , “Ricerca d’un pardosso deontico. Materialli per una semantica del linguaggio normativo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo de 1974.
- CORDON, F., *Pensamiento general y pensamiento científico*, Madrid-Barcelona, Ayuso-Antrophos Editorial del Hombre, 1976.
- COPI, Irving, *Lógica simbólica*, trad. de Andrés Sestier, México, CECSA, 1982.
- CORETH, E., *Cuestiones fundamentales de la hermenéutica*, trad. de M. Balsach, Madrid, Herder, 1972.
- CORRADI, Enrico, *Desiderio o norma*, Milán, Giuffré, 1978.
- COSERIU, Eugenio, *Teoría del lenguaje y lingüística general*, Madrid, Gredos, 1982.
- COTTA, Sergio, *Giustificazione e obligatorietà delle norme*, Milán, Giuffré, 1983.
- , “Le probleme de la justification scientifique des normes”, *XIV Congreso Mondiale de Filosofia*, Düsseldorf, agosto-septiembre de 1978.
- CORTESE, Ennio, *La norma giuridica*, Turín, Giuffré, 1964.
- CRETELLA, José, *Curso de filosofia de diretio*, Sao Paulo, J. Pushatsky Editor, 1967.
- CUENA, Bartolomé José *et al.*, *Inteligencia artificial, introducción y situación en España*, Madrid, Fundesco, 1984.
- D’AMATO, Anthony, *Jurisprudence: A Descriptive and Normative Analysis of Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1984.
- DAVIDSON, Donald, “Sucesos mentales”, trad. de Lourdes Valdivia Dounce, *Cuadernos de Crítica*, México, 1981.
- , “Otras mentes”, trad. de Rosario Amieva, *Cuadernos de Crítica*, México, 1983.
- DAVIS, Gordon, *Introducción a los computadores electrónicos*, México, CECSA, 1983.

- DICKEY, Anthony, "The Concept of Rules and the Concept of Law", *The American Journal of Jurisprudence*, 25, 1980.
- DICKINSON, J., "Legal Rules: Their Function in the Process of Decision", *University of Pennsylvania Law Review*, 79, 1931.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1973.
- DIUCORT, O., "Atti Linguistici", *Enciclopedia Einaudi*, Turín, 1977.
- DWORKING, Ronald, "¿Es el derecho un sistema de reglas?", trad. de Javier Ezquivel Pérez y Juan Rebolledo, *Cuadernos de Crítica*, México, 1977.
- , *Casos difíciles*, trad. de Javier Ezquivel, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981, Cuadernos de Crítica.
- ECO, Humberto, *El nombre de la rosa*, trad. de Ricardo Pochtar, Madrid, Lumen, 1985.
- , *La estructura ausente. Introducción a la semiótica*, trad. de F. Serra Madrid, Lumen, 1981.
- , *Tratado de semiótica general*, trad. de Manzano, Madrid, Lumen, 1977.
- ESQUIVEL PÉREZ, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980.
- FALEZA, Angelo, *Voci di teoria generale del diritto*, Milán, Giuffrè, 1985.
- FANK, K. T., *El concepto de filosofía en Wittgenstein*, trad. de Miguel Ángel Beltrán, Madrid, Tecnos, 1986.
- FERNÁNDEZ GALEANO, Antonio, "Derecho natural", *Introducción filosófica al derecho*, Madrid, Ceura, 1985.
- FERRATER MORA, Joseph y LEBLANC, Hugues, *Lógica matemática*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- FERRARI, Gianfranco, *Questioni normative e sociologia*, Milán, Franco Angeli, 1982.
- , "Regole costitutive e validità", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XI, 1981.
- FERRUCCIO, Pergolesi, "Norme, prassi e fantasia (Appunti in tema di «certeza» del diritto)", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Penale*, Bologna, 1956.
- FEYERABEND, Paul, *La ciencia en una sociedad libre*, trad. de Alberto Elena, México, Siglo XXI, 1982.

- , *Tratado contra el método Madrid*, Tecnos, 1981.
- FORMIGARI, Lia di, “Ermeneutica giuridica e teoria della lingua in G. B. Vico”, *Intersessioni*, Bologna, año VII, abril de 1987.
- FRANCO, Renato, *Aspetti del pensiero filosofico oggi*, Fonssano, Editrice Esperienza, 1969.
- FREGE, Gottlob, *Escritos lógico-semánticos*, Madrid, Tecnos, 1974.
- FROSINI, Vittorio, *Cibernetica, diritto e società*, Milán, Comunità, 1968.
- FUENTE, Juan Marcos de la, “Universalità e astrosione nella norma giuridica”, *Rivista di Filosofia*, 1962.
- FUEYO LANERI, Fernando, “Teoría y práctica de la informática jurídica”, *Estudios de Derecho*, Medellín, año XXXVI, segunda época, vol. XXXIV, 1972.
- GADAMER, H. G., “Verdad y método”, *Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. de A. Agud, Salamanca, Sígueme, 1984.
- GANZ, Joan, Safran, *Rules A. Systematic Study*, París, The Hague, Nueva York.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.
- GARRIDO, Manuel, *Lógica simbólica*, Madrid, Tecnos, 1968.
- GAVAZZI, Giacomo, *Norme primarie e norme secondarie*, Turín, Giapichelli, 1967.
- , “Il discorso dei giuristi: descrizione o prescrizione?”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, diciembre de 1983.
- GEACH, P. T., “Imperatives and Deontic Logic”, *Analysis*, vol. XVIII, 1958.
- GENOVA, A. C., “Institutional Facts and Brute Values”, *Ethics*, 81, 1971.
- GERBER, G., “Levels of Rules and Hart’s Concept of Law”, *Mind*, LXXXI, 1972.
- GHIRARDI, O. A., *Hermenéutica del saber*, Madrid, Gredos, 1979.
- GIANFORMAGIO, Litezia, “Norme primarie e norme secondarie”, *Rivista de Diritto Processuale*, XVIII, 1968.
- GIORGIANNI, Virgilio, *Neopositivismo e scienza del diritto*, Roma, Bocca, 1956.
- GIULIANI, Alessandro, “La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo de 1970.

- GIBDARD, Michel, *Introduction aux systéms experts*, París, Eyrolles, 1982.
- GOTTILIEB, Gidon, "The Logic of Choice", *And Investigation of the Concepts of Rule and Rationality*, Londres, Allen and Unwin, 1968.
- GOULDNER, A. W., "The Norm of Reciprocity", *American Sociological Review*, XXV, abril de 1960.
- GRANETTA, Rosa, *Strumento per perticipar; probleme di imagine dell'informazione oggi in Italie*, Milán, Franco Angeli Editore, 1981.
- GRAPPALI, Alessandro, "La norma giuridica e l'ordinamento sociale", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*.
- GRZEGORCZYK, Cristopher, "Le rôle du performatif dans le langage du droit", *Archives de Philosophie du Droit*, 19.
- GRICE, H. P., "La teoría causal de la percepción", *Cuadernos de Crítica*, trad. de Álvaro Caso, México, 1985.
- GRÜNBAUN, Adolf, *¿Es la falsabilidad la piedra de toque de la racionalidad científica? Karl Popper contra el inductivismo*, trad. de Jorge G. Flematti A. y Miguel Kolteniuk, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1983.
- GUASTINI, Riccardo, "Far cose con regole", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, IX, 179.
- , "Six Concepts of Constitutive Rule", *Annali della Facoltà de Giurisprudenza di Genova*, 1, 1982-1983.
- , "Cognitivismo ludico e regole constitutive", en Scarpelli, U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milán, Comunità, 1983.
- , "Teoria delle regole constitutive", *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, IV, serie LX, octubre-diciembre de 1983.
- , *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Turín, Giapichelli, 1985.
- , "Norberto Bobbio: análisis del lenguaje e teoría formal del diritto", en Tarello, Giovanni (comp.), *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, VIII, I, 1978.
- , "Norme che sono condizioni sufficienti del loro oggetto?", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. XVI, núm. 1, junio de 1986.
- , "Some Concepts of «Constitutive Rule»", *Comunicazione presentata all'Undicesimo Congresso Mondiale di Filosofia del Diritto e Filosofia Sociale*, Helsinki, agosto de 1983.

- , “Metateoria degli atteggiamenti normativi”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, junio de 1982.
- , “Variaciones su temi di Scarpelli”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XII, núm. 2, diciembre de 1982.
- GUILBOURG, “Hart y la escuela analítica inglesa”, *El lenguaje del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979.
- GURVITCH, Georges, *L'idée du droit social*, Milán, Comunità.
- , *Dichiarazione dei diritti sociali*, Milán, Comunità, 1949.
- GUTIÉRREZ, Claudio, “Integración e independencia en la era de las computadoras”, *Revista de Educación Superior*, México, vol. XI, 1982.
- HABERMAS, “Teoría de la comunicación, distorsión y competencia”, Valencia, Universidad de Valencia, 1979, Cuadernos Teorema.
- , *Conocimiento e interés*, trad. de Manuel Jiménez *et al.*, Madrid, Taurus.
- HANSON, Norwood, *Patrones de descubrimiento: observación y explicación*, trad. de Enrique García Camarero y Antonio Montesinos, Madrid, Alianza Universidad, 1985.
- HARE, “Imperative sentences”, *Mind*, vol. 58, 1958.
- , “Meaning and Speech Acts”, *Philosophical Review*, vol. LXXIX, 1970.
- , *El lenguaje de la moral*, trad. de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1975.
- HART, H. L. A., “Definición y teoría en la ciencia jurídica”, *Derecho y moral*, trad. de Genaro R. Carrió, Argentina, Depalma, 1962.
- , “Obligación jurídica y obligación moral”, trad. de Javier Ezquivel y Alfonso Ortiz, *Cuadernos de Crítica*, México, UNAM, 1977.
- , *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, México, Editora Nacional, 1980.
- , *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro, R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- , “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceeding of the Aristotelian Society, Logic and Language*, primera serie, Oxford, 1951.
- HAYEK, “Derecho, legislación y libertad”, *Normas y Orden*, vol. 1, Madrid, Unión, 1978-1979.
- HEREDERO, Miguel, *Informática y libertad; la respuesta de los juristas a un problema de nuestro tiempo*, Madrid, núm. 171, julio-septiembre de 1976.

- HERNÁNDEZ GIL, A. *et al.*, *Estructuralismo y derecho*, Madrid, Alianza, 1973.
- , *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Cátedra, 1971, 3 t.
- HESSEN, J., *Teoría del conocimiento*, trad. de José Gaos, México, Espasa Calpe.
- HIERRO PESCADOR, José, “Normas y valoraciones”, *Teoría y sociedad. Homenaje al profesor Aranguren*, Barcelona, Ariel, 1970.
- , *Principios de filosofía del lenguaje*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 1984.
- HODGSON, D. H., *Consecuencias of utilitarianism. A Study in Normative Ethics and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1967.
- HOROWITZ, I. L., *Sociología científica y sociología del conocimiento*, Buenos Aires, Hachette, 1959.
- HOSPERS, John, *Introducción al análisis filosófico*, trad. de Julio César Armero San José, Madrid, Alianza Universidad, 1984, 1984.
- HUME, David, *Del conocimiento*, trad. de Juan Segura Ruiz, Madrid, Sarpe, 1984.
- IRTI, Natalino, *Norme e fatti; saggi di teoria generale del diritto*, Milán, Giuffré, 1984.
- , “Società, norme e valori”, *Studi in onore di Renato Treves*, Scarpelli, Uberto y Tameo, Vincenzo (eds.), Milán, Giuffré, 1984.
- JÖRGENSEN, Jörgen, “Imperatives and Logic”, *Erkenntnis*, vol. 7, 1937.
- JORI, Mario, “Hart e l’analisi del linguaggio”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, VIII, I, junio de 1979.
- , “Il concetto di norma nella scienza empirica del diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLIX, enero-marzo de 1972.
- JUÁREZ-PAZ, Rigoberto, *Reason, Commands and Moral Principles in Logic et Analise*, 1959.
- KALINOWSKY, Georges, “Note sur le rapport entre le fait et le droit”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, cuarta serie, XLVI, núm. 4, octubre-diciembre de 1969.
- , *Le problème de la verité en morale et en droit*, Lyon, Emmanuel, Vitte, 1967.
- , “Theorie des Proposition Normatives”, *Studia Logica*, 1953.
- , *Introducción a la lógica jurídica*, trad. de Juan A. Casaubon, Buenos Aires, Eudeba, 1973.

- , *Lógica del discurso normativo*, trad. de Juan Ramón Capella, Madrid, Tecnos, colección Estructura y Función.
- KANT, E., *Crítica de la razón pura*, trad. de Joaquín García Morente y Manuel Fernández Nuñez, estudio introductorio y análisis por Francisco Larroyol, México, Porrúa, 1982.
- , *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Aguilar, 1973.
- KATHLEEN, Kelleny, *La persuasión en la comunicación*, trad. de Marta Vesallo, Madrid, Paidós, 1981.
- KATS, J. J., *La realidad subyacente del lenguaje y su valor filosófico*, Madrid, Alianza, 1975.
- KELSEN, Hans, “Derecho y lógica”, trad. de Ulises Schmill Ordóñez y Jorge Castro Valle, *Cuadernos de Crítica*, 1978.
- , *El método, los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. de Legaz Lacambra, Aporia, 1976.
- , *Tra metodo giuridico e sociologico*, Nápoles, Guida, 1974.
- , *Teoria generale delle norme*, Losano, Mario G. (ed.), trad. de Mirella Torre, Turín, Guglio Einaudi Editore, 1985.
- , *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. de Jorge G. Tejerina, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- , *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.
- , *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, trad. de Legaz Lacambra, 1970.
- KEMPSON, Ruth, *Teoría semántica*, trad. de R. Cerdá, Madrid, Teide, 1982.
- KENNY, A., *Wittgenstein*, Madrid, Revista de Occidente, 1972.
- KHUN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- KIRCHMAN, H. J. V., *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. de A. Truyol, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961.
- KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica*, trad. de J. D. García Vacca, Caracas, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Centro, 1961.
- KNEALE, *El desarrollo de la lógica*, Madrid, Tecnos, 1972.
- KRISTEVA, J., *Semiótica*, Madrid, Fundamentos, 1982.
- KUTSCHERA, F. V., *Filosofía del lenguaje*, Madrid, Gredos, Biblioteca Románica Hispánica, 1979.

- LABANDE, André, *Le raison et les normes*, París, 1963.
- LAKATOS, I. y MUSGRAVE, A., “La crítica y el desarrollo del conocimiento”, *Actas del Coloquio Internacional de Filosofía de la Ciencia realizado en Londres en 1965*, trad. de Francisco Hernán, Madrid, Grijalbo, 1975.
- LEE K. K., “Hart’s Primary and Secondary Rules”, *Mind*, 1968.
- , “The Concept of Law”, *Mind*, 1962.
- LEGAZ LACAMBRA, Luis, “Diritto, normativismo e normatività giuridica”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo de 1953.
- LEGAUT, George, *La structure performative du langage juridique*, Montreal, Presses de l’ Université de Montreal, 1977.
- LIDZ, Theodore *et al.*, *La transmisión de la irracionalidad*, trad. de Noemí Rosendbalt, Madrid, Eba, 1980.
- LISON TOLOSANA, C., *Antropología social y hermenéutica*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- LOOSE, John, *Introducción histórica a la filosofía de la ciencia*, Madrid, Alianza, 1970.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Madrid, Editora Nacional, 1969.
- LORITE, MENA, José, “Objetividad, deseo de y verdad y hermenéutica”, *Pensamiento*, Madrid, núm. 157, vol. 40, enero-marzo de 1984.
- LOSANO, Mario G., “Il problema dell’interpretazione in Hans Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, julio-diciembre de 1969.
- , “Sociologia del diritto e informatica giuridica”, *Sociologia del Diritto*, Milán, año VII, núm. 3, 1980.
- LUCKMAN T., *La construcción social de la realidad*, trad. de Silvia Zuleta, Buenos Aires, Amorrortu, 1968.
- LUKASIENWICZ, J., *Estudios de lógica y filosofía*, Madrid, Revista de Occidente, 1975.
- LURIA, *Lenguaje y comportamiento*, Madrid, Fundamentos, 1974.
- LYONS, John, *Semántica*, Barcelona, Teide, 1980.
- MANCINI, Italo, “La filosofía del diritto come hermeneutica”, *Hermeneutica*, núm. 1, 1981.
- MARGAIN, H., *Racionalidad, lenguaje y filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- MARTINO ANTONIO, Anselmo, *Le definizioni legislative*, Turín, 1975.

- MATHIEU, "Sistemi logici e sistemi giuridici. Impossibilità di autofondazione formale", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2, 1970.
- MAYO, Bernard, "Symposium: Varieties of Imperative, in The Aristotelical Society", *Supplementary*, Londres, vol. XXXI, 1957.
- MAZZARESE, T., "Un libro sulle regole", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1984.
- , "Metanorme e linguaggio deontico, Un analisi logico", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, diciembre de 1982.
- MC. CLOSKEY, H. J., "Two Concepts of Rules. A Note", *The Philosophical Quarterly*, núm. 22, 1972.
- MELLMAN, Carl, *The Language of Ethics*, Cambridge, Harvard University Press, 1961.
- MERTON, K. R., *Teoría y estructuras sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1970.
- METALL, Rudolf Aladar, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, Viena, Deuticke, 1969.
- MIDGLEY, G. C. J., "Linguistic Rules", *Proceedings of Aristotelian Society*, 59.
- MIECZYSLAW, Wellis-Walfisz, "Les énoncés des appréciations et des normes", *Studia Philophica*, vol. II, 1973.
- MILLER, C. A., "Rules and Exceptions", *International Journal of Ethics*, 66, 1956.
- MISCHALSKA, Anna, "Il carattere delle norme tecniche", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, abril-septiembre de 1969.
- MISHKOFF, Henry, *A fondo: inteligencia artificial*, trad. de Milagros Fernández Centeno, Madrid, Anaya, 1988.
- MONTERRAT, Javier y ZACCAGNINI, José, "Los «modelos de realidad»: ¿es posible la relación interdisciplinar entre filosofía y psicología científica?", *Pensamiento*, Madrid, núm. 158, vol. 40, abril-junio de 1984.
- MOORE, G. E., *La defensa del sentido común y otros ensayos*, Madrid, Taurus, 1972.
- MORENO MATEOS, José Juan, "Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis", *Doxa*, núm. 3, 1986.
- MORRIS, C., *Signos, lenguaje y cultura*, Buenos Aires, Losada, 1964.
- MREJERU Ilariu, *Le role de la methodologie générale de technique législative dans le processus d'elaboration des lois et d'autres actes normatifs*, Bucarest, núm. 1, t. 23, enero-junio de 1979.

- MULLIGAN, Gleen y LEDERMAN, Bobbie, *Social Facts and Rules of Practice*, *American Journal of Sociology*, 83, 1977.
- NASCHITZ, Anita M., "Le perfectionnement du mécanisme législatif dans L'Etat Socialiste Roumain", *Revue Roumaine des Sciences Sociales*, Bucarest, t. 12, núm. 1, enero-junio de 1968.
- NAVARRO, Vicente, *Los límites de la teoría de los sistemas del mundo en la comprensión y definición de las transformaciones capitalistas y socialistas*, Madrid, núm. 13, 1981.
- NIEUBURG, H. L., *En nombre de la ciencia, análisis del control económico y político del conocimiento*, trad. de Floreal Mazía, Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo, 1983.
- NINO SANTIAGO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Madrid, Ariel, 1984.
- , "Legal Norms and Reasons for Action", *Rechtstheorie*, t. 4, 15, 1984.
- NORMAN, S. March, "The Rule of Law as a Supra-National Concept", en Guest, A. G. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, 1961.
- OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de López Guerra, Madrid, Labor, 1980.
- OLLERO, Andrés, "Interpretación del derecho y positivismo legalista", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1982.
- OPALEK, Kazimiers, "Les normes, les énoncés sur les normes et les propositions déontiques", *Archives de Philosophie du Droit*, 17, 1972.
- , "Directive discourse", *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo de 1974.
- OPPENHEIM, "Outline of a Logical Analysis of Law", *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 7.
- ORESTANO, Riccardo, "Norma statuita e norme statuenta", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, diciembre de 1983.
- ORTIZ-OSÉS, Andrés, *La nueva filosofía hermenéutica. Hacia una razón axiológica posmoderna*, Madrid, Antropos, 1986.
- RAP, Arthur, *Teoría analítica del conocimiento*, Madrid, Tecnos, 1969.
- PAGLIARO, Antonio, "Le regole del gioco", *Il segno vivente*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1959.
- PÁRAMO, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y La teoría analítica del derecho*, Prólogo de Gregorio Peces Barba, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

- PASAIAS, A., "Innomos: une expérience hellénique dans le domaine du stockae et du traitement électronique de l'information juridique", *Revue Hellenique de Droit International*, París, año 28, núms. 1-4, 1975.
- PEARS, D. F., "Las condiciones causales de la percepción", trad. de Carmen Silva, *Cuadernos de Crítica*, México, 1984.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1983.
- PERELMAN, C., *La règle de droit*, Bruselas, Emile Bruylant, 1971.
- , "La regola della giustizia", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1960.
- , *La lógica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1972.
- PÉREZ LUÑO, A. E., "Perspectivas actuales de la iusinformática en España", *Revista Latinoamericana de Informática Jurídica*, Valencia, Venezuela, 1977.
- , *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Madrid, Fundesco, 1987.
- PINTORE, Anna, "Norme e principi: una crítica a Dworking", *Quaderni di Filosofia Analitica del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1982.
- POICANDRE, Jules Henri, *La science et l'hipotèse*, París, 1902.
- POLLASTRO, Pietro, *Regola costitutiva: saggio di analisi*, Pavia, 1982.
- , "Il linguaggio normativo secondo Alf Ross: un riesame critico", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 3, julio-septiembre de 1968.
- , "Fenomenologia delle regole costitutive", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XIII, junio de 1983.
- POPPER, Karl, *Conocimiento objetivo*, trad. de Carlos Solís Santos, Madrid, Tecnos, 1982.
- , *La lógica de la investigación científica*, trad. de Victor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1985.
- PUTNAM, Hilary, "Mentes y máquinas", *Mentes y máquinas*, trad. de Manuel Garrido, Madrid, Tecnos, 1985.
- , "Otras mentes", trad. de Francisco Pimentel, *Cuadernos de Crítica*, México, 1984.
- , "Cerebro y conducta", trad. de Rosario Amieva, *Cuadernos de Crítica*, México, 1983.

- , “La naturaleza de los estados mentales”, trad. de Margarita M. Valdés, *Cuadernos de Crítica*, México, 1981.
- , “La vida mental de algunas máquinas”, *Cuadernos de Crítica*, trad. de Marta Gorostiza, México, 1981.
- QUINE W. V., *Los métodos de la lógica*, trad. de Juan José Aceros y Nieves Guasch, Madrid, Ariel, 1981.
- QUINN, Michael Sean, “Practice-Defining Rules”, *Ethics*, 86, 1975-1976.
- RAWLS, John, “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, 64, 1955.
- RANSDELL, Joseph, “Constitutive Rules and Speech Acts Analysis”, *Journal of Philosophy*, 68, 1971.
- RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad., prólogo y notas de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.
- , “La identidad de los sistemas legales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año VII, núm. 19, 1974.
- REALE, Miguel, *Filosofía de direito*, Sao Paulo, Sarabia, 1965.
- REZNIKOV, L. O., *Semiótica y teoría del conocimiento*, Madrid Tecnos, 1969.
- RICOEUR, P., *Hermenéutica y estructuralismo*, Buenos Aires, Megápolis, 1965.
- RIPET, Georges, “Le règle du droit civil applicable aux rapports internationaux”, *Recueil des cours*, 1933, t. II.
- ROBILANT, Enrico, *Direttiva economica e norma giuridica*, Turín, Giapichelli, 1955.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “Las reglas del derecho y las reglas de los juegos”, *Ensayo de teoría analítica del derecho*, Palma de Mallorca, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1982.
- , *Rechtsregeln un Spielregeln. Eine Abhandlung zur analytischen Rechtslehre*, trad. de Ulrike Steinhäusl y Hedwing Cuipka, Viena, Springer-Verlag, 1987.
- , *Las limitaciones de la teoría pura del derecho* (inédito).
- , *Epistemología y derecho*, Madrid, Pirámide, 1982.
- , *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1988.
- , “Tres tipos de reglas en el derecho”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 11, 1985.

- , “Norma y regla técnica”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, núm. 67, 1982.
- , “La comparación entre el derecho y los juegos (Réplica a Miguel Ángel Rodilla)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1987.
- , “Trois types de règles dans le droit”, *Revue de Recherches Juridiques: Droit Prospectif*, trad. de V. Martínez Bretones, Aix Marseille.
- , Análisis críticos de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos, *Derechos económicos sociales y culturales*, Universidad de Murcia, 1981.
- , “La decisión en el derecho y la tópic jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm. 54, año XVIII, septiembre-diciembre de 1985.
- RODILLA, Miguel Ángel, “El derecho y los juegos. Utilidad y límites de una analogía”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ, José, “Las computadoras y el derecho”, *Revista latinoamericana de informática jurídica*, Valencia, Venezuela, noviembre de 1977.
- ROSS, Alf, *Imperatives and Logic*, in *Theoria*, 1941.
- , *Lógica de las normas*, trad. de José S. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971.
- , *Ascesa e caduta della teoria del performativi in Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982.
- ROSSI, Paolo, *Linguaggio, persuasione virità, Atti del XXVIII Congresso Nazionale di Filosofia*, Padova, Cedam, 1984.
- RUIZ PONCE, Esteban *et al.*, “Informe del estado actual de la jusicibernética y la juscibernética a nivel académico en la realidad mexicana”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. III, núm. 15, noviembre-diciembre de 1981.
- SADABA, *¿Qué es un sistema de creencias?*, Madrid, Ariel, 1978.
- SALAZAR, Resines, *Introducción a la lógica deductiva y a la teoría de los conjuntos*, México, UNAM, Dirección General de Publicaciones, 1982.
- SALAZAR CANO, Edgar, *Informática jurídica, instrucción programada y documentación automática*, Venezuela, Universidad de Carabobo, Rectorado, Facultad de Derecho, 1975.
- SÁNCHEZ-MAZAS, Miguel, *El cálculo de las normas*, Madrid, 1972.

- , *Lógica y norma, ciencia y sociedad*, Universidad del País Vasco, 1982.
- , “Álgebra del derecho y procesamiento de la legislación”, *Actas del Primer Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica*, Madrid, 1982.
- SANDERS, Charles, *Collected Papers*, vol. IV, 1931.
- SANTAMBROGIO, M., “Una nota sugli operatori deontici e gli atteggiamenti proposizionali”, *Rivista di Filosofia*, 4, 1976.
- SAOVAINI, Gian Pietro, “Performativà in Alf Ross”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, dicembre de 1982.
- SARTORI, Giovanni, “Le regole del diritto e le regole dei giochi”, *Sociologia del Diritto*, Milán, 2, 1987.
- SAUSSURE, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, trad. de Mario Armiño, México, Nuevomar, 1982.
- SCARPELLI, Uberto, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milán, Comunità, 1962.
- , *Contributo alla semantica del linguaggio normativo. Nuova Edizione, Accademia delle Scienze*, Pintore, Anna (ed.), Turín, Giuffrè, 1959.
- , *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1965.
- , “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1948.
- , “Elementi di analisi della proposizione giuridica”, *Atti del Congresso de Studi Metodologici*, Turín, Ramela, 1954.
- , *Il linguaggio valutativo e prescrittivo*, Jus, 1953.
- , *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milán, Instituto Editoriale Cisalpino, 1953.
- , “Società e natura nell pensiero di Hans Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1954.
- , *Il fondamenti e il metodo del'analisi del linguaggio, Il pensiero americano contemporaneo*, Milán, Comunità, 1958.
- , *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Turín, Accademia delle Scienze, 1959.
- , “Il permesso, il devore, e la completezza degli ordinamento normativi (a proposito di un libro di Amadeo G. Conte)”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1963.

- , “Imperativi e asserzioni”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, año XXXVI, serie III, fascículo I-III, enero-abril de 1959.
- , “«Le proposizioni giuridiche» come procetti reiterati”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1967.
- , “Recensione a Dario Antiseri, dopo Wittgenstein. Dove va la filosofia analitica”, *Rivista di Filosofia*, 1968.
- , *Semántica, morale, diritto*, Turín, Giappichelli, 1969.
- , *L'analisi delle argomentazioni giuriziarie in la formazione extralegislativa del diritto nellesperienza italiana*, Il Foro Italiano, 1970.
- , “Il metodo giuridico”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1971.
- , *Diritto e analisi del linguaggio*, Milán, Comunità, 1976.
- , “Semantica giuridica”, *Novvisimo digesto italiano*, Turín, 1969.
- , “Le «proposizioni giuridiche» come precetti reiterati”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo de 1967.
- SCHMILL, Ulises, *la conducta del jabalí. Dos ensayos sobre el poder: Kafka y Shakespeare*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.
- y VERNENGO, Roberto, J., *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.
- SCHWYZER, Hubert, “Rules and Practice”, *Philosophical Review*, 78, 1869.
- SEARLE, John, “Mente, cerebros y ciencia”, trad. de Luis Valdés, *Teorema*, Madrid, 1985.
- , “What is a Spech Act?”, en Black, M. (ed.), *Philosophy in America*, Londres, Allen and Unwuin, 1964.
- , “Che cos'è un atto linguistico?”, *Linguaggio e società*, trad. de Franca Orletti, Bologna, Il Mulino, 1973.
- , *¿Qué es un acto de habla?*, trad. de Luis M. Valdés, *Teorema*, núm. 15, 1980.
- , *Actos de habla*, trad. de Luis M. Valdés, Madrid, Cátedra, 1980.
- , “Una taxonomía de los actos ilocucionarios”, trad. de Luis M. Valdés, *Teorema*, vol. VI, 1976.
- , “Actos de habla indirectos”, trad. de Luis M. Valdés, *Teorema*, vol. VII, 1977.
- , “Austin and Locutionary and Ilocutionary Acts”, *Philosophical Review*, vol. LXXVII, 1968.

- , “Meaning and Spech Acts”, *Theory of Meaning*, New Jersey, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1970.
- , “How to Derive «Ought» from «Is»”, *The Philosophical Review*, 73, 1964.
- , “Speech Acts”, *Essay in the Philosophy of Language*, Londres, Cambridge University Press, 1969.
- SELLARS, Wilfrid, *Ciencia, percepción y realidad*, trad. de Victor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1971.
- SERRANO, S., *Signos, lenguaje y cultura*, Barcelona, Teide, 1981.
- SERRANO P. E., *Computadoras y derecho; una introducción a la informática jurídica*, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1975.
- , “Panorama actual de la informática jurídica en América”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Maracaibo, año XVII, núm. 49, enero-abril de 1977.
- SILVIO, Pablo, “Sulla imperatività delle norme giuridiche”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 1, enero-febrero de 1933.
- SIMPSON, T. M., *Semántica filosófica: problemas y discusiones*, Madrid, Siglo XXI, 1973.
- SKINER, *Verbal Behavior*, Nueva York, Appleton-Conttury-Crofts, 1957.
- , *Conducta verbal*, México, Trillas, 1981.
- SMITH, Juan Carlos, “Rules of Language”, *Mind*, 80, 1976.
- , “Kelsen y la teoría pura del derecho frente a nuestra tesis sobre la ciencia jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1981.
- SMITIS, Spiros, “El procesamiento electrónico de datos y el derecho”, *Revista Jurídica Panameña*, Panamá, núm. 3, mayo-agosto de 1973.
- , *Crisi dell’informazione giuridica et elaborazione elettronica dei dati*, Milán, Giuffré, 1977.
- SNELL B., *La estructura del lenguaje*, Madrid, Gredos, 1966.
- STORER, “The Logic Value Imperative”, *Philosophy of Science*, vol. XIII, 1964.
- STRAWSON P. F., *Los límites del sentido*, Madrid, Revista de Occidente, 1975.
- , “Intention and Convention in Speech Acts”, *The Philosophical Review*, 73, 1964.
- SUMMERS, Robert, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1968.

- SUPPES, P. y HILLS, S., *Introducción a la lógica matemática*, trad. de Enrique Linés Escardó, Barcelona, Reverté, 1975.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.
- , *La jurisprudencia y la formación del ideal político (introducción histórica a la ciencia jurídica)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.
- , “La ciencia jurídica y su carácter empírico. Notas sobre los enunciados jurídicos y su prueba de falsificabilidad. Versión ampliada y revisada de *The Legal Explanation, Its Range*”, *Seminario Interdisciplinare Jean Monnet*, Florencia, Instituto Universitario Europeo, 1985-1986.
- , *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.
- TARELLO, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974.
- , “La scuola analítica di Buenos Aires”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, VII, 1977.
- , “Discurso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo de 1967.
- , “Sulla presenza di un linguaggio ora descrittivo ora prescrittivo nella dottrina pura del diritto”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, diciembre de 1977.
- TEBALDESCHI, Ivanhoe, “Normatività e libertà nell discorso etico en el discorso giuridico”, *Rivista Internazionale di Philosophia del Diritto*, enero-marzo de 1975.
- TEMELLO, Ilmar, “The Rule of Law and the Rule of Reasons in International Legal Relations”, *Logique et Analyse*, VI, 1963.
- , *Outlines of Modern Logic*, Wiesbaden, Steiner, 1969.
- TIERNO Galván, Enrique, *Conocimiento y ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1973.
- TOZZI, Antonio, “La norma giuridica e il concetto di diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1960.
- TREVES, Renato, “Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, fasc. III, julio-septiembre de 1959.

- TURING, Alan, “¿Puede pensar una máquina?”, *Mentes y máquinas*, trad. de Manuel Garrido, Madrid, Tecnos, 1985.
- TWINING, W., *How to Do Things with Rules*, Londres, 1976.
- UEXKULL, J., *Umwelt und Innenwelt der Tiere*, Berlín, Springer, 1920.
- ULLMAN, S., *Semántica. Introducción a la ciencia del significado*, Madrid, Aguilar, 1965.
- URBAN, W. M., *Lenguaje y realidad (la filosofía del lenguaje y los principios del simbolismo)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- VALDÉS, Luis, M., “Significado, fuerza ilocucionaria y acto ilocucionario”, *Teorema*, vol. VIII, núm. 2, 1978.
- VEGA, Manuel de, *Introducción a la psicología cognitiva*, Madrid, Cellier, 1979.
- VENDLER, Z., “Ilocutionary Suicide”, en Maockay, A. F. y Merrill, D. D. (eds.), *Issues in the Philosophy of Language*, Londres, Yale University Press, 1976.
- VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho en el mundo occidental*, trad. de Mario de la Cueva, UNAM, 1983.
- VERNON, E. et al., *Lenguaje y comunicación social*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1960.
- VIDETTA, Frescesco, “Il concetto di ‘norma valida’ secondo Alf Ross in *On Law and Justice*”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie, núm. 2, 1968.
- VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1964.
- VILLA, Vittorio, *Teoria della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milán, Giuffré, 1984.
- VILLANI, Antonio, “La crítica de Heguel al dover essere”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie, XLV, 1, 1968.
- WALTER, Robert, “Las normas jurídicas”, *Doxa*, Alicante, núm. 2, 1985.
- WATZLAWICK, Paul, *¿Es real la realidad?*, trad. de Marciano Villanueva, Madrid, Herder, 1986.
- WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. de Legas Lacambra, Madrid, Península, 1975.
- WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Felipe González Vicen, Madrid, Aguilar, 1974.
- WERNER, Jaeger, *Aristóteles. Bases para la historia de su desarrollo intelectual*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

- WEYERS, Hans Leo, "Jurisprudencia y cibernética", *Revista del Colegio de Abogados*, Buenos Aires, año XV, núm. 32, enero-junio de 1974.
- WISDOM, John, *Philosophy and Psycho-analysis*, Oxford, Basil Blackwell, 1953.
- , "Filosofía, metafísica y psicoanálisis", *La concepción analítica de la filosofía*, trad. de Javier Muguerza, Alianza Universidad, 1986.
- WILSON, J., *El lenguaje y la búsqueda de la verdad*, Barcelona, Edhasa, 1970.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *los cuadernos azul y marrón*, trad. de Francisco García Guillén, Madrid, Tecnos, 1984.
- , *Sobre la certidumbre*, Caracas, Tiempo Nuevo.
- , *Tractus logico-philosophicus*, Madrid, Alianza Universidad, 1973.
- , "Investigaciones filosóficas", *Cuadernos de Crítica*, México, 1988.
- WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979.
- , "Deontic Logic", *Mind*, 1951.
- , *Lógica deóntica*, trad. de Jesús Rodríguez Marín, Valencia, 1979, Cuadernos Teorema.
- WROBLEWSKI, Jerzy, "Sistemas of Norms and Legal Systems", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo de 1972.
- ZADEH, *Fuzzy Sets and Systems*, North-Holland, Publishing, Company, 1965.

ENRIQUE CÁCERES

Doctor en derecho por la Universidad Complutense; diplomado en Sistemas expertos y redes neuronales por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM); maestro en psicoterapia ericksoniana por el Centro Ericksoniano de México.

Ha realizado estancias posdoctorales de investigación en el extranjero, en las siguientes instituciones: en el IRETIJ de la Universidad de Montpellier, Francia; en el Centro Interdipartamentale di Ricerca in Filosofia del Diritto e Informatica Giuridica "Hans Kelsen", en la Università degli Studi di Bologna, Italia; en el Seminario "Frege" sobre Inteligencia Artificial y Derecho en la Universidad de Edimburgo.

Ganador del Premio a la Investigación Jurídica "Ignacio Manuel Altamirano" en 2002, y de la Cátedra "Alfonso Reyes" 2003, de la Universidad de la Sorbona de París.

Corresponsable del Proyecto PAPIT "Factores psicológicos del incumplimiento jurídico del mexicano" realizado conjuntamente con la Facultad de Psicología de la UNAM; responsable del proyecto de investigación del Conacyt "Sistemas expertos para la ayuda a la decisión judicial".

E

n este trabajo se sostiene que la emergencia del constructivismo epistemológico constituye el inicio del tercer estadio en la evolución epistemológica (luego de las epistemologías especulativa y empirista) cuya consecuencia más directa será una profunda revisión de algunos de nuestros conceptos epistemológicos centrales, como son: realidad, objetividad, verdad, etcétera.

Además de este planteamiento epistemológico, en el trabajo se exploran las consecuencias del constructivismo a nivel de una reflexión metateórica sobre la teoría general del derecho. La pregunta central es el papel cognoscitivo que cumplen dichas teorías, generalmente consideradas como meras teorías conceptuales. Para tales efectos esta obra aborda el problema central de la determinación de una teoría como correcta, si se rechaza el supuesto según el cual la teoría constituye un modelo de una realidad objetiva ajena a ella.

Se asume que las teorías generales del derecho más que constituir meras descripciones a través de las cuales simplemente “se pinta el mundo”, tienen un carácter constitutivo, ya que determinan diversas formas de pensar el fenómeno jurídico sin que haya ninguna entidad externa y ajena a dichos modelos a la que se haga referencia.



www.juridicas.unam.mx

