

Entre el hombre araña y las arañas. Sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas

Between Spider-Man and Spiders. On the ontological status of legal norms

María Beatriz Arriagada*

Recepción: 27/03/2024

Evaluación: 28/03/2024

Aceptación final: 28/03/2024

Resumen: El trabajo analiza críticamente el trabajo titulado “Las normas de comportamiento como artefactos deónticos” de Juan Pablo Mañalich y su objetivo principal es mostrar que la conclusión que Mañalich pretende obtener –que las concepciones expresiva e hilética no son conjuntamente exhaustiva–: (i) no puede obtenerse sin antes (i.a) explicitar claramente cuál es la relación que se asume que se verifica entre lo existente y los conceptos que usamos para clasificar lo existente, y (i.b) adoptar una posición explícita frente al dilema que subyace a todo el debate sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas; (ii) ya ha sido –sino completamente demostrada, al menos– argumentada, y (iii) es argumentable por vías no consideradas en el trabajo de Mañalich. El trabajo concluye, al pasar todo esto por alto, Mañalich no consigue conectar adecuadamente la *pars destruens* y la *pars construens* en las que se divide su trabajo.

Palabras clave: concepciones de las normas jurídicas; existencia de las normas jurídicas.

* Doctora en derecho, Universidad de Chile. Profesora e investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correo electrónico: mbeatriz.arriagada@gmail.com. ORCID: 0000-0002-0809-4510; <https://udp.academia.edu/Mar%C3%ADaBeatrizArriagada>. Agradezco las observaciones de Daniel González Lagier, Carla Iuspa, Loreto Navarro, Consuelo Reyes y Jorge Luis Rodríguez a un borrador de este trabajo.

Abstract: The work critically analyzes the paper titled “Conduct Norms as Deontic Artifacts” by Juan Pablo Mañalich, with its main objective being to show that Mañalich’s intended conclusion –that the expressive and hyletic conceptions are not jointly exhaustive–: (i) cannot be reached without first (i.a) clearly specifying the assumed relationship between the existing and the concepts we use to classify the existing, and (i.b) taking an explicit stance on the dilemma underlying the entire debate on the ontological status of legal norms; (ii) has already been –at least partially if not completely –argued for, and (iii) is arguable through avenues not considered in Mañalich’s work. The paper concludes that by overlooking all of this, Mañalich fails to adequately connect the *pars destruens* and the *pars construens*, which constitute his work.

Keywords: conceptions of legal norms; existence of legal norm.

1. Introducción

El interesante trabajo de Juan Pablo Mañalich (2024) se propone ofrecer una categorización de las normas de comportamiento punitivamente reforzadas como reglas regulativas definidas por la función directiva que les es atribuible, pero que no quede comprometida con la identificación imperativista de las normas con órdenes emitidas por un hablante. En último término, su objetivo es contribuir a que la teoría de las normas pueda funcionar como un puente entre la dogmática jurídico-penal y la teoría general del derecho.

De acuerdo con Mañalich, si observamos la manera en la que, al menos en el campo de la filosofía jurídica de las últimas décadas, se ha discutido acerca del problema de la ontología de las normas, al parecer tendríamos que concluir que nos encontramos ante una disyuntiva. Esta discusión habría tendido a girar, en lo fundamental, en torno al contraste de las dos concepciones de las normas (*qua* reglas regulativas) que Alchourrón y Bulygin (1979) denominaron “concepción expresiva” y “concepción hilética”. Como el imperativismo constituiría la versión históricamente paradigmática de la concepción expresiva, la única alternativa aparentemente disponible para desacoplar la elaboración de una teoría de las normas del derecho penal de su trayectoria imperativista consistiría en abrazar la concepción hilética.

Reconociendo que es discutible -y discutido- que, como afirmaran Alchourrón y Bulygin (1979), las dos concepciones por ellos contrastadas sean mutuamente excluyentes, a Mañalich le interesa mostrar que, contra lo sugerido por Caracciolo (1997, p. 162), ellas no son conjuntamente exhaustivas. Con este propósito, su trabajo se divide en dos partes. La *pars destruens* tiene por objetivo explicitar las deficiencias que afectarían diferenciadamente a la concepción expresiva y a la concepción hilética. Sobre la base de lo anterior, la *pars construens* procura dar cuenta de las ventajas comparativas que, frente a cada una de aquellas concepciones, exhibiría la concepción artefactualista que, al parecer de Mañalich, estaría en mejores condiciones para servir como punto de partida en la elaboración de una teoría de las normas para los sistemas de derecho penal, purgada de todo resabio imperativista.

El trabajo de Juan Pablo Mañalich es una contribución sugerente a la teoría de las normas jurídicas, sobre todo porque exhibe los problemas que subsisten sobre su estatus ontológico y abre nuevas puertas a la discusión. No obstante, y cumpliendo con las normas consuetudinarias de nuestras filas, mi admiración por el autor y su trabajo debe expresarse haciendo un análisis crítico del segundo.

El objeto específico sobre el que recaerá este análisis es la conexión que pretendidamente se verifica entre la *pars destruens* y la *pars construens* del trabajo Mañalich. En la primera sección se argumenta la necesidad de introducir algunas aclaraciones respecto de la relación que se asume que se verifica entre lo conceptual y lo ontológico, así como la crucial importancia que tiene adoptar una posición explícita frente al dilema que subyace a todo el debate sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas. Lo que allí expongo servirá también como marco general a mis propios argumentos.

En la segunda sección propongo ampliar los términos en los cuales Mañalich plantea el debate que -sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas- ha tenido lugar a propósito de las concepciones expresiva e hilética. Esta propuesta delimita un marco más específico para los argumentos que voy a desarrollar.

Teniendo en cuenta que el objetivo principal del trabajo de Mañalich es exhibir que las concepciones expresiva e hilética no son conjuntamente exhaustivas, en la secciones que siguen argumento que Mañalich pasa, injustificadamente, por alto que ha habido interesantes propuestas de cla-

rificar el estatus ontológico de las normas jurídicas que precisamente han pretendido mostrar, o sin pretenderlo, han mostrado, o podrían interpretarse como mostrando que las concepciones expresiva e hilética no son conjuntamente exhaustivas.

Con este objetivo, en la tercera sección examino la propuesta de una concepción pretendidamente intermedia que combinaría elementos tenidos en cuenta por las concepciones expresiva e hilética y, en ese contexto, argumento que ella puede ser reinterpretada de modo tal que sugiera una razón para negar que las concepciones expresiva e hilética son –no mutuamente excluyentes, sino– conjuntamente exhaustivas. La cuarta sección está dedicada a propuestas que deliberadamente se dirigen a exhibir que las concepciones expresiva e hilética no son conjuntamente exhaustivas. En la quinta sección llamo la atención sobre un caso difícil de clasificar con el objetivo de ilustrar la complejidad del debate que ha tenido lugar a propósito de las concepciones expresiva e hilética.

En resumen, y anticipando desde ya mi acuerdo con la conclusión que Mañalich pretende obtener –que las concepciones expresiva e hilética no son conjuntamente exhaustivas–, mi opinión es que dicha conclusión: (i) no puede obtenerse sin antes (i.a) explicitar claramente cuál es la relación que se asume que se verifica entre lo existente y los conceptos que usamos para clasificar lo existente, y (i.b) adoptar una posición explícita frente al dilema que subyace a todo el debate sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas; (ii) ya ha sido –sino completamente demostrada, al menos– argumentada, y (iii) es argumentable por vías no consideradas en el trabajo de Mañalich. Mi conclusión será entonces que, al pasar todo esto por alto, Mañalich no consigue conectar adecuadamente la *pars destruens* y la *pars construens* en las que se divide su trabajo.

En la sexta y última sección vuelvo sobre el dilema presentado en la primera sección con el objeto de añadir algunas consideraciones que permiten que la conclusión de este comentario se conecte adecuadamente con su punto de partida.

2. Sobre la relación entre lo conceptual y lo ontológico

De acuerdo con Mañalich, el foco de su argumento está puesto en el ‘estatus ontológico’ de las normas jurídicas regulativas. En este contexto, considera oportuno advertir que asumirá que hablar de normas jurídicas como entidades discretas (de alguna índole) no entraña confusión filosófica alguna. Al respecto afirma que decir que algo es una entidad es, trivialmente, tratarlo como algo existente, y a continuación, aclara que, siguiendo la recomendación de Thomasson (1999, 2003 y 2015), la pregunta (‘formal’) de si lo designado por un término general –como el término ‘norma’– *existe* puede ser reformulada como la pregunta de si se ven satisfechas las condiciones de aplicación efectivamente asociadas con ese término.

De acuerdo con Thomasson (2015, pp. 89-91), las condiciones de aplicación efectivamente asociadas con un término no son otra cosa que ciertas reglas básicas de uso que dominamos a medida que adquirimos el lenguaje y que se encuentran entre las que constituyen el significado del término. El dominio de estas reglas semánticas de uso permitiría a hablantes competentes calificar situaciones reales e hipotéticas como situaciones a las que el término se refiere y como situaciones a las que el término no se refiere. Si las condiciones reales de aplicación se cumplen en una circunstancia, un hablante tendría derecho a decir que “hay un X” en esa circunstancia y le estaría permitido inferir que los X existen.

Si he entendido bien, dado que aquellas reglas semánticas no necesitan ser enunciables (Thomasson, 2015, pp. 91-93), el que estemos autorizados a inferir que lo designado por un término X existe dependería de que haya situaciones que los hablantes que dominan las reglas semánticas de uso de aquel término estén de acuerdo en reconocer como instancias de aplicación del mismo. En otras palabras, que estemos autorizados a inferir que las normas jurídicas existen depende de que los hablantes competentes –en este caso, los operadores jurídicos¹– efectivamente usen el término ‘norma jurídica’ para referirse a unas mismas situaciones.

¹ Esta expresión incluye a los miembros de lo que Tarello (1977/2002, pp. 229-230) denomina ‘cultura jurídica interna’, esto es, la cultura de los técnicos o especialistas del derecho (jueces, funcionarios administrativos con profesionalidad jurídica, abogados, notarios y

Mañalich parece entender que determinar el estatus ontológico de las normas jurídicas equivale a determinar cuáles son las condiciones de aplicación efectivamente asociadas al término ‘norma jurídica’, es decir, las condiciones que efectivamente tienen que verificarse para poder inferir que las normas jurídicas existen. Desde esta perspectiva, determinar el estatus ontológico de las normas jurídicas no sería otra cosa que determinar el concepto de norma jurídica constituido por las reglas semánticas efectivamente usadas por los hablantes. Pero lo cierto es que Mañalich no es explícito ni claro respecto de cuál es, a su parecer, la relación que se verifica entre lo conceptual y lo ontológico cuando hablamos de normas jurídicas.

Así, por ejemplo, en el resumen de su artículo, afirma que aquél presenta una conceptualización de las normas de comportamiento punitivamente reforzadas a *partir de una clarificación de su estatus ontológico*. Una interpretación correcta de esta afirmación dependerá de cuál sea la relación que Mañalich presupone que se verifica entre el concepto de norma jurídica y su estatus ontológico.

Si esta relación es de identidad, lo que Mañalich quiere decir también podría expresarse afirmando que su artículo presenta una clarificación del estatus ontológico de las normas de comportamiento punitivamente reforzadas a *partir de su conceptualización*. Si, en cambio, a juicio de Mañalich, lo ontológico depende (en algún sentido) de lo conceptual –como cuando decimos, por ejemplo, que los conceptos constituyen la realidad–, la primera afirmación no expresaría correctamente lo que quiere decir, pero sí la segunda.

Mañalich debiera entonces explicitar claramente cuál es la relación que, en su opinión, se verifica entre el concepto de norma jurídica y su estatus ontológico. Y pienso que para hacer esto es, en primer lugar, necesario explicitar que no hay un solo modo de hablar de existencia.²

profesores de las facultades de leyes), entre quienes existe, pese a las profundas divisiones ideológicas, un muy alto grado de acuerdo sobre lo que es el derecho positivo. Pero incluyo también a los legisladores. Véase Arriagada (2022a, p. 402). La extensión con la que uso la noción de ‘operadores jurídicos’ incluye a abogados, jueces, legisladores y juristas. En el mismo sentido, véase Rodríguez (2021, p. 651).

² Agradezco a Daniel González Lagier –un auténtico destructor de ‘lanza telarañas’–, las iluminadoras sugerencias que, en varias de nuestras conversaciones, me ayudaron a pensar

Pensemos, por ejemplo, en cuando hablamos de *Spider-Man* (o 'el hombre araña'). Entre hablantes competentes que dominamos las reglas semánticas de uso de la expresión 'hombre araña' puede existir acuerdo respecto de cuáles son sus instancias de aplicación, puesto que efectivamente usamos esa misma expresión para referirnos a las mismas situaciones. Sin embargo, al mismo tiempo, estamos dispuestos a asegurar que el hombre araña no existe.

Pienso que cuando aseguramos que el hombre araña no existe estamos usando 'existencia' en un sentido diferente y más exigente que el que usaríamos si afirmásemos que el hombre araña existe en virtud de que quienes dominamos las reglas semánticas de uso de la expresión 'hombre araña' utilizamos esa misma expresión para referirnos a unas mismas situaciones. Lo que, por supuesto, estoy sugiriendo es que las normas jurídicas no son como el hombre araña. Pero a ello habría que agregar que tampoco son como las arañas.

Lo que quiero subrayar es que hablamos de existencia en modos o sentidos diferentes³ que dependen, gradualmente, de cuán estrecha es la relación que se verifica entre lo ontológico y lo conceptual. Las relaciones que pueden darse entre 'lo existente' y los conceptos mediante los cuales clasificamos lo existente pueden verse como un continuo, en uno de cuyos extremos se sitúan entidades empíricas –como las arañas– que subsumimos bajo clases naturales, mientras en el otro extremo se ubican entidades abstractas –como el hombre araña– que incluimos bajo clases puramente convencionales. A medida que nos alejamos de las entidades subsumibles bajo clases naturales –como las arañas–, la dependencia respecto de nuestros conceptos aumenta gradualmente hasta llegar al extremo de las entidades –como el hombre araña– cuya existencia –si alguna– es por así decirlo, puramente conceptual.⁴

y elaborar este punto y, en más de una ocasión, a aclarar mis propias ideas.

³ Para una clasificación de diferentes sentidos de existencia, véase Parfit (2011).

⁴ Introduzco algunas aclaraciones: (i) Asumo el realismo metafísico o la tesis de la objetividad ontológica, entendida como la presuposición -no verificable- de que hay un mundo externo, independiente de quienes lo observamos. En términos searlianos, asumo que el mundo o la naturaleza tiene rasgos intrínsecos, en el sentido de que existen con independencia de nosotros. Véase Searle (1995/1997, pp. 28-32). (ii) Rechazo la tesis del realismo

Ahora bien, dado que, según Mañalich, tratar algo como algo existente equivale, trivialmente, a decir que es una entidad, la autorización para tratar a las normas jurídicas como existentes equivale a la autorización para decir que ellas son entidades. Podría pensarse que esto no nos dice todavía nada acerca de su estatus ontológico, puesto que hablar de normas como entidades discretas y, por tanto, como existentes, sería un paso previo a la determinación de dicho estatus. La cuestión es, sin embargo, menos simple.

epistemológico o de la objetividad epistemológica, entendida como aquella según la cual tenemos acceso directo, inmediato y fiable a estos rasgos intrínsecos del mundo (véase Comanducci (2010, pp. 176-179) y González Lagier (2000/2022, pp. 23-24)) y en consecuencia, (iii) Comparto que es necesario desambiguar la palabra 'hecho', distinguiendo al menos: (a) los acontecimientos empíricos que son ontológicamente objetivos por estar desprovistos de subjetividades e interpretaciones y a los que, por lo mismo, no tenemos acceso directo, inmediato y fiable; y (b) los hechos interpretados, esto es, las descripciones o interpretaciones que hacemos de los datos o impresiones que los acontecimientos empíricos causan en nuestros sentidos clasificándolos como un caso de alguna clase genérica de hechos. La percepción y la interpretación no son procesos independientes porque nuestra red de conceptos dirige de alguna manera nuestras percepciones y actúa como un criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos. Los hechos interpretados son ontológicamente subjetivos, en el sentido de que la capacidad sensorial es y la interpretación puede ser relativa a un individuo, pero son ontológicamente intersubjetivos en el sentido de que tanto nuestras capacidades y limitaciones de percepción como nuestras interpretaciones (dentro de una misma cultura e incluso entre culturas distintas) son suficientemente compartidas. Véase González Lagier (2000/2022, pp. 24-26, 34-35); González Lagier (2007). (iv) Los hechos que Searle (2010/2017, p.18) llama básicos porque entendemos que forman parte de la estructura del universo, pero son entregados por la física, la química, la biología evolutiva y las demás ciencias naturales son siempre hechos interpretados. (v) Entendiendo la relevancia que los conceptos clasificatorios tienen en la interpretación, y asumiendo que la realidad externa tiene una estructura a la que, sin embargo, no tenemos acceso, pueden distinguirse las clases naturales de las clases convencionales. Mientras la realidad impondría ciertos contenidos y límites (condiciones materiales de adecuación) a los conceptos que son clases naturales, a medida que nos alejamos del extremo de las clases naturales y nos encontramos con conceptos que dependen cada vez más de nuestras interpretaciones y convenciones, la realidad impondría gradualmente menos contenidos y límites. Las condiciones materiales de adecuación de estos conceptos estarían cada vez más determinadas por los objetivos que perseguimos (González Lagier, 2007). Aquí González Lagier sigue a Putnam (1973/2015); (vi) Un mismo hecho puede ser interpretado desde distintas perspectivas de diferentes niveles, pero ello impide que, con miras de explicar adecuadamente ciertos fenómenos, se opte por asumir que alguna de las interpretaciones posibles de un mismo hecho da lugar a la existencia de una entidad diferente de los hechos que han sido así interpretados.

Para aproximarnos a la relación que Mañalich asume que se verifica entre el concepto de norma jurídica y su estatus ontológico, en segundo lugar, es necesario advertir lo siguiente: cuando él afirma que, a partir de la observación del discurso de los hablantes competentes es posible inferir que las normas jurídicas existen o, lo que es lo mismo, que ellas son entidades, está ya presuponiendo un modo o sentido de existencia, así como el tipo de entidad que una norma jurídica es, si empleamos la terminología que típicamente es usada cuando la filosofía jurídica que Mañalich analiza críticamente⁵ discute sobre la ontología de las normas jurídicas.

Mañalich argumenta que, precisamente porque la aceptación o el rechazo del marco lingüístico al interior del cual sería posible plantear la pregunta por la verdad o la falsedad de alguna oración existencial que contenga el término en cuestión debería ser tratada como una cuestión práctica, el problema de si las normas son entidades pasaría a ser el de si hablar de las normas jurídicas como entidades discretas sirve algún propósito que vuelva conveniente, y así admisible, esa jerga.

En términos de la filosofía jurídica que Mañalich analiza críticamente, lo realmente relevante no es si sirve a algún propósito hablar de normas jurídicas como entidades, sino si sirve a algún propósito hablar de normas como entidades de determinado tipo y que existen de determinado modo. Como se recordará en la segunda sección de este trabajo, los términos en los que se plantea buena parte del debate sobre la ontología de las normas jurídicas están determinados por la disyuntiva inicial según la cual aquellas normas o bien son entidades ideales o abstractas, como el hombre araña, o bien son entidades empíricas o concretas, como las arañas.

Aunque el punto de partida del análisis de Mañalich es precisamente la filosofía jurídica que usa esta terminología, él decide modificarla, pero no explicita claramente las razones de este cambio. Cuando Mañalich afirma que tratar algo como algo existente equivale, trivialmente, a decir que es una entidad y sugiere la conveniencia de tratar así a las normas jurídicas está ya asumiendo que ellas no son entidades empíricas en el sentido en que esta expresión es usada en las discusiones que él analiza. Para Mañalich

⁵ Los autores que Mañalich analiza y critica en su trabajo son exponentes de la filosofía jurídica de tradición analítica y positivista.

decir que una norma existente es una entidad empírica es una contradicción en los términos porque tratar a las normas como existentes, es decir, como entidades, implica asumir que ellas no se identifican con (ni son reducibles a) hechos empíricos.

Lo que Mañalich asume –en mi opinión, correctamente– pero no explícita, es que, desde la perspectiva de la utilidad explicativa que *debiera* tener una teoría de las normas jurídicas que se propone poner de manifiesto lo que está implícito en los discursos de quienes son los hablantes competentes (los operadores jurídicos), las normas jurídicas no pueden ser consideradas análogas a: (i) el hombre araña porque, a diferencia de este, las normas jurídicas deben considerarse existentes, ni (ii) a las arañas porque la capacidad explicativa de la teoría disminuiría mucho si las normas fueran reducidas a hechos empíricos o naturales (*i. e.* comportamientos o estados mentales). Cosa diferente es que esta reducción pueda ser perfectamente plausible cuando, con propósitos diferentes, usemos otro sentido de existencia.

Con independencia de la terminología empleada, y directamente vinculado con las relaciones que pueden verificarse entre lo ontológico y lo conceptual, es crucialmente importante no pasar por alto que a todo el debate sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas subyace el siguiente dilema: tratar a las normas jurídicas como entidades cuya existencia se independiza de la existencia de los hechos empíricos a partir de los cuales, en algún sentido, ellas emergen o se constituyen como sus productos o resultados y, al mismo tiempo, como perspectivas, puntos de vista o esquemas conceptuales que sirven para interpretar ciertos hechos empíricos, o bien tratarlas como meras perspectivas, puntos de vista o esquemas conceptuales que sirven para (y desde los cuales es posible) interpretar ciertos hechos empíricos.

Pasar esto por alto es tergiversar el debate, y Mañalich hace precisamente esto cuando, prescindiendo, implícita e injustificadamente, del segundo cuerno del dilema asume que dicho dilema puede traducirse, sin ulteriores aclaraciones, en los siguientes términos: las normas jurídicas existen o las normas jurídicas no existen.

3. Los términos del debate sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas

El debate –sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas– que se ha producido a partir de las concepciones expresiva e hilética configuradas por Alchourrón y Bulygin (1979) abarca un segmento del continuo que media entre las arañas y el hombre araña. Cuán amplio es ese segmento es algo que merece ser discutido y aquí reside mi principal diferencia con Mañalich.

Alchourrón y Bulygin (1979, pp. 9-35) se proponen analizar el problema de la existencia de las normas jurídicas, entendido como el problema acerca de qué circunstancias deben darse para que sea verdad que existe una norma de tal o cual contenido. Según estos autores, para analizar este problema, e incluso si se limita la atención a las que ellos llaman ‘normas de conducta’, sería necesario distinguir diferentes conceptos de norma (normas-comunicaciones, normas-prescripciones y normas-sentidos) para posteriormente indagar en sus, claramente diferentes, condiciones de existencia.

Cuando corresponde analizar las condiciones de existencia de las normas-sentido, Alchourrón y Bulygin (1979, pp. 37-41) advierten que la noción misma de norma sentido, caracterizada en estrecha analogía con la de proposición, es altamente problemática. Las concepciones expresiva e hilética son entonces presentadas como dos respuestas alternativas al problema de si lo específicamente normativo de las ‘proposiciones con sentido normativo’ aparece solamente en el nivel pragmático o se da ya en el nivel semántico.

Una cuestión diferente es que algunos de quienes discuten en torno a estas dos concepciones asuman que, para la concepción expresiva, las normas son entidades empíricas o concretas y que, para la concepción hilética, las normas son entidades abstractas o ideales. Si bien el modo en que Alchourrón y Bulygin caracterizan la concepción hilética permite concluir que, según esa concepción, las normas son entidades ideales o abstractas, no puede concluirse que, de acuerdo con la concepción expresiva, tal como Alchourrón y Bulygin la caracterizan, las normas sean necesariamente entidades empíricas o concretas.⁶

⁶ Cuando menos habría que tener en consideración que, si bien es cierto que hay al menos un pasaje en el cual Alchourrón y Bulygin (1981/1991, pp. 129, 122-124) dan a entender

Lo que me interesa subrayar es que, sobre todo desde Caracciolo en adelante, el debate sobre el llamado ‘estatus ontológico’ de las normas jurídicas puede ser entendido como un debate acerca de si ellas son entidades empíricas (como propondrían algunas interpretaciones de la concepción expresiva), si ellas son entidades abstractas (como propondría la concepción hilética), o si para clarificar su estatus ontológico es preciso valerse de alguna combinación de los elementos tenidos en cuenta por las concepcio-

que, según la concepción expresiva, las normas son actos lingüísticos prescriptivos, en otros pasajes afirman que, según esta concepción, las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje y que este no contribuiría al significado o contenido conceptual de las palabras usadas. Por esta razón, se ha subrayado que la caracterización de la concepción expresiva estaría afectada por una ambigüedad ‘proceso-producto’. Véase Rodríguez (2021, p. 73, nota 74). En contraste con Alchourrón y Bulygin, Rodríguez –según quien, la concepción expresiva identifica a las normas con el resultado de ciertos actos lingüísticos prescriptivos– sostiene que la diferencia entre las concepciones pragmática (expresiva) y semántica (hilética) no consistiría en que de acuerdo con la segunda las normas son significados y de acuerdo con la primera no, sino en que, de acuerdo con la segunda, las normas podrían ser clasificadas satisfactoriamente en el plano semántico sin considerar factores pragmáticos, mientras que, de acuerdo con la primera, solo la diferente actitud proposicional del hablante, concebida como parte del significado, permitiría diferenciar a las normas de otras entidades lingüísticas. Véase Rodríguez (2021, pp. 95-96). Esto podría interpretarse al menos: (i) como una confirmación de que, según la concepción expresiva, las normas se identifican con entidades empíricas, si tenemos en cuenta que, conforme a teoría de los actos de habla, estos son realizables mediante *oraciones* significativas en contextos apropiados. Véase Searle (1969/2007, pp. 27-28); y (ii) como la propuesta de una concepción intermedia que combina elementos de las concepciones expresiva e hilética, o como una concepción expresiva matizada. González Lagier, a su turno, y en el contexto de una crítica al carácter tajante de la distinción entre las concepciones expresiva e hilética, afirma que no debería decirse que para la concepción expresiva las normas no tienen significado y que una concepción adecuada de las normas debería dar cuenta de ciertas características (como su permanencia o la necesidad de su interpretación) que requieren de un grado de abstracción que se consigue considerando a las normas, en ocasiones, como significados (González Lagier, 1995, p. 353). Guastini, por su parte, sostiene que la concepción expresiva –entendida como una que identifica las normas con el resultado de un uso prescriptivo del lenguaje– es una concepción incompleta puesto que no dice en qué consistiría ese resultado, como consecuencia de lo cual podría combinarse, con algunos ajustes, con la concepción hilética (Guastini, 2013a/2014a). Otros, en cambio, se inclinan por pensar que, de acuerdo con la concepción expresiva, las normas no son significados, ni los resultados ni los medios de realización de ciertos actos que consisten en un uso imperativo o prescriptivo del lenguaje, sino precisamente dichos actos y, por tanto, cierto tipo de hechos. Véase Bayón (1991, p. 260); Caracciolo (1997, p. 166, nota 15); Redondo (1998, p. 176) y Dei Vecchi (2019, p. 201).

nes expresiva e hilética. Me parece que así lo entiende Mañalich,⁷ aunque no utilice la misma terminología, y me parece que delimitar así el debate es un error que le conduce a atribuir a su propia propuesta más originalidad de la que realmente tiene.

Según Caracciolo (1997), cualquier concepto de norma involucra un compromiso con una de dos tesis ontológicas exhaustivas y excluyentes acerca del tipo de entidad que son las normas, sus modos posibles de existencia y las condiciones de las que dicha existencia depende: o bien las normas son entidades ideales o abstractas cuya existencia ideal no depende de la ocurrencia de ningún hecho, o bien son entidades empíricas o concretas cuya existencia temporal y espacial depende de la ocurrencia de ciertos hechos.⁸

Pese a ello, los teóricos jurídicos estarían dispuestos a mantener simultáneamente dos tesis sobre la existencia de las normas que son ontológicamente incompatibles: (i) una condición necesaria de la existencia de una norma es su pertenencia a un determinado sistema normativo (entendido este como un conjunto que se determina por relaciones entre sus componentes) y (ii) la existencia de una norma es una cuestión de hecho que depende de la ocurrencia de determinados sucesos (promulgación, aceptación, etc.). La tesis (i) presupondría que las normas son entidades abstractas y este concepto de norma, propio de la concepción ‘hilética’, sería incompatible con la tesis (ii). La tesis (ii) presupondría que las normas son entidades empíricas y este concepto de norma, propio de la concepción ‘expresiva’, sería incompatible con la tesis (i).⁹

Las preguntas relevantes en torno a la ontología de las normas serían entonces ¿qué tipo de entidad es una norma?, ¿de qué modo existe una norma? y ¿ante cuáles condiciones podemos afirmar que una norma existe?

⁷ Recuérdese que, aunque Mañalich reconstruye el debate en términos de una disyuntiva entre la concepción expresiva e hilética, reconoce que es discutible que ellas sean mutuamente excluyentes. Por lo mismo, le interesa enfatizar que se trata de concepciones que no son conjuntamente exhaustivas.

⁸ Véase Caracciolo (1997, pp. 159-162).

⁹ La concepción expresiva tendría que dar cuenta de la noción de ‘sistema’ como un conjunto de proposiciones utilizadas en los actos de ordenar. Por tanto, no se podría hablar de sistema *normativo*. Véase Caracciolo (1997, pp. 165-170).

(Caracciolo, 1997, p. 159). Y desde la perspectiva de Caracciolo, los problemas relativos al tipo de entidad que es una norma y su modo de existencia no serían distintos o al menos no podrían independizarse del problema relativo a sus condiciones de existencia.

En contraste, y con el objetivo de evitar que las normas jurídicas sean reducidas o bien a normas morales o bien a hechos empíricos, la estrategia desplegada por buena parte del positivismo jurídico ha sido precisamente la de distinguir e independizar, al menos parcialmente, el problema relativo al tipo de entidad que son las normas del problema relativo a sus condiciones de existencia. Simplificando al máximo, las normas jurídicas son consideradas entidades ideales o abstractas de algún tipo (sentidos, contenidos significativos) cuya existencia es dependiente de hechos empíricos.¹⁰

Bajo esta tesis genérica pueden, sin embargo, incluirse propuestas muy diferentes sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas, todas las cuales procuran desafiar la dicotomía de lo abstracto y lo concreto. Como Mañalich se mueve en esta misma dirección, pienso que no debiera hacerlo sin tener en cuenta todo lo que está implicado en las discusiones que han tenido lugar a partir de las concepciones expresiva e hilética. Ciertamente, estas concepciones no son el único punto de partida posible para formular una propuesta como la de Mañalich, pero es el que él ha elegido.

Es evidente que aquí no podría exponer, ni siquiera resumidamente, todo lo que está implicado en aquellas discusiones. Lo que, a cambio, me propongo hacer es señalar justificadamente algunos de los aspectos que, en mi opinión, no debieran soslayarse para que el punto de partida escogido esté bien fundado y sobre todo bien conectado con lo que Mañalich propone como una mejor alternativa.

¹⁰ En lo que sigue examinaré varias propuestas, dejando de lado a Hart por considerarlo menos claro en cuanto, desde su perspectiva, las *condiciones de existencia* de las reglas (la conducta regular y uniforme y la actitud crítica reflexiva de los miembros del grupo) son también consideradas *aspectos* de las reglas (aspecto externo y aspecto interno), entendidas como pautas de conducta aplicables a casos particulares. Véase Hart (1961/2009).

4. ¿Concepciones intermedias?

Como hemos visto, Mañalich reconoce que es discutible y discutido que las concepciones expresiva e hilética sean mutuamente excluyentes. La discusión es deliberadamente dejada de lado porque lo que le interesa es enfatizar que estas concepciones no son conjuntamente exhaustivas. En lo que sigue me propongo ilustrar por qué esta decisión es inconveniente.

En el marco de los esfuerzos por superar la dicotomía de lo concreto y de lo abstracto, la conclusión de que las normas jurídicas son entidades ideales cuya existencia depende de condiciones empíricas podría obtenerse por la vía de proponer una concepción intermedia que considere elementos tenidos en cuenta por las concepciones expresiva e hilética. Proponer una concepción intermedia constituye, sin embargo, un paso ulterior al de negar que estas dos concepciones sean necesariamente excluyentes.

De acuerdo con Bayón (1991, p. 260), la concepción expresiva –entendida como una que concibe las normas como un tipo específico de acto de habla– es, al mismo tiempo e indisolublemente– una teoría acerca de la generación de las normas. Por tanto, en el marco de esta concepción, no sería concebible la separación de uno y otro plano. Más claramente, la sugerencia de Bayón es la siguiente: una vez que concebimos a las normas como un tipo de acto de habla, tenemos ya una teoría acerca de su generación.

Hago esta aclaración porque, dado que, según Bayón (1991, pp. 259-260) la concepción hilética –que identifica las normas con contenidos significativos de ciertas construcciones lingüísticas– es solamente un punto de vista acerca de las normas como entidades lingüísticas ideales, un partidario de esta concepción podría complementarla suscribiendo la teoría de la generación de las normas que es propia de la concepción expresiva. Por esta razón, aunque las concepciones expresiva e hilética se nos presentarían como dos diferentes ontologías de las normas, habría un terreno en el que ambas pueden coincidir, aunque no de modo necesario. Las concepciones expresiva e hilética no serían entonces necesariamente excluyentes.

Una vez que se acepta que estas concepciones no son necesariamente excluyentes, se abre la puerta para argumentar que la clarificación del estatus ontológico de las normas jurídicas demanda una concepción intermedia que combine elementos tenidos en cuenta por las concepciones

expresiva e hilética.¹¹ La propuesta de Guastini –apenas mencionada en el trabajo de Mañalich– parece ser un muy buen ejemplo.

No obstante, a diferencia de Bayón, Guastini (2013a/2014a, pp. 293-295). cree que tanto la concepción expresiva como la concepción hilética son incompletas, de modo que ambas necesitan ser complementadas. A su parecer, el llamado ‘problema ontológico’ de las normas es el nombre de *dos* problemas distintos y parcialmente independientes: ¿qué tipo de entidad es una norma? y ¿ante qué condiciones se puede decir que una norma existe?, y ninguna de las concepciones de las normas configuradas por Alchourrón y Bulygin responde satisfactoriamente a ambas preguntas. Adviértase que la pregunta relativa al modo o sentido en el que existen las normas jurídicas es omitida.¹²

De acuerdo con Guastini, (2013^a/2014, pp. 292) mientras la concepción hilética o semántica concibe a las normas como el significado o contenido de sentido de enunciados del discurso prescriptivo o normativo, la concepción expresiva o pragmática las concibe como el *producto* o *resultado* de actos lingüísticos de prescripción. En consecuencia, mientras la concepción semántica (hilética) tendría por objeto el producto del proceso de producción, pero nada diría sobre el proceso, la concepción pragmática (expresiva) tendría por objeto el proceso de producción de normas, pero nada diría sobre la naturaleza del producto (Guastini, 2013^a/2014, pp. 295 y 297).

Teniendo todo lo anterior en cuenta, su propuesta respecto de las normas jurídicas es la siguiente: (i) ellas son enunciados significantes, es decir, los significados de los enunciados que se usan para prescribir, y (ii) su existencia depende de hechos empíricos: actos lingüísticos de formulación

¹¹ Por ejemplo, según González Lagier, la distinción entre estas dos concepciones ha sido trazada de manera demasiado tajante y una adecuada teoría de las normas debiera reunir elementos de ambas. Véase González Lagier (1995, pp. 352-353). La concepción ‘no cognoscitiva o adscriptiva’ presentada por Jorge Rodríguez también podría ser entendida como una concepción intermedia que combina elementos tenidos en cuenta por las concepciones expresiva e hilética. Según el propio Rodríguez, ella incluiría la concepción expresiva entendida como una que identifica las normas con el resultado de actos de prescribir. Véase Rodríguez (2021, pp. 96-97, nota 191). Véase nota 6 de este trabajo.

¹² Al parecer, se confunde o no podría independizarse de la pregunta relativa a las condiciones de existencia de las normas jurídicas. Esto será importante para contrastar una posición como la aquí presentada con las que son revisadas en la sección 4.

y actos lingüísticos de interpretación/construcción (Guastini, 2013a/2014a, p. 302; 2013b/2014b, pp. 350-353). En tanto según Guastini, presentar al derecho como compuesto por productos del lenguaje, en última instancia, entidades lingüísticas (o, si se prefiere, conceptuales) no sería radicalmente alternativo de presentarlo como compuesto de entidades inmateriales (Guastini, 2013c/2014c, p. 388), su propuesta podría ser interpretada como una concepción intermedia entre las concepciones expresiva e hilética.

Para que esta interpretación sea plausible sería preciso pasar por alto que ella es inconsistente con una interpretación estricta de la tesis ontológicamente empirista que Guastini ha defendido, o bien interpretar esta tesis más laxamente.¹³ Pero aun dejando esto de lado, la plausibilidad de esta interpretación depende al menos de dos ajustes relevantes.

En primer lugar, y como ya hemos visto, la concepción expresiva debe ser considerada un punto de vista que no responde a la pregunta relativa al tipo de entidad que son las normas, sino únicamente la pregunta relativa a sus condiciones de existencia. Desde este punto de vista, la concepción expresiva afirmaría que las normas son el producto o resultado de ciertos actos lingüísticos situados en un espacio y en un tiempo, pero no diría en qué consiste semejante producto. De otro modo, no podría combinarse con la concepción hilética.

Es entonces importante que se tenga en cuenta que la ambigüedad 'proceso-producto' que afecta a la caracterización de la concepción expresiva ofrecida por Alchourrón y Bulygin ha favorecido que esta concepción pueda ser y haya sido configurada de diferentes modos.¹⁴

¹³ La tesis en cuestión afirma que el derecho no es un conjunto de entidades abstractas, sino conjunto de hechos, entre los cuales podrían distinguirse tres niveles: (i) el derecho como conjunto de textos normativos; (ii) el derecho como el conjunto de normas (significados normativos) que se extraen de los textos normativos mediante la interpretación; y (iii) el derecho como conjunto de normas vigentes, esto es efectivamente aplicadas (usadas para motivar las decisiones) en el pasado y previsiblemente aplicables en el futuro por los órganos aplicadores. Véase Guastini (2013b/2014b, pp. 346-355). De acuerdo con una interpretación estricta de esta tesis, los tres niveles conducen a formulaciones lingüísticas: en el primer nivel, formulaciones normativas y, en el segundo y tercer nivel, formulaciones que se consideran sinónimas de las del primer nivel. Véase Dei Vecchi (2019, pp. 236-237).

¹⁴ Véase *supra* nota 6.

Quienes, a diferencia de Guastini, asumen que la concepción expresiva identifica las normas con actos de habla y, por tanto, con hechos empíricos,¹⁵ podrían sostener que tomarse en serio la concepción expresiva implica rechazar de plano la posibilidad de una concepción intermedia. Pienso, además, que la tesis según la cual la concepción expresiva identifica las normas con hechos empíricos (*i. e.* ciertos actos lingüísticos) no debiera ser interpretada literalmente. Me parece que es más plausible pensar que, usando un determinado sentido de existencia, lo que esta tesis propone es que no hay (no existe) otra cosa que aquellos hechos empíricos.

En otras palabras, que no debiera hablarse de las normas como entidades que son productos o resultados que, en algún sentido, emergen o se constituyen a partir de los actos empíricos caracterizados por la concepción expresiva, y que hablar de normas no es en realidad otra cosa que hablar de una perspectiva desde la cual es posible interpretar ciertos hechos empíricos. En lugar de tener por existentes a unas nuevas entidades llamadas ‘normas’, desde este punto de vista, la concepción expresiva afirmaría únicamente que unos mismos hechos podrían ser interpretados desde perspectivas de distintos niveles, y que las denominadas ‘normas’ no serían otra cosa que una de esas perspectivas.¹⁶

Mañalich pasa por alto esta posible lectura de la concepción expresiva, así como la ambigüedad con la que Alchourrón y Bulygin caracterizan a esta concepción. El punto de partida de las críticas que Mañalich dirige contra la concepción expresiva es que, de acuerdo con Alchourrón y Bulygin, esta concepción identificaría las normas con el *resultado* de un uso prescriptivo del lenguaje, de modo que las normas serían *entidades lingüísticas*, y más precisamente: el resultado de actos de habla de índole imperativa, lo cual haría posible identificar las normas con ‘órdenes’ o ‘mandatos’. Sobre esta base, Mañalich despliega una impresionante bate-

¹⁵ Véase Bayón (1991, p. 260); Caracciolo (1997, p. 166, nota 15); Redondo (1998, p. 176) y Dei Vecchi (2019, p. 201).

¹⁶ Agradezco a Carla Iuspa su ayuda para identificar esta posible interpretación de la concepción expresiva en el contexto de las relaciones que pueden verificarse entre lo existente y los conceptos que usamos para clasificar lo existente. Espero que sea claro que la cuestión se conecta con el dilema que, en mi opinión, subyace a todo el debate sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas.

ría de argumentos relativos a las dificultades que esta concepción tendría para explicar el carácter permanente e impersonal de las normas, pero siempre entendidas estas como entidades cuya existencia se independiza de la existencia de los hechos que les dan origen. No obstante mi acuerdo con aquellos argumentos –es preciso insistir– que al asumir algo que es discutible y discutido, se tergiversa la complejidad del debate.

El segundo ajuste necesario para interpretar una propuesta como la de Guastini como una concepción intermedia es que la concepción hilética debe ser considerada un punto de vista acerca de las normas como contenidos significativos de ciertas construcciones lingüísticas, pero que de ningún modo implica que cualquier norma lingüísticamente posible sea una norma realmente existente (Bayón, 1991, p. 259). En sintonía con ello, cuando Mañalich critica la concepción hilética sugiere que, para evitar el platonismo semántico que Alchourrón y Bulygin habrían asumido al presentar esta concepción, no debe confundirse la afirmación de que una norma es una proposición con la afirmación de que la existencia de una norma es equivalente a la existencia de ‘un’ significado.

Lo que explica mi interés por subrayar la necesidad de realizar estos ajustes a las concepciones expresiva e hilética es que, si prescindimos de ellos, una propuesta como la de Guastini no solamente no podría mostrar que las concepciones expresiva e hilética no son mutuamente excluyentes, sino que nos daría una razón para sugerir que no son conjuntamente exhaustivas, que es justamente lo que a Mañalich le interesa.

Ello revela que el debate que es posible y plausible a partir de las concepciones expresiva e hilética es bastante más complejo de lo que Mañalich consigue exhibir, de modo que, para obtener la conclusión que pretende obtener, no parece razonable eludir esta complejidad.

5. La no exhaustividad de las concepciones expresiva e hilética

La conclusión de que las normas jurídicas son entidades ideales cuya existencia depende de hechos empíricos puede obtenerse por la vía de recuperar la pregunta relativa al modo o sentido en que las normas existen, y argumentar que las normas jurídicas existen de un modo o en un sentido

que es diferente del modo en que existen entidades abstractas como las normas morales y diferente del modo en que existen entidades empíricas como los comportamientos o estados mentales.

Esta estrategia argumentativa conduce a la conclusión de que: (i) las normas jurídicas son entidades que existen con independencia de los hechos empíricos a partir de los cuales, en algún sentido, ellas emergen o se constituyen como sus productos o resultados y, al mismo tiempo, como perspectivas, puntos de vista o esquemas conceptuales que sirven para interpretar ciertos hechos empíricos; y (ii) ni la concepción expresiva, ni la concepción hilética, ni una que intente combinar elementos de ambas concepciones son idóneas para clarificar el estatus ontológico de las normas jurídicas. En otras palabras, las concepciones expresiva e hilética no son conjuntamente exhaustivas.

Cristina Redondo (2013, pp. 172-177) sostiene que, para el positivismo jurídico normativista, las normas jurídicas son entidades abstractas, pero su existencia depende de ciertas acciones, creencias y/o actitudes humanas. En este contexto, subraya que las normas jurídicas no son normas ni en el sentido de la concepción hilética que asume que las normas existen con independencia de todo acto humano, ni en el sentido de la concepción expresiva que reduce las normas a hechos empíricos. Considerar al derecho como un conjunto de normas –que serían algo así como objetos pertenecientes a la realidad social de Searle– implicaría desafiar la tesis reduccionista de Caracciolo. El núcleo de su argumento reside en *el modo en que debiera ser entendida la existencia cuando se predica de normas jurídicas*. A juicio de Redondo, la existencia de las normas jurídicas es una propiedad que no es empírica, aunque sí relativa a un tiempo y lugar determinados y que no es absoluta, pero sí normativa.

El positivista normativista tendría entonces que afirmar que la distinción entre las concepciones hilética y expresivista de las normas no tiene carácter exhaustivo. Si esta distinción expresase una dicotomía que agotase el espacio lógico disponible respecto del *modo en el que las normas existen*, el positivismo normativista no sería lógicamente posible, es decir, sería incoherente (Redondo, 2013, p. 176).

Procurando refinar estas ideas, Redondo define las normas jurídicas como contenidos significativos (criterios semánticos de clasificación)

jurídicamente normativos, debidos o justificativos (a los que la práctica jurídica reconoce como razones formales a favor o en contra de ciertas acciones). En este contexto, aclara que la existencia de estas normas no es un hecho empírico, sino un hecho institucional que depende de (pero no es reducible a) actos empíricos de creación y prácticas empíricas de reconocimiento, interpretación, aplicación y obediencia (2018). Las normas jurídicas no son entonces, según Redondo, esos actos y prácticas, sino los criterios o razones que subyacen a ellas y las determinan normativamente, pero *su modo de existencia es subjetivo* en el sentido de totalmente dependiente de las creencias, comportamientos y actitudes de un grupo social (Redondo, 2018, capítulos I y II).

Destaco la propuesta de Redondo porque desafía directamente la tesis según la cual las concepciones expresiva e hilética caracterizadas por Alchourrón y Bulygin son conjuntamente exhaustivas, pero también porque es un ejemplo paradigmático del esfuerzo desplegado por el positivismo jurídico por dar respuesta a las preguntas ontológicas acerca de las normas jurídicas sin reducirlas ni a normas morales ni a hechos empíricos.

El punto que me interesa subrayar puede verse, casi tan claramente como en Redondo, en Kelsen,¹⁷ según quien una norma es el *sentido normativo* de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro o, lo que es lo mismo, el *sentido o significado* normativo de un acto de voluntad con el cual se ordena, se permite, se faculta o se deroga. Así concebidas, las normas jurídicas funcionan como esquemas de interpretación de acontecimientos fácticos que, situados en el tiempo y en el espacio y determinados por leyes causales, son considerados jurídicos cuando las normas les otorgan una significación objetiva.¹⁸ Una norma que establece

¹⁷ Sobre el kelsenianismo de Redondo en la ontología de las normas jurídicas, véase Arriagada y Navarro (2022, pp. 132-144).

¹⁸ La expresión 'deber' es usada por Kelsen en un sentido amplio que explícitamente incluye ordenar, permitir, facultar y derogar, pero obviamente también incluye 'definir' e 'interpretar', si se tienen en cuenta las normas no independientes que 'determinan' con mayor especificidad el sentido de otras normas. Véase Kelsen (1960/1991, pp. 17-23, 70; 1965/2005, pp. 58-60; 1979/2018, pp. 56, 118 y ss.).

como debida una conducta funciona, según Kelsen, como un patrón valorativo del comportamiento fáctico (Kelsen, 1960: 30-31).¹⁹

Kelsen (1925/1949, p. 31; 1960, p. 23; 1965/2005, p. 49) distingue claramente la pregunta “¿Qué significa afirmar que una norma es válida?” de la pregunta “¿Ante cuáles condiciones es posible afirmar que una norma es válida?”. La respuesta a la primera de estas preguntas es que afirmar la *validez* de una norma es afirmar su *existencia específica*, esto es, *diferente de la existencia empírica de los hechos* y, por tanto, del acto de voluntad que produce la norma. Que una norma referida a la conducta de un individuo sea válida significa que ese individuo *debe* comportarse de la manera determinada por la norma. La conducta referida por la norma es *debida* (Kelsen, 1960, pp. 23-24 y 201; 1941/1994, p. 209). Cosa diferente es el ámbito espacial, temporal, personal y material dentro del cual la conducta referida por una norma es debida, esto es, el *dominio de validez* de la norma (Kelsen, 1925/1949, pp. 43-45; 1960 pp. 26-28).

La respuesta a la segunda pregunta, en el caso de los órdenes jurídicos, es que una norma vale por haber sido producida del modo determinado en una norma superior que es su fundamento de validez. La estructura de un orden jurídico es, por tanto, una construcción escalonada de normas supra y subordinadas donde la norma de nivel superior determina la producción de la norma de nivel inferior (Kelsen, 1960, pp. 201 y ss). Pero la validez de la norma superior no basta para afirmar la validez de la norma inferior. Es preciso que, conforme a lo dispuesto por la norma superior, se realice el acto que produce la norma inferior en un tiempo y lugar determinados (Kelsen, 1960, p. 202; 1925/1949, pp. 116-117).²⁰ Esto es lo que suele llamarse *test* o criterio empírico de validez.²¹

¹⁹ Dado que quien produce una norma hace política jurídica (Kelsen, 1960/1991, pp. 150-157)], las normas expresarían, obviamente, preferencias o valoraciones.

²⁰ Además, el acto que produce la norma es de carácter lingüístico, toda vez que las normas, de acuerdo con Kelsen, se expresan en un lenguaje, es decir, con palabras y oraciones (1961/2009, p. 85).

²¹ A lo anterior debe añadirse que, según Kelsen, la eficacia del orden jurídico, como un todo, y la eficacia de una norma jurídica aislada son, junto con el acto de instauración normativa, condición de validez. Esto significa que tanto un orden jurídico como una norma aislada pierden su validez cuando ha cesado su eficacia. Véase Kelsen (1960/1991, pp. 24-25, 221-224; 1925/1949, pp. 122-123 y 126; 1965/2005, pp. 71-72). Como es sabido, la exigencia

La tesis de que las normas jurídicas funcionan como esquemas de interpretación de ciertos hechos se sustenta en que Kelsen afirma que cualquier suceso o acontecimiento fáctico sensiblemente perceptible, situado en el tiempo y en el espacio y determinado por leyes causales es considerado un acontecimiento jurídico cuando una norma le otorga una significación objetiva. Que un suceso o acontecimiento tenga un sentido específicamente jurídico –es decir, que sea considerado un acto de producción, de aplicación o de acatamiento de normas jurídicas o un acto ilícito– no depende de su facticidad, sino de que una norma se refiera a él, de suerte que aquel suceso pueda ser explicitado (interpretado) según esa norma. Dicho con otras palabras, depende de que ese suceso fáctico coincida con el contenido de una norma tenida por válida.²² En sintonía con lo anterior, el objeto de la ciencia del derecho incluiría, por un lado, las normas jurídicas y, por otro lado, la conducta humana, pero en la precisa medida en que ella está

de que las normas sean producidas del modo determinado en normas superiores vale solamente para las normas infraconstitucionales. Según Kelsen, la validez de las normas de la primera constitución depende de que se presuponga una norma básica según la cual han de considerarse válidas las normas de la primera constitución fácticamente establecida y generalmente eficaz. Véase Kelsen (1960/1991, pp. 208-214, 223-225). Así, de acuerdo con Kelsen, es preciso distinguir: (i) un concepto o significado de validez, según el cual afirmar que una norma es válida significa afirmar que ella tiene una existencia específica, esto es, que los individuos cuya conducta es referida por la norma deben comportarse del modo determinado en ella; y (ii) dos criterios de validez cuyo uso permite afirmar que una norma es válida o inválida (formular juicios de validez): (ii.a) Una norma jurídica infraconstitucional es válida si, y solo si, ha sido producida del modo determinado en una norma jurídica superior que es su fundamento de validez y no ha perdido su eficacia; y (ii.b) Una norma constitucional puede ser considerada válida si, y solo si, ella es generalmente eficaz y se presupone una norma básica según la cual son válidas las normas de la primera constitución fácticamente establecida y generalmente eficaz. Véase Arriagada (2023, p. 111). Por su parte, la pregunta “¿Por qué una norma determinada pertenece a un orden jurídico determinado?” estaría en estrecha relación con la pregunta “¿Cuál es la razón o el fundamento de su validez?”. Kelsen da entender que esta última pregunta es únicamente pertinente respecto de las normas pertenecientes a determinado orden jurídico estatal y que los conceptos de validez y pertenencia son al menos coextensivos. Véase Kelsen (1941/1994, p. 209; 1925/1949, pp. 113, 117; 1960/1991, pp. 45, 201-202, 207; 2017). Sobre el carácter coextensivo de esos dos conceptos, véase Bulygin (1990/1991, p. 512).

²² Véase Kelsen (1960/1991, pp. 15-18).

determinada en las normas jurídicas como condición o efecto; en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas.²³

Ahora bien, el que las normas jurídicas funcionen como esquemas de interpretación no implica que ellas sean meras perspectivas desde las cuales ciertos hechos empíricos pueden ser interpretados. Las normas son entidades que, en algún sentido, emergen o se constituyen como productos o resultados de ciertos hechos, por lo que su existencia se independiza de la existencia de tales hechos.²⁴ Esta independencia existencial permite rechazar que a Kelsen pueda atribuirse, como asumen Alchourrón y Bulygin, una concepción expresiva de las normas jurídicas, entendida como una concepción que identifica a las normas con actos lingüísticos prescriptivos.²⁵

Estas ideas permiten a Celano afirmar que, en la teoría jurídica de Kelsen, una norma es un contenido de sentido, esto es, un objeto intencional, el contenido de actos, estados, sucesos o procesos mentales intencionalmente dirigidos hacia objetos o estados de cosas; usando otra terminología, el contenido de actitudes proposicionales (Celano, 2002, p. 154).

De acuerdo con Celano, la idea de que una norma es un contenido de sentido debe entenderse sobre la base de dos distinciones: (i) la distinción entre acto (estado, suceso, proceso) mental y su contenido de sentido (o su sentido); y (ii) la distinción entre el tipo de existencia o de realidad que corresponde a los fenómenos físicos y el *tipo de existencia o realidad que corresponde a los contenidos de sentido* (u objetos intencionales). De estas distinciones se seguirían dos corolarios: el derecho no se identifica ni (i)

²³ Así, mientras el objeto de la dinámica jurídica son las conductas humanas que son actos de producción, aplicación y acatamiento determinados por normas, el objeto de la estática jurídica son las normas producidas, aplicadas o acatadas mediante esos actos de conducta humana. Véase Kelsen (1960/1991, pp. 83-84).

²⁴ Por lo mismo, Comanducci tiene mucha razón cuando advierte que los 'hechos jurídicos' en el sentido de Kelsen son análogos a los 'hechos institucionales' en el sentido de Searle. Para Kelsen los hechos jurídicos, como para Searle los sociales, serían en un sentido naturales, pero en otro sentido –si una norma les adscribe un significado– no serían reducibles a hechos naturales o brutos. Véase Comanducci (1999/2010, pp. 209-210) y Searle (1995/1997, especialmente los capítulos 2 y 3). No puedo extenderme sobre este punto, pero lo he hecho en Arriagada (2022b).

²⁵ Véase Alchourrón y Bulygin (1981/1991, p. 126). Para otros argumentos para descartar que Kelsen suscriba esta concepción, véase Reyes (2024).

con entidades, estados, sucesos o procesos mentales, ni (ii) con entidades, estados, sucesos o procesos físicos (perceptibles sensorialmente y causalmente eficaces) (Celano, 2002, pp. 154-155).

Para Kelsen, según Celano, el derecho existe y subsiste en el mismo modo y sentido que el contenido de un acto o estado intencional o de una actitud proposicional (2002) y, por tanto, en el mismo sentido que el contenido de un acto de pensamiento o de un deseo o de un recuerdo. Consecuentemente, cuando se habla del derecho, no se habla –afirma Celano– ni de un conjunto de procesos mentales ni de un conjunto de comportamientos que tienen lugar en un espacio y un tiempo, sino de lo que el derecho dice o expresa. El derecho tendría, así, el mismo tipo de existencia que una novela o una teoría científica, y esta específica modalidad de existencia es lo que Kelsen habría llamado ‘validez’ (Celano, 2002, p. 155).

La tesis de Kelsen según la cual es preciso distinguir la norma, en cuanto contenido de sentido de un acto intencional (dotado, como tal, de existencia ideal) del acto de su promulgación (dotado, en cambio, de existencia real) está, según Celano, indisolublemente ligada a la idea de una (relativa) independencia o autonomía de la norma jurídica con respecto al conjunto de actos humanos mediante los cuales ella cobra existencia. Para explicar este tipo de independencia o autonomía, Celano introduce la noción –metafórica– de artefacto intencional (Celano, 2002, p. 156).

A juicio de Celano, una norma jurídica, en la mirada de Kelsen, tiene las características de los artefactos intencionales: (i) constituye el producto de actos humanos intencionales (no llega a existir a menos que tengan lugar esos actos), pero (ii) adquiere existencia independiente o autónoma con respecto a los actos intencionales que le dan origen; (iii) se lleva a cabo en un soporte material con el cual, sin embargo, no se identifica; y (iv) es susceptible de aplicación, pudiendo ser o no eficaz.²⁶

²⁶ Todas estas entidades que serían artefactos intencionales y contenidos de sentido podrían caracterizarse, según Celano, del siguiente modo: (i) son el producto de actos humanos, el resultado de la actividad de ciertos individuos (comúnmente llamados autores), el contenido de sentido de una suma de actos intencionales imputables a sus autores, pero (ii) tienen una existencia más duradera que los actos en los que tienen origen; siguen existiendo y (en algún sentido) desarrollándose incluso una vez ausentes tales actos (en particular, una vez desaparecido el autor); (iii) pueden llevarse a cabo en un soporte material (*i.e.*

No puedo profundizar aquí en el esfuerzo de Celano (2002, p. 158) por vincular estas ideas con su interesante explicación de la validez como des-citación. Lo que me interesa destacar es que, desde el punto de vista de Celano –inspirado en las tesis de Kelsen–, así como bajo la óptica de Redondo, las normas jurídicas *existen de un modo o en un sentido* que no consigue ser explicado ni por la concepción expresiva, ni por la concepción hilética, ni por una combinación de ambas.

Además –y esto resulta particularmente llamativo–, Celano introduce, aunque como un modo figurado de hablar, la idea de que las normas jurídicas son *artefactos intencionales*, apuntando en una dirección semejante –más no idéntica– a la señalada por Mañalich. Por ejemplo, mientras para Celano la tesis según la cual la norma es un contenido de sentido resulta indiferente con respecto a la alternativa entre imperativismo y anti-imperativismo (Celano, 2002, p. 154), a juicio de Mañalich, la respuesta tradicionalmente favorecida por las diferentes versiones de imperativismo a la pregunta por el estatus ontológico de las reglas regulativas está necesariamente comprometida con la concepción expresiva.

Lo expuesto hasta aquí es, en mi opinión, suficiente para tomar nota de que el debate que ha tenido lugar a propósito del estatus ontológico de las normas jurídicas no puede simplificarse en términos de la triple alternativa integrada por la concepción expresiva, la concepción hilética y alguna pretendida combinación de ambas concepciones. Que propuestas como las de Redondo y Celano (a partir de las tesis de Kelsen) sean pasadas por alto evidencia que la *pars destruens* y la *pars construens* del trabajo de Mañalich no están adecuadamente conectadas.

Resulta, por tanto, indispensable reconsiderar los términos del debate acerca del estatus ontológico de las normas jurídicas, teniendo en cuenta al menos aquellas propuestas para que entonces sea siquiera posible argumentar las eventuales ventajas comparativas que podría tener la concepción artefactualista defendida por Mañalich.

un conjunto de inscripciones de tinta), pero no se identifican con ese soporte; (iv) son susceptibles de ser aplicadas o ejecutadas, pero no se identifican con su aplicación. Véase Celano (2002, pp. 156-157).

6. Un caso difícil de clasificar

No me sorprende que Juan Pablo Mañalich explique inmejorablemente la confusión en la que Ross (1968) incurre al sostener que el contenido de significado de una oración indicativa que –por presentar el tópico especificado por la ‘frase’ sobre la cual se estructuraría la oración en cuestión, como algo ‘pensado como real’– consistiría en una proposición, sería necesariamente divergente del contenido de significado de una oración directiva que –por presentar el tópico respectivo como un ‘patrón de comportamiento’– no podría ser identificado con una proposición. Como observa Mañalich, en cuanto la postulación de semejante dualidad de contenidos de significado se vincula con una pretendida diferencia ‘en las actitudes con las cuales son pensados los tópicos descritos’, ella tendría que radicarse en el nivel pragmático del análisis del lenguaje.

Lo que, en cambio, me sorprende es que Mañalich no tematice la posición que podría atribuirse a Ross en el debate sobre las concepciones expresiva e hilética. Hacerlo enriquecería los términos en los cuales este debate es planteado y afrontado. Sin embargo, tras recordar que es controvertido si Ross se encuentra más cerca de adoptar la concepción expresiva o, en cambio, la concepción hilética, Mañalich afirma que solamente interesa enfatizar que el argumento de Ross encaminado a hacer inteligible la noción de una categoría semántica distintivamente ‘directiva’ no es exitoso.

En *On law and Justice*, Ross (1958, pp. 34-36, 40-41, 55, 60-61) define a las normas jurídicas como el conjunto abstracto de ideas normativas que *sirven como esquemas de interpretación* para un conjunto correspondiente de actos sociales a los que también llama ‘fenómenos jurídicos’ o ‘derecho en acción’. En cuanto esquemas de interpretación, las normas jurídicas harían posible comprender aquellos actos o fenómenos como un todo coherente de significación y motivación e incluso predecirlos dentro de ciertos límites. Esta aptitud de las normas, o más bien del sistema, se fundaría en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias. El derecho podría ser, por lo mismo, considerado como algo que consiste parcialmente en fenómenos jurídicos y parcialmente en normas jurídicas, en correlación mutua.

Esta idea de correlación mutua es posteriormente desarrollada en *Directive and Norms*, donde una norma es definida como un directivo (un contenido significativo, una idea-acción concebida y presentada como forma de conducta) que *corresponde* a ciertos hechos sociales de tal manera que la forma de conducta expresada en la norma: (i) es seguida en general por los miembros de la sociedad y (ii) es sentida por ellos como obligatoria (válida) (Ross, 1968, pp. 106-108 y 120). Esta definición daría sentido a dos clases de usos corrientes y fundamentales de la noción “norma”: (i) al definirse como un directivo, en el sentido de un contenido significativo, se daría sentido al uso según el cual una norma puede ser seguida o cumplida, sentida como obligatoria y estar relacionada con otras normas con las cuales constituya un sistema; y (ii) al exigirse la correspondencia con ciertos hechos sociales, se daría sentido al uso según el cual las normas puedan existir realmente (tener vigencia) y que los enunciados a ese efecto formen parte de la descripción de las sociedades (Ross, 1968, pp. 101-107).

Un directivo es, según Ross (1968, pp. 47-48 y 90-91), una idea-acción concebida y presentada como forma de conducta o patrón de comportamiento. Este operador permitiría distinguir al directivo de una proposición porque indicaría que la idea-acción no es pensada como real. Aunque lo distintivo del discurso directivo se reflejaría en todos los niveles del análisis lingüístico, la distinción más fundamental se verificaría a nivel semántico porque el contenido significativo de los directivos sería siempre una idea-acción presentada y concebida como una forma de conducta. Esto condicionaría una diferenciación pragmática.²⁷ A nivel gramatical, la cuestión sería menos clara porque diversas formas lingüísticas podrían expresar el mismo directivo y viceversa.²⁸

²⁷ De acuerdo con Ross, creer que la diferencia entre el discurso indicativo y directivo se encuentra solamente en el nivel pragmático sería un error porque asumiría que el mismo contenido significativo o proposición puede ser afirmada u ordenada. Una proposición que, al enunciar lo que es el caso, podría ser verdadera o falsa, no podría ser ordenada porque ordenar significaría expresar lo que debe ser el caso. La confusión provendría de no advertir la diferencia entre el pensamiento de un tema o tópico como real (expresado en una proposición) y la *idea* de un tema o tópico (expresada en una frase). Véase Ross (1968, pp. 45, 89-91, 93, 150-151).

²⁸ La expresión lingüística presentaría al oyente una idea-acción y la situación suministraría el ímpetu para actuar de acuerdo con la idea-acción que carecería de fuerza motivadora

Los elementos que determinan el contenido significativo de los directivos que son normas serían de dos clases. En primer lugar, aquellos cuya función sería describir la idea-acción: (i) el sujeto de la norma, esto es, el agente o agentes que han de comportarse de acuerdo con la idea-acción; (ii) la situación en la que ha de seguirse la norma; y (iii) el tema o tópico de la norma, esto es, cómo ha de comportarse el sujeto en las condiciones especificadas: la acción u omisión (Ross, 1968, p. 138).

En segundo lugar, estaría el operador directivo cuya función sería indicar que la idea-acción es presentada como un patrón de comportamiento y no que es pensada como real. En contraste con la variedad de intenciones y expresiones asociadas a los directivos en general, la expresión lingüística de las normas sería, en cierta medida, uniforme. Como la raíz existencial de las normas residiría en los sentimientos de validez, habría expresiones especialmente apropiadas para indicar el operador directivo.²⁹

Ross subraya que el análisis de los elementos que determinan el contenido significativo de la norma y, por tanto, la norma misma, debe mantenerse separado de la descripción del trasfondo fáctico de la norma, esto es, las condiciones sociales de las que depende su existencia (Ross, 1968, p. 138). Respecto de aquellas condiciones, y tras descartar las explicaciones psicologista y conductista de los enunciados sobre la vigencia de las normas, Ross desarrolla la tesis que afirma que el derecho puede ser determinado sin ambigüedad como el conjunto de normas seguidas y mantenidas por los órganos estatales (legislativos, judiciales y administrativos). Estas reglas –que gobernarían la estructura y funcionamiento de la maquinaria jurídica– en general no serían impuestas por la fuerza, sino cumplidas voluntariamente en virtud del sentimiento de validez que las dotaría de la fuerza de obligar. Su

propia. Si el receptor resultara motivado, la idea-acción –que variaría según el tipo de directivo– le diría cómo actuar. Los diferentes directivos sólo podrían distinguirse discriminando las situaciones en que se producen y el trasfondo de factores que constituyen las fuentes de efectividad localizadas en tales situaciones. Dependiendo de la situación y trasfondo mencionados, se usarían diferentes expresiones reforzadas por medios de expresión no verbales. A causa de esta variedad de intenciones y sus expresiones apenas sería posible formalizar el discurso directivo ordinario. Véase Ross (1968, pp. 46-47, 131, 151).

²⁹ Expresiones y frases deónticas, como 'deber', 'tener que', 'tener derecho a', 'obligación', 'justo', tendrían el rasgo común de reflejar el sentimiento de validez y obligación que es la base existencial de las normas. Véase Ross (1968, pp. 138, 150-151).

fuerza de efectividad sería la lealtad de aquellos órganos a la Constitución y a las instituciones derivadas de esta, junto con las sanciones no violentas de desaprobación y crítica que esta actitud implicaría, nada de lo cual excluiría la aplicación de sanciones organizadas que sería característica del derecho como orden institucional (Ross, 1968, pp. 109-121).

Hago presente todo esto, en primer lugar, porque me parece que lo sostenido por Ross se deja interpretar como un esfuerzo que, dirigido a superar la dicotomía de lo concreto y lo abstracto, podría conducir a la conclusión de que las normas jurídicas son entidades ideales o abstractas cuya existencia depende de condiciones empíricas (Arriagada, 2022c, pp. 133-135)³⁰ y, más específicamente, entidades que, en algún sentido, emergen o se constituyen como productos o resultados de ciertos hechos empíricos. Incluso creo que hay espacio para argumentar que esta conclusión es obtenida mediante la estrategia (ciertamente no pretendida) de combinar elementos considerados por las concepciones expresiva e hilética. Téngase presente que Ross –como Guastini, pero a diferencia de Kelsen, Celano y Redondo– omite referirse a la pregunta relativa al modo en que las normas jurídicas existen.

En segundo lugar, porque, en contra de lo sugerido por Bayón (1991) –quien, como Mañalich constata, interpreta algunos pasajes de *Directives and Norms* (Ross, 1968) como indicativos de la adopción de la concepción hilética–, creo que también hay espacio para argumentar que Ross debería ser identificado como un partidario de la concepción expresiva, entendida como una que identifica las normas con actos empíricos o, mejor entendida, como una que considera que las que llamamos ‘normas’ no son otra cosa que meros puntos de vista o esquemas conceptuales que sirven para interpretar ciertos hechos.

A Bayón –según quien la concepción expresiva identifica a las normas con ciertos actos– le parece que, si se piensa en el Ross de *Directive and*

³⁰ Esta interpretación es plausible en la medida que se atribuya a Ross una posición normativista en teoría del derecho, en lugar de una posición realista extrema. Conforme a esta última, el vocabulario normativo (el uso de términos normativos) es insensato y científicamente inadmisibles porque las calificaciones de la conducta no expresan nada real ni objetivamente existente. Desde esta perspectiva, no hay nada objetivo en las normas, excepto que las personas están presas de la falsa creencia o de la idea ilusoria de que es posible una vinculación no física y, por lo mismo, mágica. Véase Celano (1998/2010; 2000/2010, p. 86, nota 10).

Norms (1968), su inclusión en las filas de los partidarios de esta concepción sería simplemente errónea (Bayón, 1991, p. 263, nota 29), pero reconoce que lo dice –aunque convencido de ello– no sin cierto temor. A mí, en cambio, me parece que lo que puede decirse sin temor es que no faltan razones para situar a Ross en la concepción expresiva, y no solamente al Ross de *On Law and Justice* (1958), como afirman, sin dar razones Alchourrón y Bulygin (1981/1991, p. 126).

Es cierto que lo sostenido en este libro puede ser más fácilmente asociado con aquella concepción, entendida como una que niega que las normas sean entidades que, en algún sentido, emergen o se constituyen como productos o resultados de ciertos hechos empíricos. Particularmente, la insistencia de Ross en que el derecho en acción y las normas jurídicas *no son dos esferas independientes de existencia*, sino aspectos diferentes de una misma realidad, pudiendo así hablarse de dos puntos de vista, cada uno de los cuales presupone al otro (Ross, 1958, p. 42).

Esta idea, muchas veces reiterada por Ross, puede ser interpretada como un rechazo de la tesis según la cual, a partir de ciertos actos sociales relevantes, emerge o se constituye un producto o resultado que llamamos ‘norma’ cuya existencia se independiza de aquellos hechos. En lugar de ello, no es implausible pensar que lo que suele llamarse ‘norma’ no es, para Ross, otra cosa que una perspectiva abstracta a partir del cual tales hechos pueden ser interpretados. Esto es consistente con su afirmación de que las normas jurídicas pueden ser definidas como un conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como esquemas de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales también llamados ‘fenómenos jurídicos’ o ‘derecho en acción’.

Desde este punto de vista, a la afirmación de que el derecho puede ser *considerado* como algo que consiste parcialmente en fenómenos jurídicos y parcialmente en normas jurídicas en correlación habría que atribuir un carácter epistémico y, en consecuencia, interpretarla como dirigida a la ciencia jurídica. Esta se ocupa, según Ross, de las normas jurídicas, pero en el sentido de que apunta a descubrir el *contenido ideal* (o la ideología) que funciona como esquema de interpretación para el derecho en acción (Ross, 1958, p. 42). En otras palabras, se ocupa de una *perspectiva* desde la cual pueden interpretarse los hechos sociales o fenómenos jurídicos, pero

no de entidades supuestamente constituidas por aquellos hechos y que adquieren una existencia independiente.

Pese a que la terminología empleada en *Directive and Norms* parece dar a entender que las normas jurídicas existen como entidades que adquieren una existencia independiente de las condiciones que les dan origen, no puede descartarse concluyentemente que, una vez más, Ross esté apuntando a nada más que a una perspectiva desde la cual ciertos hechos psicológicos y sociales pueden ser interpretados. Esto podría considerarse, además, consistente con el objetivo de Ross de estilizar el lenguaje normativo mediante una lógica de normas.

En el último capítulo de este libro dedicado precisamente a la lógica deóntica, Ross sostiene que el enunciado de que existe una norma (o de que se ha formulado un directivo) no es solo un enunciado acerca de hechos psicológicos o sociales, sino también una interpretación significativa de estos hechos. Así, y dado que enunciar que alguien ha ordenado a otro hacer algo es también interpretar estos hechos como teniendo significado directivo, esa interpretación estaría restringida por los postulados de la lógica (Ross, 1968, p. 234).³¹ Adviértase que el enunciado en cuestión es –no la descripción de un esquema de interpretación, sino– un enunciado interpretativo.

En razón de lo anterior, y teniendo especialmente en cuenta que la formidable crítica que Mañalich dirige contra Ross se sitúa en uno de los focos más conflictivos del debate suscitado a propósito de las concepciones expresiva e hilética,³² resulta sorprendente que Mañalich no tematice la posición que podría atribuirse a Ross en aquel debate. Sobre todo, porque las críticas que Mañalich formula a estas concepciones son, a su juicio, un adecuado punto de partida para mostrar las ventajas comparativas de la concepción artefactualista que nos presenta.

³¹ Agradezco a Carla Iuspa haberme 'ordenado' revisar este pasaje.

³² Véase González Lagier (1995, p. 353); Rodríguez (2021, pp. 95-96) y Navarro y Rodríguez (2022).

7. Para concluir: un regreso al punto de partida

No quisiera concluir este comentario sin complementar lo que subrayé al concluir la primera sección de este trabajo: la crucial importancia que tiene advertir que a todo el debate sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas subyace el siguiente dilema: tratar a las normas jurídicas como entidades cuya existencia se independiza de la existencia de los hechos empíricos a partir de los cuales, en algún sentido, ellas emergen o se constituyen como sus productos o resultados y, al mismo tiempo, como perspectivas, puntos de vista o esquemas conceptuales que sirven para interpretar ciertos hechos empíricos, o bien tratarlas como meras perspectivas, puntos de vista o esquemas conceptuales que sirven para (y desde los cuales es posible) interpretar ciertos hechos empíricos.

A lo largo del desarrollo de este trabajo, he procurado no dejar esto de lado, destacando por cuál de estas dos opciones se decantan las diferentes propuestas que han sido revisadas o algunas de sus posibles interpretaciones. Me parece que ahora puede comprenderse mejor por qué al inicio he afirmado que Mañalich tergiversa el debate sobre el estatus ontológico de las normas cuando, al prescindir implícita e injustificadamente de la segunda opción o cuerno de este dilema, asume que dicho dilema puede traducirse, sin ulteriores aclaraciones, en los siguientes términos: las normas jurídicas existen o las normas jurídicas no existen.

Al margen de mi acuerdo con la primera opción del dilema presentado –tratar a las normas jurídicas como entidades que, en algún sentido, emergen o se constituyen como los productos o resultados de ciertos hechos empíricos y, al mismo tiempo, como perspectivas, puntos de vista o esquemas conceptuales que sirven para interpretar ciertos hechos–, no me parece plausible que Mañalich prescinda implícitamente de la segunda opción –tratar a las normas jurídicas como meras perspectivas, puntos de vista o esquemas conceptuales que sirven para (y desde los cuales es posible) interpretar ciertos hechos empíricos– bajo el artificio de atribuir a la palabra ‘entidad’ un significado diferente del que típicamente se le atribuye en los debates que constituyen el punto de partida de su análisis.

A lo anterior habría que añadir que desde el momento en que, frente al dilema, se elige la primera opción, no puede eludirse la carga de explicar

cómo es que, a partir de ciertos hechos empíricos, surgen, emergen o se constituyen estas entidades que llamamos ‘normas’, así como tener en consideración lo sostenido por quienes han avanzado significativamente en esta tarea.

Para explicar el carácter constituido del derecho sobre la base de ciertos hechos sociales, Cristina Redondo (2022, pp. 224-229) extrae, a partir de los debates de la metafísica analítica contemporánea, una noción manejable y deflacionaria de la relación metafísico-constitutiva (de ‘fundamentación’, de ‘determinación’ o de ‘dependencia’) que, establecida por una regla constitutiva, se verificaría entre cierto tipo de condiciones constitutivas y cierto tipo de resultados constituidos. Esta relación de determinación metafísica establecida por normas no solamente puede –afirma Redondo– hacer referencia a la relación general o estructural entre condiciones constitutivas y resultados constituidos que hace posible un universo de acciones, hechos, situaciones o mundos, sino también a la relación individual que se establece, en un momento y lugar determinados, entre la verificación de las condiciones establecidas y la producción de los resultados previstos, es decir, a la situación en la que la verificación de las condiciones constitutivas produce un resultado individual previsto.³³

Redondo subraya que los enunciados lingüísticos que identifican la relación metafísico-constitutiva que, establecida por reglas constitutivas, permite decir que algo es un resultado constituido que se produce cuando se verifican ciertas condiciones constitutivas son pragmáticamente ambivalentes. Dichos enunciados podrían entenderse como: (i) expresión de la regla misma que, por lo mismo, tendría una dirección de ajuste mundo-a-mente; y (ii) expresión de una tesis informativa que permite explicar por qué ciertos resultados tienen lugar que, por lo mismo, tendría una dirección de ajuste mente-a-mundo. De este modo, aquella relación metafísico-constitutiva podría ser considerada: (i) una relación productiva sobre cuya base podemos afirmar que la verificación de las condiciones *produce* o *da lugar a* un resultado constituido, y (ii) una relación explicativa sobre cuya base podemos decir que la verificación de las condiciones constituti-

³³ En el ámbito de la metafísica analítica, véase Epstein (2005); Schaffer (2009); Rosen (2010) y Correia y Schnieder (2012).

vas *explica* o *hace inteligible* la existencia de ciertos resultados ya producidos o a producirse (Redondo, 2022, pp. 228-229).

En el ámbito del derecho, los datos a explicar en términos constitutivos son, según Redondo, de distinto tipo. Por ejemplo, hechos jurídicos individuales (*i. e.* el hecho de que dos personas estén casadas), la existencia de una institución o de un sistema jurídico (*i. e.* el hecho de que en España exista una monarquía constitucional), o la existencia de una norma jurídica general, individualmente considerada (*i. e.* que en Suiza está permitida la eutanasia). En cualquier caso –afirma Redondo– se trata de hechos, entidades o propiedades que, a diferencia de los hechos, entidades o propiedades físicos, *están dotados de contenido*, por lo que explicarlos constitutivamente sería explicar su existencia y su contenido (Redondo, 2022, p. 232).

Redondo (2022, pp. 233-237) es explícita en cuanto a que admitir que la existencia y el contenido de propiedades, entidades o hechos jurídicos puede explicarse en términos metafísico-constitutivos presupone, no solamente que tales propiedades, entidades o hechos existen, sino también que ellos no son datos fundamentales o básicos, como consecuencia de lo cual se explican en términos de datos más fundamentales o básicos. Esto habilitaría una explicación conforme a la cual sería posible hacer inteligible algo que no es un evento empírico (de modo que no puede hacerse inteligible en términos causales), pero que está totalmente determinado por eventos empíricos, específicamente, hechos relativos a acciones y actitudes humanas, como precisamente sostiene la tesis positivista de las fuentes sociales.

Me interesa subrayar que, aunque lo hace con el propósito específico de explicar la distinción entre las normas jurídicas ordinarias (dependientes de condiciones constitutivas internamente establecidas por otras normas jurídicas) y las normas jurídicas independientes (dependientes de condiciones constitutivas externas), Redondo admite que toda entidad o hecho jurídico, por hipótesis, es metafísicamente no fundamental o constituido. En este contexto, también admite que el derecho no solamente es un dato constituido a explicar, sino además un dato dotado de una función-estatus constitutivo, como consecuencia de lo cual, en su interior, pueden distin-

guirse diferentes niveles metafísicos que se relacionan de diverso modo con las fuentes sociales.³⁴

Adviértase que la mirada de Redondo no solamente permite explicar el carácter *constituido* de las normas jurídicas, sino también el carácter todavía *más* constituido (o menos fundamental) de las llamadas posiciones jurídicas que a menudo son entendidas como entidades creadas, modificadas, extinguidas y adscritas a individuos por las normas jurídicas (Arriagada, 2024).

Me parece entonces que Mañalich tendría que demostrar que, bajo la comprensión de las normas jurídicas como artefactos institucionales abstractos que él propone, podría ofrecerse una mejor explicación acerca de cómo, a partir de ciertos hechos empíricos, surgen, emergen o se constituyen estas entidades que llamamos ‘normas’. Esta es una más de las tareas que Mañalich tiene pendientes.

Solamente entonces y con las aclaraciones necesarias para evitar malos entendidos, podría ser legítimo modificar la terminología usual y comenzar a hablar de las normas jurídicas como entidades, pero entendiendo que ello equivale a hablar de normas existentes.

Bibliografía

- Alchourrón C. y Bulygin, E. (1979). *Sobre la existencia de las normas*. México D.F.: Fontamara.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). La concepción expresiva de las normas (Trad. E. Bulygin). En C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (pp. 121-153). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Obra original Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1981). *The Expressive Conception of Norms*. En R. Hipinen, (ed.), *New Essays in deontic logic* (pp. 95-124). Dordrecht-Boston-London: Reidel.

³⁴ Lo que Redondo sostiene es que el derecho es un dato dotado de una función-estatus constitutivo que, en cuanto tal, explica la existencia y contenido de las normas ordinarias y de otros resultados no estrictamente jurídicos. Véase Redondo (2022, pp. 242-243).

- Arriagada, M. B y Navarro, L. (2022). El necesario placer de discutir con Redondo. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 38, 131-171.
- Arriagada, M. B. (2022a). Normas jurídicas regulativas y normas jurídicas constitutivas. Ontología, interpretación y cultura jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, 45, 377-410. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.13>
- Arriagada, M. B. (2022b). Ontología y epistemología jurídicas bajo la linterna de Paolo Comanducci. En F. Arena, E. Cuatle, P. Navarro, y A. Puppo, (eds.), *El encanto del método. Diálogos latinoamericanos con Paolo Comanducci* (pp. 3-27). México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Arriagada, M. B. (2022c). Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross. La defensa de una teoría analítica de las normas jurídicas. En M. Fernández (ed.), *Materiales para una teoría de los derechos. Ensayos de filosofía analítica* (pp. 95-144). Madrid: Marcial Pons.
- Arriagada, M. B. (2023). Discutiendo con Riccardo Guastini sobre validez y existencia. En S. Agüero y G. Ratti (eds.), *La escuela genovesa en Chile. Un diálogo a través de Riccardo Guastini* (pp. 103-154). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Arriagada, M. B. (2024) Do Legal Positions Exist? De próxima publicación en *Singapore Journal of Legal Studies*.
- Bayón, J. C. (1991). *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bulygin, E. (1991). Validez y Positivismo (Trad. E. Bulygin). En C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (pp. 499-517). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Obra original Bulygin, E. (1990). An antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law. *Ratio Juris*, 3, 29-45.
- Caracciolo, R. (1997). Existencia de normas. *Isonomía*, 7, 149-178.
- Celano, B. (2010). Fatti istituzionali: la teoria di J. Searle. En *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni* (pp. 15-61). Roma: Aracne. Obra original publicada en P. Comanducci y R. Guastini (eds.) (1998). *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica* (pp. 19-54). Giappichelli: Torino.

- Celano, B. (2010). Fatti istituzionali e fatti convenzionali. En *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni* (pp. 81-102). Roma: Aracne. Obra original Celano, B. (2000). *Filosofia e questioni pubbliche*, 5(2), 163-182.
- Celano, B. (2002). Cuatro temas kelsenianos (trad. de María Cristina Redondo). En P. Navarro, M. C. Redondo (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 153-184). Barcelona: Gedisa.
- Comanducci, P. (2010). Kelsen y Searle. En P. Comanducci, *Hacia una teoría analítica del derecho* (pp. 209-225). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Obra original P. Comanducci y R. Guastini (eds.) (1999). Kelsen vs. Searle: A tale of two constructivists. *Analisi e diritto 1999* (pp. 101-115). Torino: Giappichelli.
- Comanducci, P. (2010). Epistemología jurídica. En P. Comanducci, *Hacia una teoría analítica del derecho* (pp. 175-185). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Correia, F. y Schnieder, B. (eds.). (2012). *Metaphysical Grounding Understanding the Structure of Reality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dei Vecchi, D. (2019). *Modos de describir el derecho. Normas jurídicas, proposiciones normativas y enunciados deónticos*. Madrid: Marcial Pons.
- Epstein, B. (2015). *The Ant Trap. The Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*. Oxford: Oxford University Press.
- González Lagier, D. (1995). *Acción y norma, en G.H. Von Wright*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- González Lagier, D. (2022). Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. En *Quaestio facti. Nuevos ensayos sobre prueba y filosofía* (pp. 17-47), volumen I, segunda edición. Lima: Palestra. 2022. Obra original publicada en 2000.
- González Lagier, D. (2007). Hechos y conceptos. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15, s/n. (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de marzo de 2007).

- Guastini, R. (2014a). Dos concepciones de las normas (Trad. D. Dei Vecchi). En *Otras distinciones* (pp. 291-302). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Obra original Guastini, R. (2013a). Due concezioni delle norme. *Distinguendo Ancora*. Madrid: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2014b). El realismo jurídico redefinido (Trad. Á. Núñez y P. Caballero). En *Otras distinciones* (pp. 337-367). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Obra original Guastini, R. (2013b). Il realismo giuridico ridefinito, *Distinguendo Ancora*. Madrid: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2014b). Normativismo mágico (Trad. D. Dei Vecchi). En *Otras distinciones* (pp. 369-393). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Obra original Guastini, R. (2013c). Normativismo magico. *Distinguendo Ancora*. Madrid: Marcial Pons.
- Hart, H.L.A. (2009). *El concepto de derecho* (3ª ed.) (Trad. G. Carrió). Buenos Aires: Abeledo Perrot. Obra original publicada en 1961.
- Hale, B. y Hoffmann, A. (eds.) (2010). *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology* (pp. 109-135). Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (1949). *Teoría general del Derecho y del Estado* (Trad. E. García Maynez). México: Imprenta Universitaria. Obra original Kelsen, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Julius Springer.
- Kelsen, H. (1994). La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica (Trad. E.A. Coghlan). En P. Casanovas y J. J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico* (pp. 202-231). Barcelona: Crítica. Obra original Kelsen, H. (1941). The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. *Harvard Law Review*, 55(1), 44-70.
- Kelsen, H. (1991) *Teoría pura del Derecho* (Trad. R. Vernengo), (2ª ed.). México D.F, Porrúa. Obra original publicada en 1960.
- Kelsen, H. (2005). Validez y eficacia del derecho (Trad. E. Bulygin). En H. Kelsen, E. Bulygin y R. Walter, *Validez y eficacia del derecho* (pp. 49-74). Buenos Aires: Astrea. Obra original Kelsen, H. (1965). Geltung und Wirksamkeit des Rechts. En R. Walter, C. Jabloner, y K. Zeleny, (eds.), *Hans Kelsens stete Actualität* (pp. 5-21). Wien: Manz.
- Kelsen, H. (2018) *Teoría general de las normas* (Trad. M. A Rodilla). Madrid: Marcial Pons. Obra original Kelsen, H. (1979). *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz.

- Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2022). Concepciones de las normas. En J.J. Moreso, P. Navarro, J. L. Rodríguez, y J. Ferrer (coords.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea* (pp. 185-204), vol. I. Madrid: Marcial Pons.
- Parfit, D. (2011). *On What Matters*, vol. II. Oxford: Oxford University Press.
- Putnam, H. (2015) Significado y referencia (Trad. L. M. Valdés Villanueva). En L. Valdés Villanueva (ed.), *La búsqueda del significado* (pp. 152-165), 4^{ta} edición. Madrid: Tecnos. Obra original Putnam, H. (1973). Meaning and Reference. *The Journal of Philosophy*, 70(19), 699-711.
- Redondo, M. C. (2013). Los enunciados jurídicos internos. La concepción de Eugenio Bulygin. *Análisis filosófico*, XXXIII(2), 170-185.
- Redondo, M. C. (2022). Sobre el carácter constituido y constitutivo del derecho. En L. Ramírez y J. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho* (pp. 223-252). Madrid: Marcial Pons.
- Reyes, C. (2024). Breve análisis de la ontología de normas en Kelsen: integrando la concepción semántica y la concepción pragmática de las normas. *De próxima publicación*.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Rosen. G. (2010). Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction. En B. Hale y A. Ross, A. (1968). *Directives and Norms*. Nueva York: Humanities Press.
- Schaffer, J. (2009). On what grounds what. En D. Chalmers, D. Manley, y R. Wasserman (eds.), *Metametaphysics. New essays on the foundations on ontology* (pp. 347-383). Oxford: Clarendon Press.
- Searle, J. (2007). *Actos de habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje* (Trad. L. Valdés). Madrid, Cátedra. Obra original Searle, J. (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. New York: Cambridge University Press.
- Searle, J. (1997) *La construcción de la realidad social* (Trad. A. Domènech). Barcelona: Paidós. Obra original Searle, J. (1995). *The Construction of Social Reality*. London: Simon and Schuster.
- Searle, J. (2017). *Creando el mundo social. La estructura de la civilización humana* (Trad. J. Bostelmann). Barcelona: Paidós. Obra original Searle, J. (2010). *Making the social world. The structure of the human civilization*. New York: Oxford University Press.

- Tarello, G. (2002). La noción de derecho positivo (pp. 227-240). En. G. Tarello, *Cultura jurídica y política del derecho*. Granada: Comares.
- Trad. de Tarello, G. (1977). La nozione di diritto positivo nella cultura giuridica italiana, *Sociologia del diritto*, IV(2), 315-324.
- Thomasson, A. (1999). *Fiction and Metaphysics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Thomasson, A. (2003). Foundations for a Social Ontology. *Protosociology*, 18/19, 269-290.
- Thomasson, A. (2015). *Ontology Made Easy*. Nueva York: Oxford University Press.