

ISSN 2718- 6474 (EN LÍNEA)

DISCUSIONES 32

1 | 2024

ONTOLOGÍA
DE LAS NORMAS PENALES



EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

Director

Federico José Arena (Conicet, Argentina)

Secretaría de redacción

Sofía Pezzano (Conicet, Argentina)

Catalina Tassin Wallace (Conicet, Argentina)

Comité Científico

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Pierluigi Chiassoni (Università di Génova, Italia)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Francisca Pou Giménez (ITAM, México)

Susanna Pozzolo (Università di Brescia, Italia)

Cristina Redondo (Conicet, Argentina)

Consejo Editorial

Juan Cumiz (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Natalia Scavuzzo (Università di Genova, Italia)

Valeria Trotti (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Diego Dei Vecchi (Universitat de Girona, España)

Agostina Copetti (Conicet, Argentina)

Editores de la sección Otras Discusiones

Laura Manrique (Conicet, Argentina)

Pablo Rapetti (ITAM, México)

DIRECCIÓN POSTAL

Avda. Colón 50, planta alta, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP B8000HZK, Argentina.

DIAGRAMACIÓN:

Fabián Luzi

DISCUSIONES 32

1-2024

“ONTOLOGÍA DE LAS NORMAS PENALES”



ALEJANDRA OLAVE ALBERTINI
(EDITORA)

ÍNDICE

SECCIÓN I: DISCUSIÓN

- Introducción. Teoría de las normas y derecho penal. *Introduction. Norm-Theory and Criminal Law* 6
ALEJANDRA OLAVE ALBERTINI (CONICET - Universidad de Buenos Aires, Argentina)
- Las normas de comportamiento como artefactos deónticos. *Conduct Norms as Deontic Artifacts* 27
JUAN PABLO MAÑALICH R. (Universidad de Chile, Santiago, Chile)
- Una concepción artefactualista de las normas de comportamiento. Algunos comentarios a un ensayo de Juan Pablo Mañalich R. *An Artifactual Conception of Behavioral Norms. Some comments to an essay by Juan Pablo Mañalich R.* 78
INÊS FERNANDES GODINHO (Universidade Lusófona/CEAD Francisco Suárez, Lisboa, Portugal)
- 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*..... 91
MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA (Universidad Diego Portales, Santiago, Chile)

¿Sueñan las normas con ovejas eléctricas? Sobre las normas como artefactos. *Do Norms Dream of Electric Sheeps? On norms as artifacts....* 132
JORGE L. RODRÍGUEZ (Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina)

La concepción artefactualista de las normas de comportamiento: una réplica a Arriagada, Rodríguez y Godinho. *The Artifactualist Conception of Conduct Norms: A reply to Arriagada, Rodríguez and Godinho* 163
JUAN PABLO MAÑALICH R. (Universidad de Chile, Santiago, Chile)

SECCIÓN II: OTRAS DISCUSIONES

La tolerancia del liberalismo igualitario. *Tolerance and Egalitarian Liberalism* 248
MOISÉS VACA (Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, México)

Instrucciones para las/os autoras/es 272

Sección I

DISCUSIÓN

Introducción. Teoría de las normas y derecho penal

Introduction. Norm-Theory and Criminal law

Alejandra Olave Albertini*

Recepción y evaluación de propuesta: 25/07/2022

Aceptación: 23/02/2023

Recepción y aceptación final: 20/05/2024

Resumen: Se introduce la discusión del presente número en torno al trabajo de Juan Pablo Mañalich referido a la ontología de las normas. Tras contextualizar el debate en torno a la naturaleza de las normas y sus dos principales concepciones elaboradas por Alchourrón y Bulygin, se analizan las consecuencias que se siguen de la adopción de una u otra, tanto para el derecho penal como para la concepción de los sistemas jurídicos en general. Luego de ello, se presenta de forma general qué implica la adopción de una teoría artefactualista de las normas. Asimismo, se explican los principales puntos de desacuerdo entre comentaristas y el trabajo de Mañalich en cada uno de los asuntos tratados.

Palabras clave: Ontología de las normas, teoría de las normas, teoría artefactualista de las normas

Abstract: The discussion of the present issue of “Revista Discusiones” is introduced around the work of Juan Pablo Mañalich concerning the ontology of norms. After contextualizing the debate around the nature of norms and their two main conceptions elaborated by Alchourrón and Bulygin, the consequences of adopting one or the other are analyzed, both for criminal law and for the conception of legal systems in general. Subsequently, a gen-

* Máster en Derecho público, Universidad de Chile, becaria doctoral CONICET-UBA, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: aolavealbertini@derecho.uba.ar.

eral presentation is made of what adopting an artifactual theory of norms implies. Likewise, the main points of disagreement between commentators and Mañalich's work on each of the issues addressed are explained.

Keywords: Ontology of norms, Norm-Theory, artifactual theory of norms

1. Ontología de las normas y reconstrucción de los sistemas jurídicos

En el número de la revista *Discusiones* que acá se presenta, el debate gira en torno a la ontología de las normas, específicamente las normas de comportamiento. Se trata de un problema cuyo estudio –principalmente en el ámbito de la teoría del derecho– adquiere especial interés durante la segunda parte del siglo XX, en particular entre quienes en la época habían dedicado sus investigaciones a la incipiente rama de la lógica de las normas (o proposiciones normativas), a partir de estudios de lógica deóntica cuya “patada inicial” suele atribuirse a Georg Henrik von Wright (Navarro y Rodríguez, 2014, p. X).

No llama la atención que en este contexto hayan sido Alchourrón y Bulygin quienes –con el rigor analítico que caracterizó sus obras–, hayan establecido los términos en los que el debate se lleva a cabo hasta hoy, reconociendo dos principales posturas en los trabajos que hasta entonces hubieren tratado, de forma directa o más bien periférica, la naturaleza de las normas (Alchourrón y Bulygin, 1997; Alchourrón y Bulygin, 2021). Tampoco resulta sorprendente que la forma en que ambos autores reconstruyeran el debate refleje las discusiones de filosofía del lenguaje de la primera y segunda mitad del siglo XX, en particular a partir de lo que se conoce como el “desafío pragmático” que se da al estudio de los lenguajes naturales. Este estudio estuvo enfocado, hasta entonces, en lo que Brandom llama el “proyecto clásico del análisis”, a saber, las relaciones semánticas entre vocabularios (Brandom, 2008, pp. 1-2). Así y como se verá, concepciones expresivas de las normas parecieran responder al desafío pragmático, desafío referido a concepciones que se centran en el estudio de relaciones semánticas entre normas, tal y como lo reflejarían –en mayor o menor medida– concepciones hiléticas.

En lo que sigue se contextualizarán los trabajos en los que Alchourrón y Bulygin desarrollan las dos concepciones referidas a la naturaleza de normas, mencionando algunas de las consecuencias que se siguen de la adopción de una u otra concepción. Esto sentará las bases para introducir los principales puntos del debate dado a partir del trabajo de Juan Pablo Mañalich (2024). Esto es importante, toda vez que se trata de un trabajo que no se limita a presentar una alternativa a las concepciones clásicas, sino que tiene el ulterior objetivo de mostrar cómo la concepción artefactualista tendría el mérito de dar cuenta de ciertas características fundamentales de las normas, comprensión que a su vez permite dar luz acerca de la solución a importantes controversias doctrinales hoy vigentes en el estudio de la dogmática penal.

El presente número, por ello, se presenta como una forma de diálogo entre el derecho penal y la teoría del derecho. Esto tiene la virtud no sólo de “aterrizar” conceptos propios de la teoría del derecho a cuestiones específicas de una rama del derecho positivo tal como lo es el derecho penal, sino que también permite mostrar cómo la adopción explícita de un determinado instrumental conceptual proveniente de la teoría del derecho, a saber, la adopción de una particular teoría de las normas, tiene importantes consecuencias para la comprensión de nuestras prácticas punitivas y para dar luz acerca de cuestiones fundamentales de la dogmática penal hasta hoy controvertidas.

2. Entre decir y hacer: la concepción hilética y la concepción expresiva

El estudio de la ontología de las normas gira en torno a la pregunta acerca de qué clase de entidades son las normas, considerando especialmente que en el uso del lenguaje normativo pareciera asumírseles como alguna clase de entidad existente. Predicamos de las normas su pertenencia o no a ciertos sistemas jurídicos, hablamos de métodos de creación de normas en distintos sistemas jurídicos y discutimos acerca de distintas interpretaciones de una o más normas. Ahora bien, de esto no se sigue necesariamente su existencia en tanto entidades, pues siempre es posible afirmar que se trata

de un uso metafórico del lenguaje (tal como sucede cuando se utiliza el lenguaje propiamente intencional para hablar de objetos que no poseen intencionalidad, por ejemplo, al predicar “capricho” de una impresora que no funciona).

Quienes afirman esto último tienden a abogar en contra de lo que, consideran, no sería más que un ejercicio de reificación: preguntarse acerca de la ontología de las normas implica postular la existencia de entidades que no significarían aporte alguno para efectos de la teoría del derecho, específicamente en el sentido de que sería posible estudiar las instituciones jurídicas sin recurrir al uso del concepto de “norma” en tanto entidad, violando así el principio de parsimonia.¹

Tanto las concepciones criticadas por Mañalich como la que presenta como alternativa preferible comienzan desde la vereda contraria, afirmando que tendría sentido considerar a las normas como entidades, pero difiriendo en cuanto a qué clase de entidades serían. Acá es donde la obra de Alchourrón y Bulygin permite hacer las veces de punto de partida, pues uno de sus grandes aportes fue postular la existencia de dos principales concepciones de normas: la concepción hilética y la concepción expresiva.

Comenzando desde la constatación de que las normas pueden ser formuladas lingüísticamente a modo de prescripciones (Bayón, 1991, pp. 249-250 y nota 11), la pregunta por su ontología nace con la finalidad de distinguir las de otras entidades susceptibles de formulación lingüística (Vilajosana, 2010, p. 36). Para esto, la concepción hilética se centra en el nivel semántico, siendo la norma el contenido de significado de la formulación lingüística. En este sentido, se constata que sería posible que distintas oraciones de carácter descriptivo (oraciones asertivas) tengan el mismo significado, a partir de lo cual sería posible distinguir entre la formulación

¹ Al respecto, véase Thomasson (1999, pp. 137-139), acerca de qué ha de entenderse como parsimonia y mostrando formas de “falsa parsimonia” en las que se elimina arbitrariamente a algunas entidades o clases de entidades, pero no a otras que comparten las propiedades que se usan para justificar la eliminación de las primeras. Asimismo, véase Thomasson (2007, pp. 152-153), acerca de la plausibilidad de utilizar el principio de parsimonia, originalmente pensado para explicaciones causales, para preferir entre una u otra teoría filosófica.

lingüística propia de la oración y su significado, identificando a este último con el concepto de proposición.²

Para la concepción hilética de las normas, la norma sería a su formulación lo que la proposición es a la oración asertiva. A diferencia del caso de las oraciones asertivas, cuyo significado es descriptivo, para la concepción hilética el significado (la norma) de la formulación normativa es uno prescriptivo.

Una de las virtudes de la concepción hilética está en que con ella puede explicarse el hecho de que una misma norma pueda tener distintas formulaciones. Precisamente, discusiones referidas a la interpretación de una o un conjunto de normas suelen girar en torno a qué formulación *de una* norma es preferible para efectos de la solución de un determinado caso, lo que supondría que es posible distinguir entre una norma y sus formulaciones.³ Como se mencionó, se trata de una concepción que refleja el enfoque principal de la filosofía del lenguaje durante la primera mitad del siglo XX en que –principalmente acudiendo al recurso de la lógica– se estudiaron los componentes de oraciones, sus estructuras gramaticales y sus relaciones entre ellas. De manera refleja, Alchourrón y Bulygin reconocen que la concepción hilética es reconducible a quienes se hubieron ocupado hasta entonces del estudio de la lógica deóntica y de la lógica de las normas (1997, p. 38).⁴

Una de las principales consecuencias de la adopción de la concepción hilética es que implica un compromiso con la naturaleza de las normas como entidades abstractas e ideales, es decir, entidades que no tendrían existencia espaciotemporal. Esto implica diferentes problemas para quienes la defienden. En lo que acá interesa, su principal desafío se relaciona con dar cuenta acerca de la idea de que las normas constituirían entidades que

² Alchourrón y Bulygin hacen acá referencia a Strawson (1950).

³ Por ejemplo, como lo fue el debate referido al concepto de “aborto” en el Código Penal chileno, en que se discutió si por “aborto” había que entender interrupción del embarazo o producción de la muerte del feto, siendo hoy la segunda alternativa la favorecida por la doctrina.

⁴ Acá es importante aclarar que, a pesar de dedicar parte importante de su obra al estudio de la lógica de las normas, Von Wright (1963, 1969) se inclina por una concepción expresiva, como lo reconocen Alchourrón y Bulygin (1997, p. 19-23).

“tienen historia”, es decir, del hecho de que pareciera tener sentido identificar el “inicio” de la existencia de una norma con un punto en el tiempo, al igual que podría tener sentido la referencia al “fin” de la existencia de una norma –si bien esto último resulta considerablemente más problemático–.⁵

Comenzando desde el mismo punto que la concepción hilética –la constatación de que las normas son entidades susceptibles de ser formuladas en lenguajes naturales–, la concepción expresiva se enfoca en el nivel pragmático, en particular, en la fuerza ilocutiva que las caracteriza. Esta consiste en aquello que se hace *al* expresar algo, y es dependiente de diversos factores tales como el contexto en el que aquello se expresa (Austin, 1962, pp. 94-107).⁶ El enfoque acá ya no se encuentra puesto, como en el caso de la concepción hilética, en el contenido semántico de la formulación normativa, sino en la particular fuerza pragmática que la distingue de otra clase de expresiones formuladas. Las normas se caracterizarían por su fuerza prescriptiva, diferente de oraciones asertivas, por ejemplo, que se caracterizan por su fuerza descriptiva.

En cuanto a la discusión referida a la naturaleza de las normas, piénsese en el caso de la expresión “está prohibido fumar”. Emitida por la pasajera de un tren a otra pasajera que se apresta a prender un cigarrillo, tendrá sólo fuerza descriptiva a nivel del sistema jurídico en cuestión, toda vez que no es la pasajera la que, por la vía de expresar esas palabras, se encuentra instituyendo una norma que ahora rige para quien se aprestaba a fumar (quien deberá, por ello, abstenerse de prender el cigarrillo). La pasajera, así, está informando que existe una norma que pertenece al sistema jurídico según la cual la segunda deberá abstenerse de fumar.

Distinto es el caso en que se dicta una prohibición de fumar en cualquier medio de transporte público. Acá no se estaría describiendo una situación preexistente, sino que se estaría instituyendo una nueva prescripción: “en cualquier medio de transporte público está prohibido fumar”. Lo que caracterizaría a este proceso se relaciona con la fuerza prescriptiva de las

⁵ Véase Alchourrón y Bulygin (1997, pp. 31-35, 43-45, 53-55).

⁶ Valga la aclaración de que también la intención del hablante es uno de los factores que determina qué fuerza ilocucionaria tendrá su expresión mas *no es la única* y, por ello, constituye un error identificar a la fuerza ilocucionaria con la intención del hablante.

normas: para prescribir se requiere tener el estatus de autoridad. Además de esta característica fundamental que deberá detentar quien prescriba, existirían ulteriores condiciones que deben darse para poder reconocer que una determinada expresión tiene la fuerza ilocutiva de una prescripción. Y para determinar en qué consisten estas condiciones, será fundamental para quienes defienden la concepción expresiva enfocarse en la situación comunicacional y contexto que se da entre emisora (y su estatus de autoridad) y receptoras a quienes se les prescriben determinados comportamientos. Por esto, Alchourrón y Bulygin se refieren a esta concepción de norma como “norma-comunicación” (Alchourrón y Bulygin, 1997, p. 16).

La adopción de una concepción expresiva de las normas permite dar cuenta de al menos un aspecto del hecho de que las normas sean entidades con historia: la norma comienza su existencia cuando el acto de habla prescriptivo se haya realizado cumpliendo con las condiciones que los defensores de esta concepción identifiquen como necesarias para su perfeccionamiento. Ahora bien, Alchourrón y Bulygin reconocen que en el derecho rara vez se utiliza normas en el sentido de normas-comunicación, especialmente tratándose de reglas generales, las que “existen con total independencia de su recepción por parte de los sujetos normativos” (Alchourrón y Bulygin, 1997, pp. 22-23).⁷ De ahí que bajo la concepción expresiva postulen lo que llaman el “modelo de norma-prescripción”, que identifica a la norma con el acto en que se prescribe: la promulgación en el caso de las normas jurídicas (Alchourrón y Bulygin, 2021, pp. 112-113).

3. ¿Concepciones mutuamente excluyentes? ¿Conjuntamente exhaustivas?

Alchourrón y Bulygin reconocen explícitamente que cada concepción de las normas pone el foco en un distinto nivel de análisis de lo que caracterizaría a las normas en tanto entidades: si aquello que las distingue de

⁷ Si bien reconocen que en la categoría de error de prohibición como eximente (utilizan “excusa”) de responsabilidad en el derecho penal indicaría que las normas penales serían concebidas a veces como normas-comunicación.

otras entidades lingüísticas es su sentido o si aquello que las distingue es su fuerza pragmática. Y, como podrá anticiparse, de esta afirmación es posible plantearse la pregunta acerca de cuál sería la relación en la que se encuentran ambas concepciones. Por una parte, cabe hacerse la pregunta acerca de si ambas concepciones pueden ser verdaderas, en tanto aspectos distintos de las normas, opción que descartaran Alchourrón y Bulygin, afirmando que se trataría de concepciones incompatibles (Alchourrón y Bulygin, 2021, p. 164). Por otro lado, es posible preguntarse si ambas concepciones pueden ser falsas, en el sentido de que sería posible afirmar la existencia de al menos una alternativa a estas concepciones.⁸ En cuanto a si son mutuamente excluyentes, Mañalich reconoce que se trata de un asunto discutible, que ha sido debatido con posterioridad a las obras de Alchourrón y Bulygin. Dicho esto, se enfoca en negar su carácter de conjuntamente exhaustivas, planteando como alternativa a ambas una concepción artefactualista.

Este último punto es criticado por Arriagada (2024), quien acusa que, en su trabajo, Mañalich no prestaría suficiente atención al debate acerca de si se trata de concepciones mutuamente excluyentes. A partir de esto y examinando especialmente la propuesta de Guastini, Arriagada afirma que es posible la formulación de una “teoría intermedia” que combine aspectos de cada una de las concepciones de normas originalmente consideradas. En este sentido –y si bien estando de acuerdo en que ambas teorías no serían conjuntamente exhaustivas– denuncia que la concepción artefactualista defendida por Mañalich no sería más que una combinación de elementos de las teorías expresiva e hilética cuya pretendida originalidad, por ello, no sería tal. Propone así mirar con mayor detenimiento propuestas que podrían eventualmente ser entendidas como “intermedias” (mixtas) tales como las que identifica en los trabajos de Celano, Redondo, Kelsen y Ross.

Rodríguez (2024), por su parte, concuerda con Mañalich en que ambas concepciones no son conjuntamente exhaustivas. Así, en su comentario propondrá, a partir de trabajos previos (Ferrer y Rodríguez, 2011; Navarro y Rodríguez, 2022), tres modos de concebir las normas a partir de una comprensión de la semántica que incluye a la pragmática –separándose así

⁸ No cumpliéndose así con la ley del tercero excluido.

de la propuesta de Alchourrón y Bulygin-. Para Rodríguez, la fuerza ilocutiva de una oración forma parte del significado. De las tres alternativas de concepción de normas propuestas, Rodríguez favorecerá una concepción semántico-pragmática o selectiva, caracterizada por tener una dirección de ajuste mundo-lenguaje, en que se selecciona, de entre mundos normativamente posibles, aquellos considerados ideales.

En cuanto al concepto de dirección de ajuste, de acuerdo con como fuera postulado originalmente por Anscombe (1963, pp. 56-57) y en lo que acá interesa,⁹ este se relaciona con aquello que hace las veces de criterio de corrección en el caso de un desajuste en diferentes actos de habla: si el mundo o el lenguaje. Piénsese en las diferencias entre un acto de habla asertivo y un acto de habla directivo. En el primer caso, la dirección de ajuste es lenguaje-a-mundo, el lenguaje se ajusta al mundo; cuando hay un desajuste entre el objeto de la aserción (el mundo) y la descripción (el lenguaje), lo que corresponde es modificar la aserción. Así, el lenguaje debe ajustarse al mundo.¹⁰ En el caso de actos de habla directivos, la dirección de ajuste es la de mundo-a-lenguaje; cuando hay un desajuste entre el objeto de la directiva (el mundo) y la directiva (el lenguaje), lo que corresponde es modificar el mundo. Así, el mundo es el que debe ajustarse al lenguaje.¹¹

En el caso de la concepción semántico-pragmática o selectiva, lo que se afirma es que la norma consistiría en una selección de mundos normativamente ideales: esos mundos normativamente ideales seleccionados determinan a qué deben ajustarse las prácticas dentro del mundo actual por la vía de ser expresados por las normas (que, en ese sentido, expresan valoraciones: los mundos posibles favorecidos).

⁹ Si bien no es Anscombe sino Searle (1983, pp. 7-9) quien acuña la etiqueta “dirección de ajuste” (*direction of fit*).

¹⁰ Quien está tomando nota de cada uno de los objetos de una caja, en caso de reparar en que ha listado un objeto que en realidad no está en la caja, deberá eliminar su mención de la lista (ajustar el lenguaje) y no sacar ese objeto de la caja (ajustar el mundo).

¹¹ Quien está siguiendo instrucciones que le dicen qué objetos deberá incluir dentro de una caja, en caso de notar que ha agregado un objeto a la caja que no se encuentra en la lista, deberá sacar ese objeto de la caja (ajustar el mundo) y no incluirlo en la lista (ajustar el lenguaje).

4. Consecuencias de la adopción de una u otra concepción

En su trabajo, Mañalich introduce dos modelos contrapuestos de comprensión del conjunto de normas que tienen relevancia para el derecho penal: el modelo estándar y el modelo de la sanción. El primero presenta un compromiso con el reconocimiento de dos clases de normas analíticamente diferenciables: normas de comportamiento que requieren o prohíben conductas y normas de sanción que refuerzan lo establecido en las normas de comportamiento por la vía de establecer una sanción como respuesta a su quebrantamiento. El modelo de la sanción, por su parte, niega que sea posible diferenciar entre una y otra clase de normas.

Mientras que al modelo de la sanción le son aplicables una parte de las críticas que hiciera Herbert Lionel Adolphus Hart en *El Concepto de Derecho* (1994), lo que interesa a Mañalich es explorar una ulterior consecuencia que se seguiría de lo planteado por Hart y que permite poner en duda la comprensión de las reglas de comportamiento como imperativos. En este sentido, su objetivo no consiste en contraponer al modelo de la sanción con el modelo estándar, sino defender una noción del segundo que no se encuentre comprometida con una reconstrucción de las normas como imperativos. En otras palabras, lo que interesa a Mañalich es explorar si el modelo estándar está necesariamente comprometido con una concepción de las normas de comportamiento como imperativos.

4.1. Concepción expresiva: relación entre norma y deber en el derecho penal

En este punto es donde se pone de manifiesto la importancia de la discusión referida a la ontología de las normas de comportamiento en relación con el estudio de categorías propias del derecho penal. Usando como punto de partida a Hart (1994, pp. 38-39), las normas de sanción penal son entendidas como reglas secundarias toda vez que establecen consecuencias identificables como sanciones para determinadas conductas constitutivas de la infracción de un estándar: las normas de comportamiento. El carácter

primario de estas últimas se sigue de que su infracción es un presupuesto para la aplicación de la sanción correspondiente.

Acá, Inés Godinho (2024) plantea dudas respecto del alcance de la tesis defendida, en particular, se pregunta acerca de la relación entre las normas de comportamiento y el concepto de disvalor. Se trata de una cuestión de especial relevancia en la tradición penal,¹² en particular porque tiene sentido que sea éste el ámbito en que concierne la cuestión acerca de qué conductas son consideradas disvaliosas. En este sentido, busca aclarar si las normas de comportamiento pertenecen al sistema penal o si aquello que les brinda pertinencia penal es la norma de sanción que, eventualmente, las acompaña.

El que se les otorgue a las normas de comportamiento una función “de valoración” del disvalor de ciertas conductas ha llevado en algunos casos a identificar a las normas de comportamiento con prescripciones. Esto tiene sentido pues la sanción se entiende como una consecuencia de una conducta disvaliosa que se busca excluir por la vía de una prescripción. Y nótese acá que se trata de una concepción de las normas de comportamiento cuyo eventual compromiso con la concepción expresiva de las normas debería volverse patente: se caracteriza a las normas de comportamiento a partir de su fuerza prescriptiva.

Este compromiso, considera Mañalich, resulta problemático pues se trata de una concepción de las normas que tradicionalmente ha sido defendida por distintas versiones de imperativismo cuya nota característica estaría dada por caracterizar a las normas de comportamiento como “imperativos”. Este compromiso contra una comprensión imperativista de las normas es desafiado por Godinho en su comentario, quien, citando a Renzikowski, afirma que en último término la norma de comportamiento se impone y es aquello lo que permitiría distinguir a la norma de una sugerencia.

Para Mañalich, el problema de la caracterización de normas como imperativos y, en particular, de la adopción de un modelo de norma-comunicación enfocado en la relación en la que se encuentran emisora y receptora, lleva a defensores de estos modelos a afirmar que las normas de comportamiento sólo llegan a existir cuando es posible reconocer una relación tal, relación que depende, a su vez, de que la receptora tenga de

hecho capacidad de seguimiento de la norma. Esto, a su vez, implicaría una identificación (confusión, para quienes rechacen este modelo) entre las categorías de norma y deber.

En este punto, Godinho (2024) plantea algunas interrogantes en relación con el concepto de capacidad que maneja Mañalich. Si se descarta que la capacidad individual de seguimiento de la norma sea un requisito de la existencia de esta última ¿cuáles serían los requisitos para que una persona pueda ser considerada destinataria de la norma? ¿Existe un mínimo de agencia requerido para poder reconocer a una destinataria de la norma?

Todas estas cuestiones ponen de manifiesto una de las importantes consecuencias que tiene la adopción de una teoría acerca de la naturaleza de las normas para la comprensión del sistema penal. Pues existen fundamentales diferencias entre quienes defienden la necesidad de que las normas de comportamiento incorporen en su contenido las condiciones bajo las cuales una persona se encuentra obligada a ella y quienes distinguen entre el contenido de la norma y las obligaciones que de ella se derivan.

Un segundo punto que se pone en discusión dice relación con una crítica general que se hace a la concepción expresiva: su eventual incapacidad para dar cuenta de que las normas persisten en el tiempo, más allá del acto mismo de prescripción (en este caso la promulgación). Al hacer suya esta crítica, afirma Rodríguez (2024), Mañalich no se detendría lo suficiente en una ambigüedad existente en la obra de Alchourrón y Bulygin que de hecho reconoce, a saber, si se identifica a la norma con el acto de prescripción o con su resultado. Para Rodríguez, si se identifica con su resultado (aunque no se haya aclarado en qué consistiría éste) entonces no habría problema para reconocer a las normas como entidades que persisten en el tiempo.

4.2. Concepción hilética: relación entre normas y hechos sociales en los sistemas jurídicos

Como se mencionó, dado su enfoque en las prescripciones como guías de conducta, la concepción expresiva tiene especial predominancia en el ámbito penal. Distinto es el caso de la concepción hilética, cuya adopción se presenta más bien entre quienes se dedican a la teoría del derecho. En

este sentido, las consecuencias de la adopción de una concepción hilética se manifiestan, más que en la comprensión de alguna rama del derecho, en nuestra forma de comprender al sistema jurídico en general y, especialmente, en cuanto a su relación con la existencia de hechos sociales.

Así, en este punto las críticas de Mañalich se relacionan con el que bajo esta concepción las normas serían entidades ideales, lo que tiene como consecuencia que se considere a la promulgación no como el acto que inicia la existencia de una norma sino como un acto de selección de normas que existirían fuera del tiempo y el espacio. Esto, pues las normas serían significados y los significados, en tanto entidades ideales, serían atemporales y aespaciales. La promulgación, así, no se correspondería con el inicio de la existencia de una norma sino con la selección de una norma de existencia ideal. Esto tendría como consecuencia que las normas así concebidas serían independientes de la existencia de hechos sociales.

Específicamente, dos son las consideraciones que lo llevan a rechazar esta concepción. Primero, que la idea de proposiciones sin valor de verdad sería carente de sentido. Por ello dos oraciones cuya fuerza ilocutiva sea diferente (una descripción y una orden) pueden exhibir un mismo contenido proposicional (piénsese en el ejemplo dado más arriba en que “está prohibido fumar” puede tener distinta fuerza ilocutiva). Acá se manifiesta una diferencia entre Mañalich y Rodríguez (2024)¹³ pues, mientras el primero afirma que el contenido proposicional de un acto de habla (determinado por su sentido y su referencia) es analíticamente distinguible de su fuerza ilocucionaria, el segundo defiende que los aspectos ilocucionarios formarían parte del significado, pudiendo distinguirse entonces entre significados descriptivos o representativos y significados prescriptivos, por ejemplo.

Segundo, que las normas son entidades que tienen existencia temporal, algo de lo que la concepción hilética –de acuerdo con Mañalich– no puede dar cuenta. Usando el estudio de Max Black (1962), Mañalich reconoce a las normas como entidades que pueden ser enunciadas sin que hayan de ser confundidas (identificadas) con su formulación. De esto depende que sea verdadera la afirmación de que una regla es susceptible de ser formulada de variadas formas (es decir, que puede tener más de una formulación).

¹³ Rodríguez reconoce que podría tratarse de una diferencia “meramente verbal”.

En este sentido, Black (1962, pp. 102-103) afirma que la sugerencia de que una norma es un significado que admite diversas formulaciones (distintas combinaciones de palabras, “P”) tendría como consecuencia que “la regla formulada por P” podría ser sustituida por “el significado de P” *salva veritate*. Mas ello no es posible, toda vez que la expresión “sigo la norma formulada por P” tiene sentido, mientras que “sigo el significado de P” no tiene sentido. El argumento es recogido por Mañalich quien afirma que no tiene sentido decir que alguien quebranta una oración, mas sí decir que alguien quebranta una regla.

Respecto a esta segunda crítica, Rodríguez acusa a Mañalich de utilizar un argumento falaz: asumiría que de ninguna clase de significado se puede predicar que es quebrantado, lo que presupone que no puede haber significados prescriptivos, presuposición que constituye el núcleo de la propuesta de la concepción hilética. Así, y de acuerdo con Rodríguez, Mañalich estaría usando como supuesto aquello que pretende demostrar.

5. Conveniencia pragmática de la postulación de normas como entidades

Frente a las dificultades reconocibles en cada una de las concepciones “clásicas” de la ontología de las normas, cabe preguntarse si no valdrá la pena renunciar a considerar a las normas como entidades. Como se mencionó, esta no es la vía adoptada ni por Mañalich ni por comentaristas en el presente número. Para el primero, es a partir de la obra de la filósofa Amy Thomasson que es posible justificar seguir considerando a las normas como entidades.

Thomasson defiende –a partir de lo que llama “ontología fácil”– la pertinencia de afirmar la existencia de objetos abstractos sin comprometerse con una ontología platonista (que los considera entidades fuera de todo tiempo y espacio). Esto lo hace por la vía de utilizar un concepto formal y no sustantivo de “existencia” cuyo núcleo se encuentra en las condiciones de aplicación de los conceptos cuya existencia se discute. Así aboga por una aproximación a la ontología de las cosas a partir de la propuesta de Carnap, consistente en distinguir entre preguntas existenciales internas y externas (Thomasson, 2015, pp. 29-45).

Para Carnap (1956), las preguntas acerca de la existencia de algún objeto son internas cuando el término utilizado para hacer referencia a dicho objeto fuera usado. El correcto uso de un determinado término dependerá de la categoría que defina el marco lingüístico bajo el cual el término opere. Así, si se está haciendo referencia a una o más normas por la vía de usar el concepto de “norma”, el marco lingüístico que determinará su uso correcto será el propio de las instituciones jurídicas. Si, por otra parte, se está haciendo referencia a un ser vivo para preguntarse si pertenece o no a la clase de los mamíferos, el marco lingüístico que ha de utilizarse será el de la biología. Se trata de preguntas, en consecuencia, cuyo enfoque está en el análisis conceptual (instituciones jurídicas) o empírico (biología) según el marco lingüístico en cuestión y a cuya respuesta se llega justamente a través del estudio conceptual o empírico.

En este sentido, discusiones acerca de qué condiciones deben verificarse para que un comportamiento cuente como contrario a una norma o la relación en que se encuentran una o más normas, entre otros debates, se dan dentro del marco lingüístico de las instituciones jurídicas, en el que el término “norma” es usado asumiendo su existencia.

Las preguntas externas, por otro lado, son aquellas que se refieren a un término sin utilizarlo, mencionándolo. Al tratarse de casos de mención de un término, no se enmarcan en el contexto lingüístico que determinaría el correcto uso del éste, sino que se sitúan fuera de dicho contexto. Para Carnap, se trata de preguntas que sólo tienen sentido si el interés de quienes las plantean está en resolver si resulta conveniente o no adoptar y desarrollar un determinado marco lingüístico (“¿es conveniente que hablemos de ‘normas’ como algo distinto de las prácticas y actitudes de quienes pertenecen a una comunidad?”). En este sentido, se trata de preguntas a cuya respuesta se arriba a través de consideraciones pragmáticas. A partir de esta distinción, entonces, son dos las clases de respuestas a preguntas existenciales que se pueden dar a preguntas internas: conceptuales o empíricas. En el caso de preguntas externas, las respuestas son propiamente pragmáticas.

De acuerdo con Mañalich, la pregunta externa referida a la conveniencia de considerar a las normas como entidades debe responderse afirmativamente: el propósito que vuelve conveniente hablar de las normas de comportamiento como entidades es que esto permite reconocer su función en

el razonamiento práctico como “razones completas”. En este punto, Rodríguez (2024) objetará que tenga sentido caracterizar a las normas como razones justificativas (que justifican acciones, en contraposición con aquellas que explican acciones), en particular a partir del planteamiento de Raz (1975), quien afirmaría que las razones son hechos.

Afirmar la conveniencia pragmática de que el marco lingüístico propio de las instituciones jurídicas incluya al concepto de “norma” en tanto entidad permite mostrar que existen fundamentos para descartar que la indagación acerca de su naturaleza constituya nada más que una hipóstasis. Mas esto es sólo el punto de partida de la indagación respecto a la ontología de las normas de comportamiento. Así, Arriagada (2024) plantea en su comentario que en el trabajo de Mañalich no quedaría del todo claro si esta indagación ontológica se corresponde con una investigación de índole conceptual, en tanto pregunta interna acerca de las condiciones de aplicación del término “norma”.

Arriagada (2024) distingue entre “lo existente” y los conceptos” planteando que constituirían extremos de un continuo. Para aclarar el desafío que plantea, Arriagada utiliza como ejemplo al personaje de historietas conocido como “Hombre araña”. Hablantes familiarizadas/os con este personaje de ficción y competentes en el uso de “Hombre araña”,¹⁴ afirma Arriagada, pueden usar el concepto, estando sin embargo también dispuestas a afirmar que el Hombre araña no existe. Para Arriagada, el que un concepto sea usado no implica su existencia “en un sentido más exigente”, a saber, en el sentido en que hablantes competentes están dispuestas a afirmar que las arañas existen.

Para Arriagada (2024), la naturaleza de las normas no se corresponde ni con la del personaje de ficción “Hombre araña” ni con la de las arañas.

¹⁴ Una defensa a la posibilidad de que existan nombres sin referencia (como aquellos con los que se identifica a personajes de ficción) a partir de la obra de Kripke se encuentra en Thomasson (1999, pp. 44-49). Valga la aclaración que tal vez en este caso no necesariamente “Hombre araña” pueda ser entendido como un nombre, considerando que distintos personajes de ficción han cumplido el rol de “Hombre araña”.

6. Una concepción artefactualista de las normas

Una vez afirmada la conveniencia pragmática de no abandonar el concepto de “norma” como entidad, y habiendo descartado las concepciones hilética y expresiva, Mañalich presentará una concepción alternativa que permita dar cuenta de la naturaleza de las normas: la concepción artefactualista. Lo que caracteriza, a grandes rasgos, a teorías artefactualistas es que su objeto de estudio se corresponde con entidades (artefactos) cuya nota determinante es que han sido creadas para cumplir con alguna función. Se trata de una concepción que ha sido especialmente fértil para dar cuenta de la ontología de “obras del intelecto” tales como lo son los personajes de ficción y las obras literarias, pues no renuncia a que sean concebidas como objetos existentes, mas no utiliza el recurso de la existencia ideal para dar cuenta de esto.

No resulta sorprendente, en este sentido, que la teoría artefactualista haya sido igualmente adoptada por algunos juristas para dar cuenta de las instituciones jurídicas como entidades abstractas, en particular porque es común reconocer al derecho como una clase funcional: una cuya característica principal está dada porque sus componentes se definen a partir de su función.¹⁵ Así, entre finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, juristas comenzaron a estudiar el derecho a partir de la idea de que éste constituye un artefacto.¹⁶

Acá nuevamente el punto de partida de Mañalich será la obra de Thomasson (1999, 2003 y 2015) y su estudio de la naturaleza de personajes de ficción y, en particular, la posible clasificación que se pueda hacer de ellos en tanto entidades. Thomasson se centra en las relaciones de dependencia de estos personajes con otras entidades, analizando cuál es la relación entre un personaje u obra de ficción y las entidades cuya existencia es o fue necesaria para poder predicar existencia de los primeros.

A modo de ejemplo, Alicia (la protagonista de “Alicia en el país de las maravillas”) existe porque alguna vez existió Lewis Carroll, si bien su existencia hoy no depende de que Lewis Carroll siga existiendo (en este caso, de que siga con vida). Así, en un universo distópico como el de *Fahrenheit*

¹⁵ Para una breve explicación de qué se deberá entender por “clase funcional”, véase Moore (2000, pp. 311-313).

¹⁶ Véase Burazin, Himma y Roversi (2018, pp. vii-xi).

451 en el que cada ejemplar de *Alicia en el país de las maravillas* y *A través del espejo y lo que Alicia encontró ahí* fueran quemados (y asumiendo que no existen otras representaciones del personaje, como las películas de Tim Burton), que Alicia siga existiendo dependerá de que sea recordada por una o más personas. Ambas obras de ficción de Carroll, por su parte y salvo que hayan sido memorizadas por completo por al menos una persona, habrán dejado de existir en tanto entidades abstractas (piénsese en obras que se perdieron en la destrucción de la biblioteca de Alejandría).

Esta clase de análisis llevará a Thomasson (1999, 2003 y 2015) a proponer criterios de clasificación de entidades abstractas de acuerdo con sus relaciones de dependencia de otras entidades. A partir de este instrumental conceptual, Mañalich analizará a las normas en tanto artefactos abstractos según las relaciones de dependencia que las caracterizarían.

Particularmente importante para el debate es la clase de relación de dependencia en la que –de acuerdo con Mañalich y a partir de la taxonomía de relaciones de dependencia de Thomasson– se encuentran normas de comportamiento con respecto a hechos sociales.

Para Rodríguez, acá la concepción artefactualista de las normas adolece de un importante problema, a saber, la dificultad de predicar de normas que han sido creadas o destruidas. Ahora bien, tras reconocer que dicho problema es uno que se da respecto de entidades concretas (de “existencia empírica”), considera que la categoría de artefactos abstractos se enfrenta a dificultades a la hora de explicar la naturaleza de las normas, particularmente porque en su caracterización más corriente, de acuerdo con Rodríguez, los artefactos abstractos no poseerían ni existencia espaciotemporal ni serían susceptibles de relaciones causales. Esto último determinaría la dificultad para entender cómo una entidad abstracta podría comenzar a existir.

Arriagada, por su parte, considera que la relación entre normas y hechos sociales constituye un dilema al que todo estudio sobre el estatus ontológico de las normas se encuentra enfrentado y que Mañalich pasaría por alto, tergiversando el debate. Este dilema sería acerca de si corresponde tratar a las normas tanto como entidades independientes de “hechos empíricos” (como resultado de éstos) y, a la vez, como esquemas conceptuales a partir de los cuales estos hechos se interpretarían; o si corresponde tratarlas solamente como estos últimos, como “meras perspectivas”.

7. Teoría de las normas y derecho penal

Caracterizar a las normas a partir de su función implica importantes desafíos, algunos de los cuales son considerados por Godinho (2024). En particular, el reconocimiento de una determinada función de las normas de comportamiento requerirá también explicitar la relación entre ésta y aquello que hace las veces de fundamento legitimador de la norma. En la tradición penal, ello ha solido plantearse a partir de la idea de la protección de bienes jurídicos. Esto motiva a Godinho a preguntar si corresponde identificar a los bienes jurídicos como aquello que les confiere legitimidad a las normas de comportamiento, como aquello cuya protección se corresponde con su función, o ambas.

Asimismo –y en la misma senda de las preguntas que antes plantea acerca de la rama del derecho a la que pertenecerían las normas de comportamiento–, indica que cabría indagar acerca del específico lugar que corresponde a los bienes jurídicos dentro del derecho. Si su lesión no es algo cuya pertinencia sea exclusivamente penal, esto tendrá consecuencias para la forma de entender el concepto de “injusto” en áreas tales como el derecho civil y el derecho administrativo.

Plantear a las normas como artefactos abstractos y analizar su naturaleza a partir de sus relaciones de dependencia permite, concluye Mañalich, dar cuenta de dos aspectos fundamentales de las normas que las concepciones expresiva e hilética no logran explicar: primero, que las normas de conducta se corresponden con directivas impersonales y, segundo, que su existencia debe ser identificada con la existencia de ciertos hechos sociales.

Así, mientras el primer aspecto está directamente relacionado con consecuencias penales que se pueden seguir de nuestra concepción de las normas de conducta, el segundo se vincula con nuestra comprensión de las instituciones jurídicas fundamentales, como lo son los procesos de creación de normas. Este es un punto que resalta Godinho (2024) al afirmar que la necesidad de normas de comportamiento sólo surge desde comunidades y no individuos. Invita así a pensar en la relación entre las normas de comportamiento y determinados contextos en los que se puede encontrar una comunidad a lo largo del tiempo, contextos que determinarán la clase de normas que estas comunidades adopten, no sólo normas jurídicas sino todas aquellas que

hagan posible la coexistencia pacífica dentro de la comunidad. Incluyendo en este grupo a las normas de la moral –adoptando una concepción de moral crítica–, Godinho se pregunta si son aquellas condiciones mínimas para una convivencia pacífica (reflejadas en las normas morales y en la cultura) lo que constituye la dependencia de las normas de comportamiento de los estados intencionales de los individuos, miembros de la comunidad.

El trabajo de Mañalich y los comentarios de Arriagada (2024), Godinho (2024) y Rodríguez (2024) muestran con claridad la importancia del estudio de la teoría de las normas para la comprensión de nuestras prácticas jurídicas, además de poner de manifiesto la íntima relación en la que se encuentran la teoría de las normas y el derecho penal, y las consecuencias que se siguen de la adopción de una determinada concepción sobre las normas. Esperamos que este gran mérito haga las veces de invitación a la lectura y a continuar la discusión referida a un problema de larga data, esta vez a partir de nuevas perspectivas.

Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1997). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, 2ª ed. México D.F.: Fontamara.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2021). *Análisis lógico y derecho*, 2ª ed. Madrid: Trotta.
- Anscombe, G. E. M. (1963). *Intention*, 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press.
- Arriagada, M. B. (2024). Entre el hombre araña y las arañas. Sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas. *Discusiones*, 32(1).
- Austin, J. L. (1962). *How to do things with words*. Londres: Oxford University Press.
- Bayón, J. C. (1991). *La normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Black, M. (1962). *Models and Metaphors*. Ithaca, Nueva York: Cornell University Press.
- Brandom, R. (2008). *Between Saying and Doing*. Oxford: Oxford University Press.

- Burazin, L.; Himma, K. E. y Roversi, C. (2018). *Law as an Artifact*. Oxford: Oxford University Press.
- Carnap, R. (1956). *Meaning and Necessity*, 2ª ed. Chicago: Chicago University Press.
- Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Godinho, I. F. (2024). Una concepción artefactualista de las normas de comportamiento. Algunos comentarios a un ensayo de Juan Pablo Mañalich R. *Discusiones*, 32(1).
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- Mañalich, J. P. (2024). Las normas de comportamiento como artefactos deónticos. *Discusiones*, 32(1).
- Mir Puig, S. (2004). Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06(02). Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>.
- Moore, M. S. (2000). *Educating Oneself in Public*. Oxford: Oxford University Press.
- Navarro, P.E. y Rodríguez J.L. (2022). Concepciones de las normas. En J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso, P. E. Navarro y J. L. Rodríguez (eds.). *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea, Vol. I* (pp. 185-204), Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons
- Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Raz, J. (1975). *Practical Reason and Norms*. London: Hutchinson.
- Rodríguez, J. L. (2024) ¿Sueñan las normas con ovejas eléctricas? Sobre las normas como artefactos. *Discusiones*, 32(1).
- Searle, J. (1983). *Intentionality*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Strawson, P. (1950). On Referring. *Mind*, 59(235), 320-344.
- Thomasson, A. (2015). *Ontology Made Easy*. Nueva York: Oxford University Press.
- Thomasson, A. (2007). *Ordinary Objects*. Oxford: Oxford University Press.
- Thomasson, A. (1999). *Fiction and Metaphysics*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Vilajosana, J. M. (2010). *El Derecho en Acción*. Madrid: Marcial Pons.
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Von Wright, G.H. (1983). *Practical Reason*. Oxford: Basil Blackwell.

Las normas de comportamiento como artefactos deónticos

Conduct Norms as Deontic Artifacts

Juan Pablo Mañalich R.*

Recepción: 27/02/2023

Evaluación: 10/04/2023

Aceptación final: 01/06/2023

Resumen: El artículo presenta una conceptualización de las normas de comportamiento punitivamente reforzadas a partir de una clarificación de su estatus ontológico. Tras dar cuenta de algunas controversias doctrinales que muestran la importancia de esa indagación, ofrezco una caracterización crítica de las dos concepciones en torno de las cuales ha tendido a girar el debate contemporáneo acerca de la ontología de las normas en el campo de la teoría del derecho, conocidas como la concepción “expresiva” y la concepción “hilética”. En oposición a estas, sostengo que una concepción “artefactualista” está 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.

Palabras clave: teoría de las normas, derecho penal, ontología de las normas, imperativismo, artefactualismo.

Abstract: The article presents a conceptualization of penally reinforced conduct norms upon a clarification of their ontological status. After giving

* Doctor en derecho, Universidad de Bonn, Alemania. Profesor titular, Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile, Santiago. Correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl. Agradezco a María Beatriz Arriagada C., Flavia Carbonell B., Gissella López R., así como a dos árbitros anónimos, por múltiples observaciones y sugerencias a las que espero haber hecho justicia al preparar la versión definitiva del texto. Salvo indicación en contrario, son propias las traducciones al español de textos citados por su versión en un idioma diferente.

an account of some doctrinal controversies that show the importance of the inquiry, I offer a critical characterization of the two conceptions around which the contemporary debate on the ontology of norms within legal theory has tended to revolve, which are known as the “expressive” and the “hyletic” conception. In opposition to these, I hold that an “artifactualist” conception is in better conditions to provide the point of departure in the elaboration of a theory of norms for the systems of criminal law, purged of any imperativistic residue.

Keywords: theory of norms, criminal law, ontology of norms, imperativism, artifactualism.

1. Las normas de comportamiento como reglas regulativas

1.1. El modelo estándar

En su introducción a un reciente volumen dedicado a la teoría de las normas como “fundamento de una dogmática jurídico-penal universal”, Renzikowski (2022) ofrece una caracterización sucinta, pero informativa, de las claves que dominan el debate doctrinal contemporáneo en lo que a la teoría de las normas del derecho penal respecta. Nuclearmente, lo que ha sido denominado el “modelo estándar” (Engländer, 2013, p. 194) asume un compromiso “dualista” con la distinción entre normas primarias de comportamiento y normas secundarias de sanción (Renzikowski, 2022, pp. 9-10). Así, por ejemplo, la norma que penaliza el homicidio, por la vía de correlacionar el correspondiente supuesto de hecho con una determinada consecuencia jurídica de naturaleza punitiva, se nos presenta como la norma (secundaria) de sanción que refuerza la prohibición de matar a otro ser humano (nacido), en la que consiste la norma (primaria) de comportamiento cuya contravención es delictiva. La defensa de este modelo, cuya paternidad en el ámbito de discusión germano-parlante es atribuida a Binding (1922),¹ suele ir aparejada de la impugnación de la principal

¹ Véase Kaufmann (1954, pp. 3-35) y Hilliger (2018, pp. 14-30). Acerca de los paralelismos y las divergencias reconocibles entre los planteamientos de Bentham y Binding a este res-

concepción rival que tradicionalmente le ha sido opuesta, consistente en el “modelo de la sanción” (Engländer, 2013, p. 194), según el cual no sería posible diferenciar la pretendida norma de comportamiento de la norma de sanción que la reforzaría punitivamente. La presentación más detallada de semejante enfoque monista, crucialmente inspirado por la temprana crítica que Kelsen (1911, pp. 270-308) dirigiera contra la concepción de Binding, es obra de Hoyer (1996, pp. 40-81), quien ha elaborado un “modelo alético” (en oposición a “deóntico”) de teoría de las normas, el cual renunciaría a todo compromiso con la noción de deber.

Uno de los argumentos más recurrentemente esgrimidos para refutar el modelo de la sanción, que se remonta a Hart (2012, p. 39), apunta a la necesidad –y, por ende, a la falta de superfluidad– de la postulación de normas primarias, capaces de imponer deberes de abstención o de acción, en cuya contravención quedaría fundada la ilicitud de un comportamiento que pueda servir como antecedente de la imposición de una consecuencia jurídica interpretable como una sanción penal. De esto dependería que, verbigracia, una pena de multa pueda ser diferenciada de una tasa o un impuesto (Renzikowski, 2022, p. 12).² No deja de ser interesante que, abogando por el modelo estándar, Renzikowski (2017a, pp. 335-339) apele a una caracterización de las normas primarias de comportamiento, *à la* Raz, como razones (jurídicas) para la acción. Esto último parece difícil de compatibilizar con la categorización de esas mismas normas como “imperativos”, y más precisamente como “órdenes del legislador [dirigidas] a los ciudadanos” (Renzikowski, 2022, p. 16), desde ya si consideramos que Raz (1990, pp. 49-50) explícitamente desestimaba que la palabra “prescripción” (*prescription*), en cuanto designativa o bien de un “tipo de significado” o bien de un “tipo de acto de habla”, fuera adecuada para aludir a lo que él proponía tematizar como una “norma obligante” (*mandatory norm*).³

pecto, véase Renzikowski (2005, pp. 115-124).

² Una exposición exhaustiva de las objeciones susceptibles de ser dirigidas contra el modelo de la sanción se encuentra en Engländer (2013, pp. 198-205). En el plano de la teoría general del derecho y de la lógica de las normas, véase Wozzley (1968) y Weinberger (1974a).

³ Para una reconstrucción (parcialmente crítica) de la caracterización raziana de las normas jurídicas de comportamiento como razones institucionales para la acción, véase Mañalich (2022a, pp. 407-418; pp. 425-435).

Siendo indudable que Binding (1922, pp. 36-45) identificaba toda norma cuya trasgresión imputable pueda ser delictiva con un “imperativo”, la pregunta que me interesa someter a consideración aquí es la de si el modelo estándar de teoría de las normas del derecho penal necesita descansar en tal conceptualización imperativista.⁴ Una consideración rigurosa de la caracterización que Hart ofreciera de las “reglas del derecho penal” sugiere que la respuesta tendría que ser negativa (Mañalich, 2012).

En un pasaje de su *The Concept of Law* que ha tendido a recibir insuficiente atención de parte de quienes teorizan acerca de los sistemas de normas de sanción penal, Hart (2012, p. 97) nos presenta una caracterización de estas como *reglas secundarias de adjudicación*. En cuanto tales, su particularidad consistiría en que se trata de “reglas que especifican o a lo menos limitan las sanciones” que quedan asociadas a la trasgresión de las “reglas de obligación” que aquellas refuerzan. Esto quiere decir, más precisamente, que las normas de sanción institucionalizan el despliegue centralizado de presión a favor de la conformidad de la conducta de los miembros del respectivo grupo social con las respectivas reglas que imponen deberes. Con ello, la aplicabilidad de una norma de sanción penal determina que quien ha realizado (imputablemente) su supuesto de hecho pase a ocupar una cierta posición institucional, consistente en quedar expuesto a la imposición de una sanción penal de cierta índole. En terminología hohfeldiana, esa posición consiste en una *sujeción* al castigo, cuya posición correlativa tendrá el carácter de un *poder* punitivo (Mañalich, 2021, pp. 40-48).⁵

Pero no es únicamente respecto de la estructura y la función de las normas de sanción penal que la consideración de los planteamientos de Hart

⁴ Valga la precisión de que, si bien Binding defendió una concepción imperativista de aquellas entidades que él mismo llamaba “normas”, él no defendió una concepción imperativista de *todas* las entidades susceptibles de ser identificadas –en la terminología de Atienza y Ruiz Manero (2004)– como “piezas del derecho”; de ahí que, por ejemplo, Binding (1922, pp. 7-35) negara que las “leyes penales”, entendidas como reglas secundarias que refuerzan punitivamente algún conjunto de normas primarias, tengan el carácter de imperativos, puesto que aquellas no serían, a su vez, “normas”. Para la distinción entre concepciones imperativistas de las normas y concepciones imperativistas del derecho, véase Mañalich (2014a, pp. 481-484).

⁵ Acerca de la categorización de la punibilidad como especie de sujeción correlativa a un poder punitivo, véase Nino (1980, pp. 232-234).

puede llevar a una drástica revisión de algunos lugares comunes asociados al esfuerzo por elaborar una teoría de las normas del derecho penal. La caracterización de las normas de sanción penal como reglas secundarias de adjudicación que refuerzan algún conjunto de normas de comportamiento *qua* reglas de obligación depende, como Hart lo observara, de que la consecuencia jurídica especificada por semejante regla de adjudicación pueda ser entendida como una *sanción*, y más precisamente: como una forma de castigo. Así, las normas de sanción son reglas secundarias, porque su función consiste en correlacionar alguna forma y magnitud de castigo con la *trasgresión* de una o más reglas de obligación, que a su respecto cuentan, en tal medida, como primarias. Precisamente en esto consiste que, en los términos de Raz (1980, pp. 24-25, 150-152), las reglas de una y otra clase se encuentren conectadas entre sí por una correspondiente “relación punitiva”. Y recién a partir de esta premisa se vuelve inteligible la caracterización de la consecuencia jurídica impuesta sobre una persona a la que se imputa un comportamiento de cierta índole como una *pena*, esto es, como una reacción coercitiva –a lo menos parcialmente– fundada en que el comportamiento que se le imputa representa una desautorización de una norma primaria que sirve como estándar de comportamiento jurídicamente correcto. Puesto que las reglas primarias susceptibles de ser así punitivamente reforzadas cumplen una función *directiva*, en cuanto califican deónticamente determinadas formas de comportamiento, ellas tienen el carácter de reglas *regulativas* (Mañalich, 2019, pp. 414-417).⁶

A primera vista, la función así atribuida a las normas cuya trasgresión puede ser delictiva parecería vincular su existencia a un uso *prescriptivo* del lenguaje, lo cual se ve reflejado en que, a veces, la noción de regla regulativa sea tenida por equivalente a la de *prescripción* (Von Wright, 1963, pp. 7-8).⁷ Esta terminología tiene el inconveniente de sugerir ya una respuesta –a saber: la ofrecida por la llamada “concepción expresiva”– a la pregunta

⁶ Para una presentación de la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas, véase Vilajosana (2010, pp. 20-24); más recientemente, y con algunos importantes refinamientos, Orunesu y Rodríguez (2022, pp. 189-199).

⁷ Véase Rodríguez (2021, pp. 44-49).

por el estatus ontológico de las reglas regulativas, a saber: la respuesta tradicionalmente favorecida por las diferentes versiones de imperativismo.⁸

1.2. Normas y antinormatividad

Algunas de las dificultades implicadas en la identificación de una norma punitivamente reforzada con un “imperativo” se vuelven fáciles de reconocer si prestamos atención al giro que experimentó el pensamiento de Santiago Mir Puig en lo tocante a la definición del concepto “positivo” de antijuridicidad.⁹

Aunque manteniendo su previo compromiso con la premisa de que una norma “de determinación” –entendida como una norma cuya función sería influir motivacionalmente en el comportamiento de sus destinatarios– no podría prohibir o requerir la producción o el impedimento de un resultado (Mir Puig, 1983, pp. 9-13), Mir Puig llegó a aceptar la proposición de que la antijuridicidad de un comportamiento eventualmente punible podría depender de su contribución al acaecimiento de un resultado. Esto pasaría por rechazar “la identificación de antijuridicidad objetiva y antinormatividad”, que él había abrazado en sus trabajos más tempranos, por tratarse de nociones “radicalmente divergentes” (Mir Puig, 1994, p. 8).

¿Pero qué habría que entender por “antinormatividad”? Mir Puig (1994) nos ofrecía la siguiente definición:

⁸ Por supuesto, es perfectamente concebible que, a modo de estipulación, a los términos “prescripción” y “prescribir” sea atribuido un significado que los disocie de la concepción expresiva de las normas. El punto es que, bajo uno de sus usos más extendidos, esos términos funcionan como equivalentes a “orden” y “ordenar”, respectivamente, lo cual vuelve conveniente prescindir de ellos para lo que aquí interesa.

⁹ Para lo que sigue, véase Mañalich (2022b, pp. 702-705). En el presente contexto, el concepto “positivo” de antijuridicidad especifica la propiedad de un comportamiento consistente en ser ilícito bajo el conjunto de normas jurídicas con incidencia en su calificación deóntica. Esto, en contraste con el concepto “negativo” de antijuridicidad, que especifica la propiedad de un comportamiento consistente en no estar cubierto por (al menos) una norma permisiva o liberadora reconocida como una “causa de justificación”; al respecto, Mañalich (2023, pp. 878-881). Acerca de la distinción entre normas de permisión y de liberación, véase *infra*, nota 39.

El juicio de antinormatividad *no puede* recaer directamente sobre lo que el legislador *quiere* evitar [...], sino solamente en aquello sobre lo que la norma puede influir: una conducta objetivo-subjetiva que el sujeto pudo evitar y saber prohibida. Lo antijurídico en el sentido de antinormativo es lo *imputable* como infracción *personal* de la norma (p. 8).

Es absolutamente crucial notar que, por esta vía, Mir Puig identificaba la antinormatividad de un comportamiento con una propiedad que este recién exhibiría en cuanto comportamiento *imputable* a una persona. En estos términos, se trataría de una propiedad cuya ejemplificación por el comportamiento respectivo no sería susceptible de ser constatada sin consideración a las capacidades y actitudes atribuibles a la persona en cuya “cuenta” ese comportamiento pudiera ser registrado. Y el problema es que, si la noción de antinormatividad, así definida, tuviera que ser equiparada a la de antijuridicidad, como Mir Puig lo sostuviera más tempranamente, de ello se seguirían dos consecuencias que posteriormente él tuvo por inaceptables, a saber: (1) que “la efectiva producción del resultado no podría considerarse antijurídica”; y (2) que “la posibilidad de conocimiento de la norma por el sujeto habría de exigirse como condición de la antijuridicidad” (Mir Puig, 2004, p. 13).¹⁰

Según Mir Puig (2004), una y otra implicación de su definición del concepto de antinormatividad se explicarían por “[...]el modo de operar de una norma imperativa y de sus límites”, en cuanto ella “[s]e emite por un sujeto (en Derecho penal, el legislador) y se dirige a unos destinatarios, para influir en su motivación y, a través de ella, en su conducta” (p. 13). Esto descansaría en que por “norma” habría que entender

un mensaje prescriptivo (que puede llamarse imperativo) que procede de un emisor (legislador) y se dirige a determinados destinatarios (ciudadanos) y cuyo contenido consiste en la prohibición o prescripción de una conducta determinada en determinadas circunstancias (Mir Puig, 2004, pp. 7-8).

¹⁰ A la misma doble conclusión llega Renzikowski (2017b, pp. 639-642) a partir de la premisa de que el “objeto” de una norma de comportamiento sólo podría estar constituido por “acciones de personas”.

Desde el punto de vista de sus consecuencias, el concepto de norma asumido por Mir Puig es uno que, enfatizando la identificación una norma –en cuanto “imperativo”– con un “mensaje”, lleva a que lo que ella regula sea dependiente de las capacidades y actitudes de quien aparece, en cada ocasión, como su destinatario. Así, “[e]ntendida como infracción de la norma, la anti-juridicidad requeriría la posibilidad de acceder ella”, de lo cual se seguiría que “[l]a inimputabilidad profunda y el error de prohibición invencible serían causas de exclusión de la antijuridicidad penal” (Mir Puig, 2004, p. 15).

A esto subyace la adopción de lo que más abajo será analizado como el modelo de la “norma-comunicación”, de acuerdo con el cual la existencia de una norma de naturaleza “prescriptiva” tendría que ser entendida como la existencia de una *relación* (“normativa”) entre un emisor y un receptor, la cual no podría configurarse si el receptor del mensaje carece de la capacidad para ajustar su comportamiento a esta. El problema al que da lugar este modelo comunicacional se conoce como “el problema del destinatario” (Kaufmann, 1954, pp. 121-132): si la aplicabilidad de una norma al comportamiento de un agente depende de que este se encuentre individualmente capacitado para darle seguimiento, entonces de la existencia de esa capacidad en el respectivo agente dependería que su comportamiento pueda ser enjuiciado como ajustado o desajustado a la norma en cuestión. Y esto supone hacer depender la respuesta a la pregunta por la caracterización deóntica del respectivo comportamiento de la satisfacción de una condición adscriptiva, la cual debería interesar, más bien, para determinar la eventual responsabilidad del agente por el comportamiento eventualmente antinormativo.

Esta confusión categorial entre antinormatividad e imputación explica que quienes se inclinan por (intentar) resolver de ese modo el pretendido problema del destinatario entiendan que de ello se seguiría la imposibilidad de diferenciar, siquiera analíticamente, las condiciones de cuya satisfacción depende que un comportamiento sea constitutivo de un “injusto”, por un lado, de las condiciones de cuya satisfacción depende que ese injusto haya de ser caracterizado como “culpable”, por otro.¹¹

¹¹ En el debate doctrinal más reciente, véase Rostalski (2018, pp. 105-107). Para una crítica pormenorizada de este planteamiento, véase Kindhäuser (2021, pp. 735-758). Para una

1.3. De la función a la ontología de las normas de comportamiento

En cuanto determinado por la identificación de una norma de comportamiento con un “mensaje” transmitido desde su emisor hasta su receptor, el derrotero recién descrito reposa, más basalmente, en la asunción de una concepción *imperativista* de las normas. Ante esta constatación preliminar, la pregunta pertinente podría ser la siguiente: ¿existe alguna vía teórica para ofrecer una categorización diferente de las normas de comportamiento 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?

Si ponemos la vista en 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. Pues esta discusión ha tendido a girar, en lo fundamental, en torno al contraste de las dos concepciones de las normas (*qua* reglas regulativas) que Alchourrón y Bulygin (1997, pp. 37-41; 2021, pp. 161-167) denominaron “concepción expresiva” y “concepción hilética”.¹² Y si advertimos que el imperativismo constituye la versión históricamente paradigmática que ha conocido la concepción expresiva, entonces parecería que la única alternativa disponible para desacoplar la elaboración de una teoría de las normas del derecho penal de su trayectoria imperativista consistiría en abrazar la concepción hilética. Pero esta sería una conclusión precipitada. Si bien es discutible (y discutido) que, como afirmaran Alchourrón y Bulygin (2021, p. 164), las dos concepciones por

muy bien documentada revisión histórico-dogmática del problema en el marco del debate doctrinal alemán e italiano, véase Molina (2001, pp. 283-365).

¹² Entre las muchas presentaciones y problematizaciones disponibles de la distinción, véase González Lagier (1995, pp. 344-350); Vilajosana (2010, pp. 36-43); Calzetta y Sardo (2014, pp. 46-49); Guastini (2018); Agüero (2019, pp. 17-23); Rodríguez (2021, pp. 62-65, 93-97); y Navarro y Rodríguez (2022, pp. 186-190). Una exhaustiva reconstrucción de la distinción es ofrecida en Bayón (1991, pp. 248-306). En la literatura jurídico-penal, una recepción de la distinción se encuentra en Molina (2001, pp. 568-573). Para un llamado de atención acerca de la (problemática) reducción del debate iusfilosófico acerca de la ontología de las normas a la controversia acerca del estatus de las reglas regulativas, véase Arriagada (2022, pp. 390-395).

ellos contrastadas sean mutuamente excluyentes,¹³ aquí interesa enfatizar que, contra lo que a veces se sugiere (Caracciolo, 1997, p. 162), ellas no son conjuntamente exhaustivas: *tertium datur*.¹⁴

Algunas claves para perfilar una concepción alternativa de las normas de comportamiento, que no quede expuesta a las dificultades que respectivamente enfrentan la concepción expresiva y la concepción hilética, pueden ser extraídas de la descripción que Hart nos ofreciera de la función que cumplirían las reglas de obligación reforzadas por reglas secundarias que fijan sanciones para su trasgresión. Ello se vería reflejado en “la técnica característica del derecho penal” en cuanto herramienta de control social, consistente en “designar, a través de reglas, tipos de comportamiento como estándares que provean una guía, sea para los miembros de la sociedad como un todo, sea para clases especiales [de individuos] dentro de ella” (Hart, 2012, p. 38). Un aspecto crucial de esta técnica radicaría en que de aquellos para quienes estas reglas tendrían que proveer una guía de comportamiento se espera que las entiendan, que se ocupen de reconocer si son aplicables y de ajustar su conducta a ellas, o dicho más sucintamente: que “‘apli[quen]’ las reglas ellos mismos a ellos mismos” (Hart, 2012, p.

¹³ Para la refutación de ese aserto, véase Bayón (1991, pp. 254-264, pp. 291-303); desde una perspectiva diferente, Calzetta y Sardo (2014, pp. 50-51); Guastini (2018, párr. 5-10). Para una reciente defensa de una concepción “semántico-pragmática”, véase Rodríguez (2021, pp. 94-97) y Navarro y Rodríguez (2022, pp. 198-202), cuyo argumento descansa en la premisa de que el contenido proposicional y la fuerza ilocutiva de un acto de habla estarían conectados ya “en el nivel semántico”.

¹⁴ La tesis de que, frente a lo sugerido en el texto principal, la distinción entre las concepciones expresiva e hilética sí sería exhaustiva supone que –aun dejando fuera de consideración la concepción artefactualista aquí favorecida– ni la llamada “concepción sintáctica”, defendida por Hernández Marín (2012, pp. 33-47) y según la cual las normas jurídicas habrían de ser identificadas con *textos*, ni lo que pudiera ser denominado una “concepción sintáctico-semántica” constituirían genuinas alternativas a aquellas; véase Rodríguez (2021, pp. 62-63). Valga la precisión de que, de acuerdo con el uso (canónico) de la expresión “concepción sintáctica”, esta no designa una concepción que coincida con aquello que en Mañalich (2014a, pp. 484-489) es etiquetado como una “definición sintáctica” del concepto de norma, definición que reconstruye la estructura de una norma a partir de la estructura gramatical de una *oración deóntica* que pudiera servir como su formulación, más *sin* identificar la norma con la oración en cuestión. Para evitar posibles confusiones terminológicas, creo ahora preferible abandonar esta última denominación.

39). Esto nos provee de un punto de partida para una reformulación no imperativista del ya referido modelo estándar.

¿Pero en qué ha de consistir una “regla primaria de obligación” para que ella pueda cumplir semejante función en el razonamiento práctico de sus “destinatarios”?¹⁵ La respuesta a esta pregunta es lo que tendría que ser provisto por una adecuada categorización ontológica de las normas de comportamiento en cuanto reglas regulativas. La tesis que aquí se defenderá reza como sigue: una regla (jurídica) regulativa puede ser entendida como una “directiva permanente” (Searle, 2010, p. 97), cuyo estatus ontológico, al igual que el de una regla (jurídica) constitutiva, es el de un *artefacto institucional abstracto*.¹⁶

En lo que sigue quisiera hacer explícitas las deficiencias que aquejan, diferenciadamente, a la concepción expresiva y a la hilética para, sobre esa base, dar cuenta de las ventajas comparativas que, frente a cada una de ellas, exhibe la concepción artefactualista. Con esto espero contribuir a la superación del déficit que, según Hilliger (2018, pp. 30-33), afectaría a la “discusión acerca de la perdurabilidad de la teoría de las normas” del derecho penal en una senda como la marcada por Binding, consistente en una falta de elucidación de sus premisas iusfilosóficas. Ello parece ser imprescindible para que, como ha sugerido Renzikowski (2001), la teoría de las normas en efecto pueda funcionar como un “puente entre la dogmática jurídico-penal y la teoría general del derecho” (p. 110).

Dado que, en el desarrollo del argumento, el foco estará puesto en el estatus ontológico de las normas jurídicas, y en particular de aquellas que

¹⁵ Para una problematización de la metáfora del “destinatario” en la tematización del universo de personas en relación con las cuales la respectiva regla es aplicable, véase Hart (2012, pp. 21-22).

¹⁶ Acerca de las reglas constitutivas como “declaraciones permanentes”, véase Searle (2010, pp. 12-13, 97). Así, mientras que las reglas regulativas pueden ser entendidas como artefactos *deónticos*, las reglas constitutivas pueden ser entendidas como artefactos *poéticos*. El uso del adjetivo “permanente” (*standing*), por parte de Searle, para cualificar la caracterización de las reglas de una y otra clase como “directivas” y como “declaraciones”, respectivamente, tendría que ser tomado como indicativo de que su estatus ontológico *no* es el propio de un acto de habla. Esto es tendencialmente reconocido por Roversi (2010, pp. 236-238), quien a propósito del “rol pragmático” de las reglas constitutivas sugiere que la apelación a su “típico punto ilocutivo” descansaría en una extrapolación.

consisten en reglas regulativas, puede ser oportuno introducir la siguiente prevención. Contra lo sostenido por Narváez (2015, pp. 72-80, 82-86), aquí se asumirá que hablar de las normas jurídicas como entidades discretas (de alguna índole) no entraña confusión filosófica alguna; tampoco si se las concibe, en un sentido que todavía habrá que esclarecer, como entidades intensionales y, por ello, abstractas (*infra*, 3.3. y 4.2.). Pues la sugerencia de que “aunque tenga sentido decir que existen infinitas normas no lo tiene decir que las normas son entidades” (Narváez, 2015, p. 74) es difícilmente inteligible, dado que decir de algo que es una entidad es, trivialmente, tratarlo como algo existente (Agüero, 2022, pp. 77-79).

Siguiendo la recomendación hecha por Thomasson (2015, pp. 69-80, pp. 83-95) en su defensa de una forma de deflacionismo metaontológico comprometida con un “principio de tolerancia”, 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. Con ello, y precisamente porque, en la senda de Carnap, la aceptación o el rechazo del marco lingüístico al interior del cual pueda plantearse 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 (Narváez, 2015, pp. 79-80), el problema pasa a ser el de si hablar de las normas jurídicas como entidades discretas sirve algún propósito que vuelva conveniente, y así admisible, esa jerga (Thomasson, 2015, pp. 30-45). Y tal como lo sugiriera Raz (1990, pp. 76-80), es justamente para hacer reconocible la función que, en general, las “normas obligantes” pueden desempeñar en nuestro razonamiento práctico, *qua* “razones completas”, que incurrimos en la correspondiente hipóstasis o “reificación” que, a mi juicio infundadamente, Narváez (2015, pp. 82-83) denuncia.¹⁷

¹⁷ Más pormenorizadamente sobre este problema, Mañalich (2022a, pp. 414-418), en referencia inmediata al planteamiento de Raz.

2. La concepción expresiva de las normas

2.1. ¿Las normas como entidades efímeras?

De acuerdo con Alchourrón y Bulygin (2021, p. 163), la concepción expresiva identificaría la existencia de una norma social o jurídica con el resultado de un uso prescriptivo del lenguaje. Con ello, 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” (Alchourrón y Bulygin, 2021, p. 164).¹⁸ Según esta caracterización preliminar, la concepción expresiva no sería sino una concepción imperativista de las normas, reinterpretada en la forma de una concepción *pragmática* (Rodríguez, 2021, p. 63).

La concepción expresiva no logra dar cuenta de que, en general, cuando pensamos en una norma pensamos en una entidad (discreta) cuya existencia perdura en el tiempo.¹⁹ Pues, si una norma es entendida como una orden impartida por un emisor y dirigida a un receptor, correspondiéndose así con lo que Ross (1968, pp. 38-39) llamó una “directiva personal”, entonces su existencia tendría que ser concebida como efímera, en cuanto anclada a la particular situación de habla en la cual la orden en cuestión es emitida.²⁰ Como lo sostuvieran Alchourrón y Bulygin (2021), “el acto de ordenar puede ser descripto como el acto de *promulgar una norma*”, el cual “tiene una existencia temporal, aunque instantánea”, pero así también la norma, *en cuanto resultado* del correspondiente acto imperativo, “tiene una existencia instantánea, de misma manera que el acto de ordenar [...]” (pp. 168-169).²¹

¹⁸ Acerca de la ambigüedad “proceso/producto” incidentalmente reconocible en la caracterización de la concepción expresiva ofrecida por Alchourrón y Bulygin, véase Rodríguez (2021, p. 63, nota 74) y Navarro y Rodríguez (2022, pp. 189-190).

¹⁹ Cuando así es usada la expresión “norma” para designar una regla regulativa, su alcance es el de aquello que Von Wright denominara una “prescripción general con respecto a la ocasión” (1963, pp. 79-80).

²⁰ Al respecto, véase la objeción que Bentham esgrimiera contra la aptitud del término “orden” (*order*) para designar una norma jurídica (1970, pp. 10-11).

²¹ En contra, véase Kelsen (1960): “La norma puede valer cuando el acto de voluntad en cuyo sentido ella consiste no existe más. Y más aún, ella adquiere vigencia cuando el acto de

Una consecuencia marcadamente contraintuitiva de esto, y que Alchourrón y Bulygin (2021, pp. 168-171) hacían explícita en su presentación de la concepción expresiva sobre el trasfondo de su anterior defensa de la concepción hilética, consiste en que con base en la primera no sería posible conceptualizar los sistemas normativos como sistemas *de normas*. Si un sistema normativo (*qua* sistema “estático”) es un conjunto ordenado cuya identidad depende de la identidad de los elementos que lo conforman,²² entonces estos elementos no pueden consistir en normas, si estas son entendidas como entidades cuya existencia temporal quedaría circunscrita a la concreta situación de habla en la que la respectiva orden es emitida. Antes bien, un sistema normativo, en ese mismo sentido, tendría que entenderse conformado por las *proposiciones* en las que consistirían los contenidos de las normas en cuestión. Con ello, un sistema normativo tendría que ser identificado con el conjunto de las proposiciones que han sido (explícita o implícitamente) “ordenadas” por la respectiva autoridad normativa,²³ y que además no hayan sido “rechazadas” por esta (Alchourrón y Bulygin, 2021, pp. 169-173).

Pero aun prescindiendo de lo desafortunado que resulta ser el abandono de la representación de los sistemas normativos como conjuntos de normas, y más allá de cuán problemática es la identificación de las nociones de promulgar y ordenar (*infra*, 2.3. y 2.4.), es importante tomar nota de una dificultad adicional. En efecto, el reconocimiento de que la pertenencia o no-pertenencia de una proposición “ordenada” al respectivo conjunto puede depender de la realización de un acto de “rechazo”, el cual no admitiría ser entendido como una especie de acto imperativo, brindaba a Alchourrón y Bulygin una primera razón para evitar la reducción del “expresivismo” a una teoría imperativa de las normas. Pues, dada la necesidad de aceptar “diversos tipos de actos normativos”, “el expresivismo no tiene porqué ligar su suerte a la del imperativismo” (Alchourrón y Bulygin, 2021, p. 173).

voluntad en el cual ella consiste ha cesado de existir” (p. 36).

²² Para la distinción entre las nociones de sistema jurídico estático y sistema jurídico dinámico, véase Rodríguez (2021, pp. 325-349).

²³ Acerca de la falta de inteligibilidad de la jerga según la cual una proposición pudiera ser “ordenada” o “mandada”, véase, sin embargo, Bayón (1991, p. 262, nota 29).

2.2. El modelo de la norma-comunicación

El esfuerzo por resistir la pretendida implicación de que la existencia de una norma sería necesariamente efímera quizá logre explicar la opción que algunos partidarios de la conceptualización de las normas como “imperativos” toman a favor de redefinir la existencia de una norma como la existencia de una *relación* (“normativa”) que necesitaría darse entre un emisor y un receptor en lo concerniente a la captación del “mensaje” que el primero transmitiría al segundo (Von Wright, 1963, pp. 116-118).²⁴ Esta manera de abordar el problema de la ontología de las normas es particularmente reconocible en la persistencia con la que el ya mencionado “problema del destinatario” sigue generando dificultades a quienes favorecen una concepción imperativista de las normas de comportamiento punitivamente reforzadas, y que por ello se inclinan por identificar la existencia de una norma con la existencia de una relación comunicativa entre un emisor y un destinatario.²⁵

Una de las implicaciones de esta manera de pensar acerca del estatus ontológico de las “normas prescriptivas” sería que semejante relación normativa no podría configurarse si el receptor de la prescripción no posee el conjunto de capacidades necesarias para orientar su comportamiento con base en aquella (Molina, 2001, pp. 573-596). Esto, porque “uno no puede tomar una orden de otro, a menos que uno tenga la capacidad de cumplirla” (Von Wright, 1963, p. 115), lo cual mostraría que la existencia misma de una orden quedaría condicionada por el principio según el cual “deber implica poder” (Von Wright, 1963, pp. 109-111).²⁶

La dificultad conceptual que afecta a este enfoque se vuelve reconocible en la siguiente descripción, ofrecida por Von Wright (1963), de aquello en lo que consistiría el “lapso vital” de una norma:

²⁴ Tal enfoque es exhaustivamente presentado y defendido en Molina (2001, pp. 568-601). Para una aproximación enteramente distinta al problema de la ontología de las normas, véase Von Wright (1969, pp. 91-96).

²⁵ Al respecto, y críticamente, véase Alchourrón y Bulygin (1997, pp. 16, 19-23). Fundamental sobre esto, véase Kindhäuser (2021, pp. 739-746).

²⁶ Para una propuesta de refutación del argumento que sustentaría este aserto, véase Mañalich (2009, pp. 49-54; 2019, pp. 417-419).

The life-span of a prescription is thus the duration of a relationship between a norm-authority and one or several norm-subjects. As long as this relationship lasts, the prescription is said to be *in force*. The existence of a prescription is not the fact, as such, that it has been given, but the fact that it is in force (p. 118).

Pero resulta a lo menos curioso afirmar que la existencia de una norma no consistiría en el hecho de haber sido “dada”, sino en el hecho de que se genere y subsista una relación entre quien la ha “dado” y aquel o aquellos a quienes ella ha sido “dada”. ¿Significa esto que la norma que es meramente “dada” es algo que, como tal, todavía no existe? ¿Cómo es posible “dar” algo que no existe? Von Wright mostraba tener consciencia de esta dificultad cuando observaba que no sería correcto identificar la norma prescriptiva, tomada como una orden, con la correspondiente “relación bajo la norma” (Von Wright, 1963, p. 117). Pero inmediatamente a continuación, él agregaba que ello no obstaría a que sea correcto afirmar que, cuando el uso del lenguaje prescriptivo resulte en el establecimiento de tal relación, “entonces la prescripción ha sido dada, el acto normativo exitosamente ejecutado y la norma ha adquirido existencia” (Von Wright, 1963, p. 118). Con esto, es manifiesto que la dificultad conceptual no ha sido disipada, pues en este último pasaje se sigue hablando de la prescripción “dada” como algo distinto de la norma que, eventualmente, adquiere existencia.²⁷

El problema que afecta al modelo de la norma-comunicación se hace reconocible en la circularidad involucrada en su propia presentación.²⁸ Si la “existencia” de una norma en cuanto mensaje prescriptivo dependiera de que quien aparece como su potencial destinatario tenga “acceso” a ella, ¿entonces qué es exactamente aquello a lo cual el destinatario tendría que tener “acceso”? La respuesta difícilmente pueda ser otra que: la norma en cuestión. Pero entonces la norma no puede ser algo cuya existencia esté condicionada por el “acceso” que su destinatario pueda tener a ella (Kindhäuser, 2021,

²⁷ Una estrategia filosófica para intentar dar sustento a la idea de que cabría hacer referencia a una prescripción ya emitida como una prescripción todavía “no existente” podría consistir en asumir una –muy problemática– ontología “meinongiana”, que se distingue por admitir *entidades inexistentes*; críticamente al respecto, Thomasson (1999, pp. 14-17), en referencia inmediata al estatus de los “objetos ficcionales”.

²⁸ Aquí reproduzco el planteamiento presentado en Mañalich (2022b, pp. 704-705).

pp. 437-445, 741-746). El punto ha sido advertido, con toda claridad, por Pawlik (2012): “Una norma de comportamiento no puede, ella misma, enunciar las condiciones bajo las cuales alguien resulta obligado por ella; en tal caso, ella tendría que poder hacer referencia a sí misma” (p. 255).²⁹

Para advertir por qué, consideremos el siguiente ejemplo de una norma cuya formulación autorreferente llevaría a que la antinormatividad de un comportamiento bajo esa norma quedara excluida si quien incurre en ese comportamiento estuviera afectado por un error de prohibición invencible, y que podríamos enunciar así: “prohibido matar a otro, salvo que se mate a otro bajo un error invencible acerca del alcance de esta misma prohibición”. El problema es este: puesto que la cláusula “bajo un error invencible acerca del alcance de esta misma prohibición” formaría parte de la formulación de la norma así “concretizada” en atención a la situación epistémica de su potencial destinatario, no hay razón alguna para descartar que el alcance de esa misma cláusula pudiera ser, a su vez, objeto de una representación errónea –digamos: de segundo orden– por parte de su potencial destinatario. Y en la medida en que esa representación errónea llegara a tener el carácter de un error invencible, entonces la misma premisa que, supuestamente, volvería necesaria aquella primera concreción de la prohibición tendría que llevar a admitir una segunda operación de concreción, y así sucesivamente *ad infinitum*.

Esto muestra que la posibilidad misma de que una norma logre obligar a quien aparece como su destinatario depende de que aquello que esa norma prohíbe o requiere sea insensible a –en el sentido de: invariable según– las capacidades y actitudes de aquel. Aquí se encuentra, bajo una de sus lecturas admisibles, el núcleo del célebre argumento de Wittgenstein (1984, §§ 198-202) acerca del problema del “regreso de las reglas”: para que el comportamiento de un agente respecto de quien la regla es aplicable

²⁹ Fundamental al respecto, véase Kindhäuser (2021, pp. 749-751). El punto no es debidamente advertido por Robles (2019, p. 3), según quien la oración “te ordeno que no pongas veneno en el café de A” formularía una norma (no viciosamente) autorreferente. La cláusula “te ordeno” funciona aquí, empero, como un indicador de la fuerza ilocutiva del acto de habla en cuestión, lo cual lo convierte en un “performativo explícito” –véase Austin (1975, pp. 67-73)–, mas sin que ello conlleve autorreferencialidad alguna de la orden así emitida.

pueda entenderse sometido a esta, es necesario que el alcance de la regla no esté a su disposición.³⁰

2.3. El modelo de la norma-prescripción

Es justamente esta dificultad conceptual lo que explica que Alchourrón y Bulygin contrapusieran a semejante modelo de la “norma-comunicación” el modelo de la “norma-prescripción”. Acertadamente, ellos advertían que “el término ‘norma’ rara vez es usado en el sentido de ‘norma-comunicación’”, al menos en la medida en que nuestro universo de discurso esté constituido por normas consistentes en reglas de alcance (más o menos) general en lo tocante a sus destinatarios (Alchourrón y Bulygin, 1997, pp. 21-22). De ahí que para dar cuenta del estatus ontológico de las normas sea preferible adoptar el ya aludido modelo de la norma-prescripción, en conformidad con el cual “todo acto (serio) de promulgar una norma (= todo acto de prescribir) da lugar a la existencia de una norma” (Alchourrón y Bulygin, 1997, p. 28).

No deja de ser interesante notar que, en su intento por defender la plausibilidad del modelo de la norma-comunicación, Molina no pueda más que conceder que, bajo ese modelo, en rigor no cabe hablar de la existencia de alguna “genuina” norma general, en cuanto dirigida a una multiplicidad de destinatarios. Esto, porque hablar de una norma tal no sería más que “una forma de referirse a normas individuales que imponen obligaciones a sujetos determinados” (Molina, 2001, p. 547).³¹ El hecho de que, por esta vía, Molina (2001, pp. 553-568) se incline por hacer colapsar la distinción entre una norma en cuanto premisa obligante y las obligaciones que aquella puede situacionalmente fundamentar es indicativo de que

³⁰ Para una reconstrucción pragmatista de este argumento, que apela a la inexorable dependencia que toda regla explícitamente formulada tiene respecto de algún conjunto de estándares implícitos en la práctica de su aplicación, y que en último término determinan la corrección o incorrección de la aplicación de la regla en cuestión, véase Brandom (1994, pp. 20-23).

³¹ Inmediatamente a continuación, Molina ofrece el mismo análisis de la noción de una norma general en referencia a lo que Von Wright (1963, pp. 79-82) denominara la “ocasión”.

su planteamiento descansa en la identificación de las categorías de norma y deber. Esta confusión subyace a la jerga según la cual la “genuína” norma recién “surgirá” cuando se satisfacen las condiciones de existencia de la relación normativa que necesitaría darse entre el emisor y el receptor de la prescripción (Molina, 2001, p. 547), lo cual resuena en la aún más oscura jerga según la cual la norma en cuestión solo estaría “completa” si “se han valorado *todos* los aspectos del hecho que son relevantes para la responsabilidad” (Robles, 2017, p. 841). Esta manera de hablar vuelve ininteligible la proposición de que, verbigracia, lo que convierte a dos homicidios en instancias de un mismo género delictivo es el hecho de que sus respectivos autores han quebrantado, justamente, una y la misma norma.³²

Pero constatar la falta de plausibilidad del modelo de la norma-comunicación no equivale a validar el modelo de la norma-prescripción. Pues, si bien este tiene, indudablemente, la ventaja de hacer posible conceptualizar las normas como entidades cuya existencia no es dependiente de las capacidades y las actitudes de quienes pueden fungir como sus destinatarios, el precio que un enfoque prescriptivista, fundado en la concepción expresiva de las normas, tiene que pagar por ello es demasiado alto. Ya se ha mostrado que esta concepción enfrenta dificultades para explicar adecuadamente el hecho de que, *qua* entidad discreta, una norma usualmente persista más allá de la situación en la cual es emitida la orden en la cual, pretendidamente, consistiría la norma en cuestión. Pero a esto se añade que la identificación de una norma con una orden desconoce más fundamentalmente que, en consideración a nuestras prácticas lingüísticas, el estatus ontológico de una norma consistente en una regla regulativa no puede ser el de un efecto de un acto de habla imperativo.

En un importante trabajo dedicado al “análisis de las reglas”, Black (1962, p. 105) observaba que, mientras que “ordenar” (en el sentido de “mandar”), “prometer” y “preguntar” son verbos que designan géneros de

³² Para esta noción de género delictivo, véase Binding (1922, p. 190), en cuyos términos una multiplicidad de especies de hecho punible (verbigracia: el homicidio “simple”, el asesinato, el parricidio, etc.), diferenciadas en el nivel de las respectivas normas de sanción, tendrá como base un mismo género delictivo en la medida en que todas ellas se correspondan con la trasgresión de una y la misma norma de comportamiento (verbigracia: la prohibición de matar a otro ser humano [nacido]).

acciones lingüísticas suficientemente fáciles de demarcar, no puede decirse lo mismo del verbo “reglar” (*to rule*),³³ a lo cual cabría añadir: y tampoco del verbo “regular”.³⁴ Esta última observación es pertinente, puesto que estamos tomando la expresión “regla” en el sentido de regla *regulativa* (Black, 1962, pp. 109-110). Esto no quiere decir, desde luego, que no podamos especificar un vasto conjunto de géneros de acciones identificables en términos de lo que alguien puede hacer en relación con una regla así entendida (Black, 1962, pp. 115-123).³⁵ Pero la versatilidad de usos que exhibe el sustantivo “regla” vuelve ilusorio pretender asociar el verbo “reglar” a un género de acciones que pudiera encontrarse privilegiadamente unido a la existencia de una regla. De ahí que, al comparar los significados de “orden” y “regla”, Black (1962, pp. 105-106) sugiriera que, mientras que la primera palabra funcionaría como una pieza que pertenece a un único juego, como ocurre con un peón en el ajedrez, la segunda tendría, más bien, el carácter de una carta usada en juegos muy diferentes.

Esto último se ve reflejado en que la promulgación de una norma no pueda ser identificada con la impartición de una orden (MacCormick, 1973, pp. 114-116; Hart, 1982, pp. 259-260).³⁶ En efecto, la caracterización de las normas “prescriptivas” como órdenes emitidas en la forma de actos de habla que exteriorizarían la voluntad de su emisor sustenta una representación simplistamente “voluntarista” de su soporte existencial

³³ Nótese que de las cinco acepciones que el Diccionario de la RAE ofrece de “reglar”, solo dos de ellas muestran alguna conexión con la noción de regla –a saber: “[s]ujetar a reglas algo” y “[m]edir o componer las acciones conforme a regla”–, sin que bajo alguna de ellas el verbo en cuestión designe un tipo de acto de habla más o menos distintivo.

³⁴ De cuyas cinco acepciones informadas en el Diccionario de la RAE, solo dos conciernen a algo que pueda hacerse en relación con reglas –a saber: “[a]justar, reglar o poner en orden algo” y “[d]eterminar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo”–, ninguna de las cuales, empero, especifica un tipo de acto habla más o menos distintivo.

³⁵ Valga la precisión de que, en el lugar citado, Black hace uso de la expresión “actividades” (*activities*) para hacer referencia a lo que, en términos técnicos, no son sino *acciones*. Al respecto, véase Von Wright (1963, pp. 41-42).

³⁶ Para una refutación de la tesis según la cual el acto de habla institucional generativo de una norma tendría naturaleza “prescriptiva”, en el sentido de que se correspondería con (la emisión de) una orden o un mandato, véase Bayón (1991, pp. 264-291), denunciando la insuficiente atención que semejante teoría prescriptivista presta a las implicaciones del concepto de autoridad (práctica); al respecto, véase González Lagier (1995, pp. 354-363).

(Von Wright, 1963, pp. 120-121), que queda expuesta a la objeción que Hart (2012, pp. 20-25, 66-78) dirigiera con la concepción austiniana de las “reglas de obligación”. Las funciones que puede cumplir una regla jurídica de esta clase, entre las cuales destaca la de servir como un modelo de comportamiento vinculante, serían inconcebibles si esa regla no pudiera ser *puesta en vigor*, que es lo que técnicamente tematizamos como su “promulgación”. Y como observara Black (1962, pp. 118-119), la promulgación de una regla regulativa tiene un aspecto “performativo”, que admite ser reconstruido en términos de que la promulgación de una regla se corresponde con la realización de un acto de habla *declarativo*.

Más arriba se sostuvo que una norma consistente en una regla regulativa admite ser caracterizada como una directiva permanente. Pero esto plantea la pregunta de si, entonces, la existencia de una norma de esta índole tendría que quedar necesariamente conectada con lo que pudiéramos llamar un “uso directivo del lenguaje”, esto es, con un uso del lenguaje consistente en la emisión de un acto ilocutivo de la clase de los “directivos” (Searle, 1979, pp. 13-14), y entre cuyas especies figuran las órdenes y las instrucciones. En el vocabulario de la teoría de los actos de habla, la promulgación –en el sentido de “puesta en vigor”– de una regla regulativa puede ser entendida como una especie de acto ilocutivo a través del cual un determinado estatus deóntico es impuesto sobre alguna forma de comportamiento. Esto significa que semejante acto de habla pertenecerá al género de los *declarativos* (Searle, 1979, pp. 16-20). Pero dado que la función del estatus deóntico así impuesto consiste en proveer una razón para que no sea realizada –tratándose de una prohibición– o para que sea realizada –tratándose de un requerimiento³⁷– la respectiva forma de comportamiento, la promulgación de esa regla regulativa se corresponderá con un acto de habla declarativo a través del cual será perseguido el propósito distintivamente buscado a través de un uso directivo del lenguaje (Searle, 1979, p. 28).

³⁷ La noción de “requerimiento”, en reemplazo de la más tradicional noción de “mandato”, la tomo del análisis de la forma prototípica que puede exhibir la formulación de una regla, ofrecido por Black (1962, p. 108).

Según Black (1962, p. 122), el aspecto performativo de la puesta en vigor de una regla se manifiesta en que, una vez promulgada, aquella pase a regir como “un incentivo convencional (simbólico) para la acción”.³⁸ El carácter *impersonal* de tal regla se hace reconocible en que ella no se encuentre dirigida a una o más personas individualizadas, sino “a quienquiera a quien ella puede concernir” (Black, 1962, p. 119). No es posible sobredimensionar la importancia de esto último:

Precisely because a regulation is not published in the form of a direct communication between an authority and his subjects, the regulation formula can be used by *anybody*; and when it is thus cited, it becomes a distinctive kind of motive or incentive for action (Black, 1962, p. 122).

Justamente en esto consiste el hecho de que, como observara Hart (2012), cuando una regla tal ha sido puesta en vigor, los miembros de la respectiva sociedad sean “dejados a descubrir las reglas y sujetar su comportamiento a ellas”, en términos tales que, “en este sentido, ellos ‘apli[-quen]’ por sí mismos las reglas a ellos mismos” (p. 39).

2.4. Normas permisivas y promulgación

No estaría de más concluir el análisis de la concepción expresiva notando que, con base en la caracterización de la promulgación de una norma (jurídica) de comportamiento como un acto de habla declarativo, desaparece la dificultad que aquella enfrenta a la hora de reconstruir la noción de norma permisiva.³⁹ Pues el acto (institucional) resultante en la permisión de una

³⁸ Véase Von Wright (1983, p. 54), identificando las reglas o normas (“prescriptivas”) con “desafíos simbólicos” para la acción.

³⁹ En la medida en que se adopte un concepto unilateral, y no bilateral, de permisión, lo que vale para una norma permisiva, entendida como una regla regulativa que impone el estatus deóntico contradictoriamente opuesto al de una norma de prohibición sobre aquello que ella regula, vale también, *mutatis mutandis*, para una norma liberadora, entendida como una regla regulativa que impone el estatus deóntico contradictoriamente opuesto al de una norma de requerimiento. Al respecto, véase Bentham (1970, pp. 95-96).

forma de comportamiento difícilmente podría identificarse con la derogación –entendida como un “acto de rechazo”– de una determinada proposición, que hubiera podido ser “ordenada” a través de la correspondiente prescripción.⁴⁰ Antes bien, ese acto institucional puede identificarse con la promulgación de una norma permisiva, sin que esa promulgación pueda confundirse con la ejecución de un acto de habla imperativo (Mañalich, 2014a, pp. 478-484).

Con ello, la particularidad de la promulgación de una norma permisiva se reduce al hecho de que el acto declarativo en cuestión resulta en la puesta en vigor de una norma que correlaciona una forma de comportamiento con el operador deóntico de la permisión. De la inteligibilidad de esto último depende que, a propósito de la caracterización deóntica de una acción como permitida, podamos diferenciar su eventual permisión “en sentido fuerte” (en cuanto fundada en la existencia de una norma permisiva que le sea aplicable), por un lado, frente a su eventual permisión “en sentido débil” (en cuanto fundada en la inexistencia de una norma prohibitiva que le sea aplicable), por otro (Alchourrón y Bulygin, 2021, pp. 252-255).

Pero si hay razones suficientemente poderosas como para que hagamos espacio a la categoría de norma permisiva en nuestra ontología, entonces parece inconveniente en grado sumo sostener que, mientras que la promulgación de una norma “imperativa” consistiría en la ejecución de un acto “de ordenar”, la promulgación de una norma permisiva consistiría en la ejecución de un acto “de permitir”, entendido como “un nuevo tipo de acto normativo” (Alchourrón y Bulygin, 2021, p. 186). Pues sostener esto último supone considerar el término “promulgación” como sistemáticamente ambiguo: “promulgar” significaría algo distinto según si lo promulgado es una norma “imperativa” o una norma permisiva.⁴¹ En contraste con esto, una reconstrucción teóricamente adecuada del concepto de promulgación, como uno que especifica la puesta en vigor de una norma, necesita asegurar

⁴⁰ Véase, empero, Alchourrón y Bulygin (2021, pp. 186-188), sugiriendo tentativamente que la equivalencia sustancial de los dos enfoques arrojaría que el concepto de norma permisiva “resultaría teóricamente superfluo”. Para una defensa de la sensatez de la postulación de normas permisivas, sin embargo, véase Alchourrón y Bulygin (2021, pp. 249-271).

⁴¹ Un corolario de ello sería que el significado de “promulgación” también tendría que ser otro, ulteriormente, cuando lo promulgado es una regla constitutiva.

que el concepto en cuestión sea insensible a la clase de norma de cuya promulgación se trate. La concepción expresiva parece no estar en condiciones de ofrecernos esa reconstrucción.

3. La concepción hilética de las normas

3.1. El modelo de la norma-sentido

De acuerdo con Alchourrón y Bulygin (2021, p. 162), bajo la concepción hilética las normas tendrían que ser entendidas como entidades “conceptuales”, consistentes en proposiciones o al menos similares a las proposiciones, y que se corresponderían con “significados” de naturaleza prescriptiva. En tal medida, las normas serían susceptibles de ser formuladas lingüísticamente, pero su existencia “no depende[ría] de expresión lingüística alguna” (Alchourrón y Bulygin, 2021, p. 162). Por tratarse de una categorización de las normas como *significados*, es común sostener que la concepción hilética podría ser reformulada como una concepción *semántica* de las normas (Ferrer y Rodríguez, 2011, pp. 35-36).

Según Alchourrón y Bulygin (1997, pp. 16-17, 37-38), la concepción hilética entendería las normas de acuerdo con un modelo divergente de los modelos de la “norma-comunicación” y de la “norma-prescripción”, a saber: el modelo de la “norma-sentido”. Bajo la concepción hilética, una norma se identificaría con una “proposición con sentido normativo” (Alchourrón y Bulygin, 1997, p. 17), lo cual se traduciría en que la existencia de una norma tenga que ser reconocida en el nivel semántico (y no pragmático) de análisis del lenguaje (Alchourrón y Bulygin, 1997, p. 38). Esto, porque una norma no sería sino el *significado* de una posible oración normativa. Que la oración en cuyo “significado prescriptivo” consistiría la norma en cuestión pueda tener el carácter de una oración meramente *posible*, determinaría que, según la concepción hilética, las normas sean “independientes del lenguaje”:

Hay normas que no han sido formuladas (aún) en ningún lenguaje y que tal vez no serán formuladas nunca. Una norma es, en esta concepción, una entidad abstracta, puramente conceptual (Alchourrón y Bulygin, 2021, pp. 162-163).

La caracterización que Alchourrón y Bulygin ofrecían, así, de la concepción hilética está lejos de ser compartida por sus partidarios.⁴² Especialmente problemática resulta ser la variante de platonismo semántico que ellos asumen cuando observan que “un” significado podría ser concebido como una entidad “independiente del lenguaje”. Esto resulta difícil de reconciliar con la observación, que tendría que ser considerada una perogrullada, de que aquello que Alchourrón y Bulygin llaman el “nivel semántico” se corresponde con un nivel de análisis de nuestras prácticas *lingüísticas* (Ross, 1968, pp. 3-7).

El paso en falso dado por Alchourrón y Bulygin a este respecto consiste en asumir que, puesto que el significado de una oración podría concebirse como una proposición, y puesto que una proposición puede ser concebida como entidad puramente intensional (y así, como una entidad que no existiría en el espacio ni en el tiempo), cabría postular la existencia de significados de oraciones jamás proferidas.⁴³ En la terminología sugerida por Brandom (2019, pp. 206-207), Alchourrón y Bulygin parecen confundir la “dependencia-de-sentido” que se da, simétricamente, entre las nociones de proposición y de significado de una oración, que se expresa en que ninguna de estas dos nociones sea inteligible con prescindencia de la otra, con una “dependencia-de-referencia”, que se expresaría en que toda proposición tuviera que corresponderse con algo que podríamos llamar el “significado” de una oración a través de la cual esa proposición pudiera ser expresada.

⁴² Alchourrón y Bulygin (2021, p. 166) solo mencionan a Kalinowski y Weinberger como filósofos del derecho que adoptarían la concepción hilética, lo cual contrasta con la copiosa nómina de partidarios de la concepción expresiva. Una defensa más reciente de una variante de concepción hilética se encuentra en Bung (2005).

⁴³ Véase Weinberger (1998, pp. 413-414), quien, a través de la denuncia de la tergiversación de su defensa de la categorización de las normas como proposiciones prescriptivas en la que incurrieron Alchourrón y Bulygin, manifiesta su rechazo del platonismo semántico que estos le atribuyeran. Al respecto, véase también Bayón (1991, pp. 259-264).

Y esto, con total independencia de que, eventualmente, semejante oración jamás haya sido proferida por hablante alguno.

Que esto último no se sostiene, puede comprobarse a partir de la consideración de que, consistiendo un *hecho* en una *proposición verdadera*, y así en algo que es susceptible de ser enunciado a través de una oración (asertórica) verdadera, de ello no se sigue que no existan hechos que no hayan sido enunciados a través de alguna oración (Patzig, 1996, pp. 27-32, 34-36). De ahí que, para no incurrir en semejante platonismo semántico, en la caracterización de la concepción hilética sea preferible no confundir la afirmación de que una norma sería una proposición con la afirmación de que la existencia de una norma sería equivalente a la existencia de “un” significado.⁴⁴

3.2. Las intensionalidad de las normas

La identificación del carácter abstracto de una entidad con el hecho de que esta “exista fuera del tiempo y del espacio” es explícitamente validada por Caracciolo (1997, pp. 160-162). Según este, si una norma es entendida como una entidad intensional o abstracta, entonces carecería de sentido siquiera plantear la distinción entre una norma meramente posible y una norma “realmente” existente.⁴⁵ Pues, bajo semejante concepción de las normas, estas “sólo pueden existir de un modo ideal”, lo cual equivaldría a “admitir que son entidades que carecen de dimensiones temporales y espaciales: no comienzan a existir ni dejan de existir ni su existencia puede ser afectada por hecho alguno”, de manera tal que “no puede haber normas

⁴⁴ En esta dirección habría que interpretar a Weinberger (1974b) cuando afirma que “[l]a norma es lingüísticamente expresable”, a pesar de lo cual “bien puede existir un deber-ser (una norma) que no haya sido explícitamente formulado” (p. 294), cuyo paradigma lo encontraríamos en una norma consuetudinaria.

⁴⁵ De ahí que Caracciolo (1997) observe que “[l]os candidatos a constituir entidades ideales, abstractas, o intensionales, e.i., números, propiedades, clases, tipos, proposiciones, si es que existen, solo existen atemporalmente” (p. 161); al respecto, véase Agüero (2022, pp. 79-80, 84-87), en referencia inmediata a la respuesta que Frege diera a la pregunta por el estatus ontológico de los “pensamientos” y los números. Para una denuncia de esta problemática implicación de la concepción hilética, véase Bayón (1991, pp. 294-296), quien apela a la distinción, sugerida por Ross, entre los conceptos de “directiva” y “norma”.

‘inexistentes’ si estas son entidades conceptuales” (Caracciolo, 1997, pp. 166-167).⁴⁶ Y puesto que “en la ontología de estas entidades no hay distinción que hacer entre normas posibles y normas existentes”, la existencia de una norma (jurídica) sería enteramente independiente de su eventual promulgación (Caracciolo, 1997, p. 167). Antes bien, la promulgación de una norma se correspondería con su mera *selección* como una norma perteneciente a un sistema de normas que compartan la propiedad de haber sido –en ese mismo sentido– promulgadas por quien detente la autoridad para ello (Caracciolo, 1997, pp. 171-172).

Contra la viabilidad de la concepción hilética hablan, a lo menos, dos consideraciones fundamentales. La primera se refiere a la pretensión de identificar una norma con una proposición cuyo específico carácter “prescriptivo” se vería reflejado en que ella carezca de valor-de-verdad, esto es, en que la proposición en cuestión no sea susceptible de ser verdadera o falsa (Weinberger, 1974b, pp. 3-10).⁴⁷ Pero la idea misma de una proposición carente de valor-de-verdad es particularmente oscura, si no incoherente. Pues tanto aquello cuya verdad es afirmada por quien realiza una aserción como aquello cuyo hacerse-verdadero o cuyo no-hacerse-verdadero es exigido por quien imparte una orden tiene el carácter de una proposición (Davidson, 2005, pp. 3-4, 15-16). En esto radica el hecho de que actos de habla definidos por “puntos ilocutivos” enteramente distintos puedan exhi-

⁴⁶ En términos más generales, véase Boghossian (2015, pp. 4-5), quien equipara el estatus de las normas *qua* entidades abstractas al hecho de que ellas no puedan ser *creadas*, sino solo seleccionadas o descubiertas. En contra, véase Weinberger (1974b, pp. 298-302), quien destaca el sentido en el cual cabe hablar de una norma no como “pensamiento” (*à la* Frege), sino como “realidad”. Para un refinado análisis del problema, aunque conducente a una desestimación de que tenga sentido entender las normas jurídicas como entidades, véase Narváez (2015, pp. 86-90).

⁴⁷ Esta no es, sin embargo, la única versión posible de una concepción hilética. Al respecto, véase Alchourrón y Bulygin (2021, pp. 161-162), quienes mencionan a Kalinowski y Rödíg como defensores de la adscripción de valor-de-verdad a las normas; defensas más recientes de esta posición se encuentran en Bung (2005, pp. 42-44) y Zuleta (2008, pp. 49-73). La razón para no considerar aquí semejante versión de la concepción hilética estriba en que ella no logra dar cuenta de la dirección de ajuste “mundo-a-lenguaje” que exhibe la relación existente entre la formulación de una norma (regulativa) y aquello que esa norma regula; al respecto, véase Navarro y Rodríguez (2014, pp. 67-68).

bir un mismo *contenido proposicional*.⁴⁸ Que la noción de una proposición carente de valor-de-verdad sea difícilmente inteligible quizá explique que, al abrir su caracterización de la concepción hilética, Alchourrón y Bulygin (2021) optaran por vincular esa concepción con la tesis según la cual las normas serían “entidades parecidas a las proposiciones” (p. 162).

Lo anterior tendría que hacer reconocible la confusión en la que incurre Ross (1968) cuando sostiene que el “contenido de significado” de una oración en cuanto ítem del “habla indicativo”, y consistente en una proposición, sería necesariamente divergente del “contenido de significado” de una oración usada en el “habla directivo”, que por lo mismo no podría ser identificado con una proposición. Así, mientras que una proposición presentaría el “tópico”, especificado por la “frase” sobre la cual se estructuraría la oración en cuestión, como algo “pensado como real”, el contenido de significado de una “directiva” presentaría el “tópico” respectivo como un “patrón de comportamiento” (Ross, 1968, pp. 69-70). Más allá de algunas deficiencias basales que exhibe el aparato teórico de Ross a este respec-

⁴⁸ Para una defensa de la tesis según la cual “el sentido y la fuerza se encontrarían conectados en el nivel semántico”, sin embargo, véase Rodríguez (2021, pp. 95-96), así como Navarro y Rodríguez (2022, pp. 196-202). Pero, como acertadamente sugiriera Bayón (1991, pp. 293-294, con nota 75), más allá de cuál sea el significado que se atribuya a la palabra “significado” –i.e., como designando o bien únicamente el sentido, o bien tanto el sentido como la fuerza, del respectivo acto de habla–, lo crucial es evitar la confusión entre lo que –en una terminología alternativa a la de Bayón– podemos denominar el “contenido proposicional” de un acto de habla, determinado por el sentido y la referencia de las palabras usadas en su emisión, y la fuerza ilocutiva de ese mismo acto de habla; para la correspondiente categorización de la referencia y la predicación como “actos proposicionales” cuya realización sería dependiente de la realización de un acto ilocutivo, véase Searle (1969, pp. 22-33). Y, contra lo sugerido por Navarro y Rodríguez (2022), la distinción entre el contenido semántico y la fuerza ilocutiva de un acto de habla no implica asumir “que los aspectos pragmáticos del lenguaje [serían] enteramente independientes del significado” (p. 201). Por el contrario, la distinción (fregeana) entre contenido y fuerza es perfectamente compatible con, porque se encuentra exigida por, aquello que Brandom (2011, pp. 56-58, 61-63) caracteriza como un “pragmatismo semántico”, en términos del cual “la semántica tiene que responder a la pragmática”: la prioridad (explicativa) que la dimensión del uso tiene sobre la dimensión del significado no obsta a que, analíticamente, podamos abstraer el contenido semántico de una oración que un hablante usa en una determinada ocasión como algo diferenciable de la fuerza ilocutiva con la cual esa oración es usada.

to,⁴⁹ la objeción capital que cabe dirigir contra la postulación de semejante dualidad de “contenidos de significado” consiste en que esta quedaría vinculada con una pretendida diferencia “en las actitudes con las cuales son pensados los tópicos descritos” (Ross, 1968, p. 71).⁵⁰ El problema está en que, si se diferencian los niveles semántico y pragmático de análisis del lenguaje, tal diferencia actitudinal solo puede quedar radicada en el último de esos dos niveles. Esto no impide reconocer que esta diferencia pragmática puede verse reflejada gramaticalmente: mientras que una oración precedida de la expresión “es un hecho que” (= “es verdad que”) debe ir construida en el modo indicativo, una oración precedida de la expresión “está prohibido que” debe ir construida en el modo subjuntivo (Opalek, 1986, pp. 46-47). Pero esta diferencia gramatical no compromete la posibilidad de que una y otra oración subordinada expresen una y la misma proposición.⁵¹

Siendo controvertido si Ross se encuentra más cerca de adoptar la concepción expresiva o, en cambio, la concepción hilética,⁵² aquí solo interesa enfatizar que no es exitoso su argumento encaminado a hacer inteligible la noción de una categoría semántica que sería distintivamente “directiva”.

⁴⁹ Entre las cuales destaca la tesis según la cual una “frase” *describiría* un tópico, así como que la oración respectiva, en cuanto usada “indicativamente”, *describiría* un estado de cosas; así Ross (1968, pp. 9-15). Esto desconoce que, así entendidos, un tópico o un estado de cosas son entidades intensionales –véase Strawson (1985, pp. 69-75)–, lo cual se traduce en que la relación en que ellos se encuentran con la correspondiente entidad sintáctica –a saber: una frase (nominal) o una oración, respectivamente– sea interna o “expresiva”. Específicamente acerca de la relación entre una oración verdadera y el hecho –entendido como un estado de cosas que es el caso– que esa oración expresa, véase Strawson (1992, pp. 112-113), quien observaba que lo que hace quien profiere la oración en cuestión no es *describir* el hecho en cuestión, sino *enunciarlo*.

⁵⁰ La misma confusión (entre las nociones de descripción y aserción) aqueja a las objeciones que Kelsen (1979, pp. 155-156, 315) respectivamente dirigiera contra las propuestas de Jørgensen y Hare, encaminadas a diferenciar lo que contemporáneamente tematizamos como el contenido proposicional y la fuerza ilocutiva de un acto de habla.

⁵¹ Véase Navarro y Rodríguez (2014, pp. 69-70), quienes observan que la pretendida diferencia entre oraciones “descriptivas” y oraciones “prescriptivas” no podría quedar anclada en un criterio sintáctico.

⁵² Como exponente de la concepción expresiva lo mencionan Alchourrón y Bulygin (2021, p. 165), pero solo aludiendo a *On Law and Justice*. Para una interpretación de múltiples pasajes de *Directives and Norms* como indicativos de la adopción de la concepción hilética, véase Bayón (1991, pp. 262-263, nota 29). Al respecto, véase también Molina (2001, pp. 539-540, con nota 67).

Esto sustenta la conclusión provisional de que, aun tomando distancia del ya denunciado platonismo semántico que afecta a la caracterización de la concepción hilética (críticamente) ofrecida por Alchourrón y Bulygin (1997, 2021), la categorización de una norma de comportamiento como una entidad semántica no parece ser filosóficamente plausible.

La segunda consideración que habla decisivamente en contra de la concepción hilética apunta al error implicado en confundir el estatus de las normas *qua* entidades abstractas con su pretendido estatus como objetos “puramente” intensionales, cuya existencia solo podría ser “ideal”. En la terminología recientemente propuesta por Caballero (2022, pp. 39-41), ello se explica por el hecho de que la concepción hilética identifica las normas jurídicas con entidades “abstractas e independientes”. Esto parece imposible de compatibilizar con la consideración de que en general las normas sociales, y en particular las normas jurídicas, son entidades que “tienen una historia” (Black, 1962, p. 109; Von Wright, 1983, p. 138).⁵³ El análisis de la noción de regla ofrecido por Black resulta ser especialmente iluminador a este respecto.

La pregunta de si una regla podría ser identificada con “un significado” es explícitamente considerada por Black, sobre la base de su elucidación de la relación que existiría entre una regla y su formulación lingüística. Su punto de partida es la observación de que es constitutivo de lo que entendemos por “regla” que lo que este término designa pueda ser *enunciado* a través de algún conjunto de palabras o símbolos (Black, 1962, pp. 95-100). Así, tal como quien dice que “Nelson derrotó a los franceses en Trafalgar” no está describiendo un hecho, sino enunciándolo (Strawson, 1992, pp. 112-113), quien profiere la oración “un peón que llega a la octava fila [del tablero de ajedrez] tiene que ser reemplazado por una pieza” no está describiendo una regla, sino enunciándola (Black, 1962, pp. 96, 98-99). Esto último es perfectamente compatible con que, tal como es posible ofrecer la descripción de un hecho,⁵⁴ sea posible ofrecer la descripción de una regla, verbigracia: mediante la frase nominal “la regla utilizada como ejemplo

⁵³ Desde perspectivas marcadamente diferentes, véase también Ross (1968, pp. 78-79, 82-92) y Weinberger (1998, pp. 422-423). Recientemente sobre el problema, Agüero (2022, pp. 89-90).

⁵⁴ De lo cual la frase nominal “el hecho enunciado en la oración precedente del texto principal” sería un ejemplo. Al respecto, véase Strawson (1992, p. 112, nota 1).

en la oración precedente de este mismo texto”. El punto es, más bien, que enunciar una regla es algo categorialmente distinto de hacer referencia a ella, por ejemplo, a través de una descripción definida (Black, 1962, pp. 96-97). En *esto* radica que una regla admita ser entendida como una entidad intensional y, por ello, abstracta.

Esto es consistente con que, siendo constitutivo de una regla que ella pueda ser enunciada a través de alguna formulación lingüística, la regla no pueda ser confundida con su eventual formulación (Black, 1962, pp. 100-102).⁵⁵ Pues es asimismo constitutivo de una regla que ella pueda tener múltiples formulaciones diferentes (Black, 1962, p. 101). Precisamente porque el criterio de *equivalencia* de dos o más expresiones lingüísticas como formulaciones de una y la misma regla no es otro que la *identidad de la regla* de cuya posible formulación se trata (Black, 1962, p. 102), la regla en cuestión tiene que ser concebida como algo distinto de sus múltiples posibles formulaciones alternativas.⁵⁶ Esto se ve reflejado en el hecho lingüístico de que no tenga sentido alguno decir que, al comportarse de determinada manera, alguien sigue o quebranta una oración, o que sigue o quebranta una clase de oraciones equivalentes, a pesar de que tiene perfecto sentido decir que el agente en cuestión sigue o quebranta una regla (Black, 1962, pp. 101-102).

⁵⁵ En términos parcialmente coincidentes, Von Wright (1963, pp. 93-94, 96-98, 102-103; 1983, p. 68).

⁵⁶ Como observara Von Wright (1963, pp. 102-103), ello implica que el concepto de norma tiene prioridad lógica frente al concepto de formulación de una norma. Al respecto, véase Narváez (2015, pp. 72-75, 82-86), según quien, para evitar la identificación de la norma en cuestión con una o más de sus eventuales formulaciones lingüísticas, sería necesario asumir “que las normas no necesi[tan] ser formuladas lingüísticamente”, lo cual volvería necesario postular “extraños métodos de conocimiento” para su respectiva individuación (Narváez, 2015, p. 83). Como se procurará mostrar *infra* (4.2.), esta dificultad puede ser superada a través de una reconstrucción artefactualista de la caracterización de una norma social o jurídica como una entidad abstracta.

3.3. Las normas como entidades “abstractas”: una desambiguación

Echando mano a este mismo método de análisis por sustitución, Black (1962, pp. 102-106) sostiene que sería igualmente implausible responder afirmativamente la pregunta, ya planteada, de si una regla puede ser identificada con “un significado”.⁵⁷ Pues, mientras que tiene perfecto sentido decir que una cierta regla ha sido quebrantada o seguida, no tendría sentido alguno decir que un significado pudiera ser quebrantado o seguido (Black, 1962, pp. 103-104). Esto sugiere que el hecho de que las palabras “regla” y “significado” designen entidades abstractas no avala en lo absoluto la sugerencia de que una regla podría ser identificada con el significado de una oración que pudiera servir como formulación de esa regla.

Lo anterior arroja que, en la evaluación de la concepción hilética, es importante prestar atención al sentido preciso en el cual una norma admite ser caracterizada como una entidad abstracta. Un yerro conceptual en el que usualmente se incurre en la caracterización de la concepción hilética consiste en asumir que el único sentido en el cual una norma podría tener el estatus ontológico propio de una entidad abstracta es el sentido en el cual una proposición o el significado de una oración son entidades abstractas.⁵⁸ Un indicador de que esta última noción de abstracción no es la adecuada para determinar el estatus ontológico de una norma social o jurídica lo provee la consideración, ya esgrimida, de que una regla de esta clase se distingue por “tener una historia”. Y esto es incompatible con suponer que, por tratarse de una entidad abstracta, una norma necesariamente tendría que contar como una entidad atemporal (Caracciolo, 1997, pp. 161, 165-

⁵⁷ Al respecto, véase Ross (1968, pp. 100-101), quien erróneamente atribuye a Black una respuesta afirmativa a esa pregunta, pasando por alto que, tras reconocer una cierta plausibilidad preliminar a la idea de que una regla sería lo que significan sus formulaciones, Black (1962) no sólo añade que esta sugerencia “no es iluminadora”, sino también que ella “no funciona si se la interpreta literalmente” (p. 103). Coincidentemente, Von Wright (1963, p. 94; 1983, p. 68).

⁵⁸ Para una revisión de las múltiples perspectivas desde las cuales, en el campo de la metafísica de corte analítico, se ha buscado identificar el rasgo, o conjunto de rasgos, ontológicamente diferenciador de los objetos abstractos, véase Falguera, Martínez-Vidal y Rosen (2022).

166; Boghossian, 2015, pp. 4-5), sin que esto reciba alguna cualificación o matización ulterior.

En tal medida, la concepción hilética queda expuesta al mismo reparo que Thomasson ha dirigido contra algunas concepciones filosóficas que compiten por esclarecer el estatus ontológico de las obras de ficción y de los personajes que las “habitan”, y que niegan que aquellas y estos tengan el carácter de artefactos culturales, a saber: el reparo de estar afectadas por “una resaca de un platonismo que asimila todas las entidades abstractas al ámbito de lo invariable y atemporal” (Thomasson, 1999, p. 9).⁵⁹

4. Bases para una concepción artefactualista de las normas

4.1. Las normas de comportamiento como artefactos deónticos

Ya fue sugerido, preliminarmente, que una conceptualización de las normas jurídicas de comportamiento como reglas regulativas tendría que llevar a favorecer su categorización como artefactos institucionales abstractos. Para hacer reconocibles las ventajas comparativas que semejante concepción artefactualista pudiera traer aparejadas, cabe ahora ofrecer un sucinto análisis de esa categorización.⁶⁰

⁵⁹ En tal medida, la denuncia de una “falsa parsimonia” que Thomasson (1999, pp. 138-145) dirige contra quienes niegan que los artefactos y las creaciones culturales puedan ser tratados como entidades tendría que valer, asimismo, frente al argumento que Narváez (2015, pp. 85-87) esgrime para poner en cuestión que las normas jurídicas puedan ser tratadas como entidades, y que descansa en la analogía que cabría reconocer entre la relación que se da entre una norma y su formulación, por un lado, y la relación que se da entre un chiste y su formulación, por otro. Si asumimos que, al igual que una creación literaria, un chiste tiene el estatus de un artefacto cultural abstracto, entonces la analogía propuesta por Narváez no tendría por qué sustentar una objeción concluyente a la categorización de una norma (social o jurídica) como una *entidad*. Acerca del “problema del platonismo” que afecta al entendimiento de las entidades abstractas que subyace a la concepción hilética, véase Caballero (2022, pp. 40-41).

⁶⁰ Para una reseña de los compromisos centrales de una teoría artefactualista del derecho, véase Roversi (2019, pp. 43-53).

Decir que una norma de prohibición o requerimiento tiene el carácter de un *artefacto* supone asumir, mínimamente, que ella se corresponde con una entidad *creada* para el desempeño de una función. Esta función consiste en servir como una *razón externa* para la acción, con independencia de que el agente cuyo comportamiento se vea “desafiado” por la norma en cuestión llegue o no a “internalizarla” como motivo (Von Wright, 1983, pp. 54-55).⁶¹ En la terminología de Brandom (1994, pp. 249-252), semejante norma puede servir como la premisa de una inferencia práctica cuya conclusión lleve aparejada la marca de un “deber-ser institucional” (*institutional ought*).⁶² Que esta sea la función de una regla regulativa de tal índole,⁶³ queda determinado por el hecho de que, en cuanto artefacto *abstracto*, ella consista, mínimamente, en la correlación de un operador deóntico y una forma de comportamiento que resulta así prohibida o requerida. Y la imposición del respectivo estatus deóntico sobre la forma de comportamiento en cuestión descansa en que la existencia misma de la norma, en cuanto artefacto *institucional*, tiene su sustento óntico en un despliegue indirecto de intencionalidad colectiva (Burazin, 2016, pp. 392-397; Ehrenberg, 2016, pp. 32-43).⁶⁴ Esto resulta en que la forma de comportamiento así regulada por la norma exhiba el estatus de prohibida o requerida por el hecho de ser (colectivamente) *representada* como prohibida o requerida.⁶⁵

⁶¹ Acerca de la distinción entre el carácter “normativo” y el carácter “motivante” de algún conjunto de razones jurídicas y su conexión con el problema de la autoridad del derecho, desde la perspectiva de una concepción artefactualista, véase Ehrenberg (2016, pp. 148-179).

⁶² Acerca de la consiguiente “artificialidad” de razón para la acción generada a través de la puesta en vigor de una norma de comportamiento *qua* regla regulativa, véase Mañalich (2022a, pp. 414-418, 432-435).

⁶³ Ello no es predicable de las reglas regulativas que se corresponden con normas de permisón o liberación –*supra*, nota 39–, a las que cabe atribuir una función puramente “negativa”, consistente en desplazar a una o más normas de prohibición o de requerimiento, según corresponda, como posibles premisas de una inferencia práctica. En detalle al respecto, Mañalich (2014a, pp. 474-481, 489-495).

⁶⁴ Para un enfoque próximo, véase Ludwig (2020, pp. 192-203), aunque asumiendo una caracterización general de las “reglas jurídicas” como “normas constitutivas de roles”. Para un análisis de la estructura de las reglas constitutivas, de tipo “existencial”, que especifican las condiciones de cuya satisfacción depende que una norma en cuanto artefacto abstracto adquiera existencia, fundamental Thomasson (2003, pp. 278-283).

⁶⁵ Para una descripción de la estructura de semejante despliegue de intencionalidad colectiva, en la forma de un reconocimiento en “modo-nosotros”, en referencia a los presupuestos de

Tratándose de una norma perteneciente a un sistema de reglas propiamente institucionalizado,⁶⁶ el despliegue de intencionalidad colectiva capaz de sustentar su existencia se distingue por ser *mediado*. Tratándose de buena parte de las normas de comportamiento reforzadas por normas de sanción penal, esa mediación asume dos manifestaciones diferentes. Por un lado, y tal como ya fuera observado, la existencia de la respectiva norma de prohibición o de requerimiento, cuando esta no se encuentra explícitamente formulada, puede ser inferida a partir de la formulación legislativa de la o las normas de sanción que la refuerzan. Por otro lado, las normas de sanción que sirven como criterio de reconocimiento de la existencia del respectivo conjunto de normas de comportamiento no necesitan ser colectivamente aceptadas de manera directa para formar parte del sistema jurídico en cuestión. Para esto último es suficiente, más bien, que ellas satisfagan las condiciones de pertenencia fijadas por reglas (secundarias) cuya validez ha de descansar en alguna regla de reconocimiento última que de hecho sea usada por los funcionarios instituidos como tales por alguna otra regla efectivamente aceptada, aunque no necesariamente “aprobada”, por la mayor parte de quienes quedan, así, sometidos a reglas cuya existencia ellos mismos actitudinalmente sostienen (Woozley, 1967, p. 76; Burazin, 2018, p. 115).

Lo anterior hace posible explicitar una particularidad que distingue a la concepción artefactualista frente a las concepciones expresiva e hilética. Esa particularidad consiste en que, en los términos de la concepción artefactualista, el mismo estatus ontológico atribuible a cada una de las reglas (regulativas y constitutivas) que conforman un sistema jurídico es atribuible a este último en cuanto (macro)artefacto institucional (Burazin, 2018, pp. 112-114, 119-124). De esta manera, la concepción artefactualista logra satisfacer un compromiso teórico elemental del positivismo jurídico,

existencia de un sistema jurídico, véase Burazin (2018, pp. 114-119).

⁶⁶ Esto es, que contiene reglas que especifican condiciones de cuya satisfacción depende que una regla cualquiera haya de ser reconocida como perteneciente a ese sistema, reglas que instituyen poderes para modificar el conjunto de reglas que lo conforman, así como para determinar y hacer efectivas, concluyentemente, las consecuencias de su eventual transgresión. El *locus classicus* es Hart (2012, pp. 91-99); al respecto, y desde una perspectiva explícitamente institucionalista, véase Ludwig (2020, pp. 201-203).

cuyo “principal supuesto” consistiría, según Caracciolo (1997, p. 160), en “la idea de que el derecho es un artefacto, producto de decisiones humanas y de prácticas sociales”.

4.2. Las normas jurídicas como artefactos intensionales y abstractos

Tal como ya se ha explicado, el carácter abstracto de toda norma jurídica es específicamente reconocible en el hecho de que sea constitutivo de una norma que ella pueda ser lingüísticamente formulada, sin que ello implique que la norma en cuestión pueda ser confundida con alguna de sus múltiples formulaciones posibles. Precisamente en la propiedad de ser “esencialmente enunciable” radica, al mismo tiempo, su estatus como entidad intensional (*supra*, 3.2.). Que esto es compatible con que la existencia de una norma jurídica –como en general la existencia de una norma social– exhiba una dimensión temporal, se muestra en que las preguntas acerca de cuándo ha comenzado a existir una norma o cuándo ha dejado de existir sean categorialmente legítimas. Y como ya se sugiriera, en esto consiste que una norma (social o jurídica) sea algo que, entre otras cosas, se distingue por tener una historia. En la terminología introducida por Caballero (2022, pp. 47-50), ello supone que tales normas sean entendidas como entidades “abstractas y dependientes”. Esto último se vuelve más fácil de explicar cuando la caracterización de una norma como una entidad abstracta se ve cualificada en la forma de su caracterización como un *artefacto* abstracto.

Para perfilar las propiedades más sobresalientes asociadas a esta última categorización, cabe echar mano a la concepción delineada por Thomasson (1999, pp. 24-34, 115-134), quien enfatiza la “dependencia existencial” que los artefactos abstractos exhiben tanto respecto de objetos físicos concretos, por un lado, como respecto de estados intencionales, por otro.⁶⁷ Thomas-

⁶⁷ Para una utilización del aparato teórico de Thomasson para el esclarecimiento del estatus ontológico de las normas jurídicas, véase Vilajosana (2010, pp. 47-54). Para un análisis detallado de la noción de dependencia aquí relevante, véase Caballero (2022, pp. 51-57), quien se inclina por tomarla como especificando una relación de “fundamentación” (*grounding*).

son (1999, pp. 27-28) distingue tres dimensiones en las cuales podría ser especificada una relación de dependencia existencial, a saber: una primera dimensión, concerniente a la categoría ontológica de aquello respecto de lo cual la respectiva entidad existencialmente dependiente depende; una segunda dimensión, concerniente a su temporalidad; y una tercera dimensión, concerniente a la intensidad que puede exhibir la respectiva relación de dependencia.

En la primera dimensión nos encontramos con la distinción entre relaciones de dependencia *rígida* y relaciones de dependencia *genérica*, según si, cuando X depende existencialmente de Y, “Y” designa una entidad individual o una clase de entidades, respectivamente.⁶⁸ En la segunda dimensión, a su vez, la distinción relevante se da entre relaciones de dependencia *temporalmente indiferente*,⁶⁹ de dependencia *constante* (tal que la existencia de una entidad dependa de la existencia de alguna otra entidad en cada punto de tiempo en el cual la primera exista), de dependencia *intermitente*, de dependencia *histórica* (tal que la existencia de una entidad dependa de la existencia de otra entidad en algún tiempo previo al, o coincidente con el, inicio de la existencia de la primera), y de dependencia *futura*, entre otras posibilidades (Thomasson, 1999, pp. 29-33). En la tercera dimensión, finalmente, cabría diferenciar relaciones de dependencia *formal*, en las cuales la dependencia en cuestión descansaría en una relación de necesidad lógica;⁷⁰ de dependencia *material*, en las cuales la dependencia en cuestión estaría anclada a una necesidad “basada en las particularidades de ciertos géneros o tipos materiales”;⁷¹ y de dependencia *nomológica*, en las cuales la dependencia en cuestión descansaría en una o más “leyes de la naturaleza” (Thomasson, 1999, pp. 27-29).

⁶⁸ Donde por “entidad individual” cabría entender un objeto, un tropo, un evento, un proceso o un estado de cosas; véase Thomasson (1999, p. 27).

⁶⁹ Lo cual consistiría en que, para que X dependa existencialmente de Y, sería suficiente que, si X existe en algún (punto o lapso de) tiempo, entonces Y exista en algún tiempo, pudiendo este ser “previo a, coincidente con o aun subsecuente al” tiempo en que existe X; véase Thomasson (1999, p. 29).

⁷⁰ Por ejemplo, la necesidad expresada en la proposición de que “necesariamente, un todo no puede existir sin sus partes” (Thomasson, 1999, p. 27).

⁷¹ Por ejemplo, la necesidad expresada en la proposición de que “necesariamente, todo lo que tiene color tiene también extensión” (Thomasson, 1999, p. 27).

La específica configuración de la relación de dependencia que, en cada una de estas tres dimensiones, pueda darse entre dos o más entidades variará según la clase de entidad de cuya dependencia existencial se trate. Tratándose de *artefactos*, estos exhibirían, en general, una dependencia rígida, histórica y material respecto de determinados estados intencionales de su(s) creador(es). Solo así cabría reconocer su estatus como objetos creados a través de la actividad intencionalmente dirigida de uno o más seres inteligentes (Thomasson, 1999, pp. 35-36, 129-130). Esto confiere a los artefactos el estatus de “objetos intencionales”, esto es, de entidades generadas a través de actitudes subjetivas que exhiben “intencionalidad”, a saber: la capacidad para referir a algo cuya existencia pudiera no ser independiente de esas mismas actitudes (Thomasson, 1999, pp. 88-92).

Tratándose de artefactos *abstractos*, a lo anterior se añadiría una condición de dependencia genérica, constante y asimismo material respecto de concretas entidades espaciotemporalmente existentes que les sirvan de soporte (Thomasson, 1999, pp. 35-42). La marca de su carácter abstracto estaría dada por su falta de localización espaciotemporal, precisamente porque su dependencia constante respecto de entidades concretas, susceptibles de localización espaciotemporal, se distinguiría por ser solo genérica, y no rígida (Thomasson, 1999, pp. 37, 126-127). Pero que se trate de entidades abstractas en el sentido de no ser localizables espaciotemporalmente *no* implica que, en cuanto artefactos, se trate de entidades “atemporales”. Antes bien, los artefactos abstractos “son creados en un determinado tiempo y en determinadas circunstancias, pueden cambiar, y así también pueden dejar de existir incluso después de que han sido creados” (Thomasson, 1999, p. 38).⁷²

Para lo que aquí interesa, es especialmente importante que, en su monografía dedicada a la elucidación de la ontología de los personajes de ficción y de las obras que ellos “habitan”, Thomasson se detenga, *en passant*, en el estatus ontológico de las “leyes estatales”. Según ella, se trataría de

⁷² En virtud de esta disociación de la categorización de las normas jurídicas como entidades abstractas de su pretendida caracterización como entidades “ideales”, y así “atemporales”, cabe desestimar la estrategia, favorecida por Vilajosana (2010, pp. 38-39, 45), de concebirlas como “entidades concretas significativas”, por la vía de identificarlas con “oraciones-caso significativas” (esto es, con instancias particulares de determinadas oraciones-tipo).

“objetos culturales abstractos” que serían solo “genérica e históricamente dependientes de estados mentales” (Thomasson, 1999, p. 130). Esto quedaría de manifiesto en la posibilidad de que una misma norma pertenezca a dos (o más) sistemas jurídicos diferentes, así como en la posibilidad de que una misma norma se encuentre expresada en una multiplicidad de textos legales diferentes, vigentes en momentos asimismo diferentes.⁷³ Pues lo uno y lo otro solo es concebible con cargo a la hipótesis de que la existencia de una (misma) norma jurídica puede tener su sustento en actitudes, y así en estados intencionales, de agentes o grupos de agentes diferentes, situados en tiempos o espacios diferentes. A ello se agrega que se trataría de artefactos genérica y constantemente dependientes de “la presencia de una comunidad en la cual ellas sean directamente aceptadas como leyes [...] o indirectamente aceptadas como leyes [...]” (Thomasson, 1999, p. 130). Esta última diferenciación apunta a la contingencia de que las normas en cuestión sean o bien inmediatamente reconocidas como tales por quienes pueden quedar vinculados por ellas, o bien creadas en conformidad con reglas (constitutivas) que, de manera directa o indirecta, sean reconocidas por aquellos.

Contra lo sugerido por Caracciolo (1997), el hecho de que la existencia de una norma jurídica dependa de que haya tenido lugar un acto de promulgación atribuible a una o más “autoridades normativas”, o bien de que sea “posible identificar entre los miembros de un grupo una práctica de comportamiento, caracterizada de una cierta manera, ya sea como obediencia o como aceptación de normas” (p. 160), *no* implica que la norma en cuestión pueda ser “localizada” espaciotemporalmente. Pues que una norma jurídica sea constantemente dependiente de determinados estados intencionales atribuibles a individuos que existen en el espacio y el tiempo,

⁷³ La factibilidad de sostener que una misma norma pudiera pertenecer a dos o más sistemas jurídicos diferentes depende de que los criterios de validez temporal y espacial que condicionan su aplicabilidad –y que muy probablemente serán divergentes bajo los dos o más sistemas jurídicos de cuya comparación se trate– admitan ser tratados como externos a la norma en cuestión, esto es, como criterios de *aplicabilidad externa*. Para la distinción entre las nociones de aplicabilidad interna y aplicabilidad externa, véase Navarro y Moreso (1996, pp. 125-128), quienes la presentan en términos no enteramente coincidentes con el sentido que aquí se le atribuye. Al respecto, y críticamente, Rodríguez (2021, pp. 355-361).

no lleva a que tenga sentido pretender localizar la norma, como tal, en el espacio y el tiempo ocupados por individuos cuyos estados intencionales le sirven de soporte. Y esto se explica por el hecho de que, *qua* artefacto abstracto, una norma exhibe una dependencia solo genérica, y no rígida, respecto de esos estados intencionales.⁷⁴

Además de ofrecernos una especificación plausible del estatus de las normas jurídicas como entidades abstractas, la concepción artefactualista tiene la ventaja de explicar adecuadamente su estatus como entidades intensionales. Tal como ya se observara, esto consiste en el hecho de que, a pesar de que una norma no pueda ser identificada con alguna de sus posibles formulaciones lingüísticas, sea constitutivo de una norma que ella sea susceptible de ser formulada lingüísticamente. Esto es consistente con que, en cuanto artefacto abstracto, una norma social o jurídica tenga que encontrarse acoplada a algún dispositivo que haga reconocible su función característica (Ehrenberg, 2018, pp. 183-184).⁷⁵

Tratándose de una norma *formulada*, o “explícita”, ese dispositivo consiste en la formulación lingüística que sirve como criterio inmediato para su identificación. Tratándose de una norma no formulada, o “implícita”, en cambio, ese dispositivo podrá consistir o bien en la formulación de otra norma que la haga indirectamente reconocible, o bien –como sería el caso

⁷⁴ Nótese, además, que la falta de localización espaciotemporal de una norma jurídica no se ve alterada por el hecho de que ella exhiba tal o cual ámbito temporal o espacial de *validez*. Pues el hecho de que una norma resulte aplicable o inaplicable a un caso –sea en el sentido de una aplicabilidad “interna”, sea en el sentido de una aplicabilidad “externa”– en función de cuándo y dónde queden situadas las circunstancias que configuran ese caso nada tiene que ver con el problema de si esa norma *existe* en un determinado tiempo y en un determinado lugar. Así, los ámbitos de validez temporal y espacial de una norma de comportamiento *qua* regla regulativa conciernen a la localización espaciotemporal de lo que la respectiva norma regula, y no a la pretendida localización de la norma. La necesidad de esta puntualización parece no ser advertida por Agüero (2022, p. 89) en su consideración del problema.

⁷⁵ Puede ser útil advertir que Ehrenberg adopta aquí la terminología favorecida por Dipert: mientras que un “instrumento” sería “cualquier cosa que alguien ha considerado útil como un medio para un fin y ha sido usada en un intento para alcanzar ese fin” (2016, pp. 10-11), una “herramienta” sería “un instrumento que ha sido ‘intencionalmente modificado’ en orden o bien a permitir que sirva como un medio para un fin o bien a mejorar su capacidad para alcanzar ese fin” (2016, pp. 10-11), en tanto que un “artefacto” sería una “herramienta que también sirve para comunicar su identidad” (2016, pp. 29-30).

si se tratara de una norma jurídica de comportamiento de índole consuetudinaria– en el patrón de la reacción organizada susceptible de ser gatillada a través de su trasgresión (Ehrenberg, 2016, pp. 122-123).⁷⁶ La expectativa comunal puesta en el despliegue de una respuesta suficientemente coordinada u organizada frente a la trasgresión de una norma jurídica consuetudinaria tendría que hacer reconocible, ulteriormente, un despliegue de intencionalidad colectiva que resulta en que la norma en cuestión sea *aceptada* como perteneciente a un sistema institucionalizado de reglas al que puedan pertenecer, asimismo, normas formuladas y normas identificadas a partir de estas últimas.⁷⁷ Y el carácter propiamente artefactual de semejante norma no formulada será dependiente de que un comportamiento susceptible de ser interpretado como conforme o disconforme con aquella admita ser comparado con comportamientos susceptibles de ser juzgados como conformes o disconformes con normas explícitas, o formuladas, pertenecientes al mismo sistema de normas (Black, 1962, pp. 128-131).

4.3. La concepción artefactualista y la rigidez de la antinormatividad

La presentación ofrecida de la concepción artefactualista tendría que hacer reconocible que, en contraste con las concepciones expresiva e hilética, aquella logra dar cuenta de los dos aspectos que necesitan quedar comprendidos en una adecuada conceptualización de las normas jurídicas de comportamiento. Estos dos aspectos pueden ser extraídos de la definición general del concepto de norma propuesta por Ross (1968), según quien por “norma” habría que entender “una directiva que corresponde, de una manera particular, a ciertos hechos sociales” (p. 82).

⁷⁶ En general acerca de las estrategias artefactualistas para dar cuenta de la existencia de normas consuetudinarias, véase Roversi (2019, pp. 56-58).

⁷⁷ Fundamental al respecto, Woozley (1967, pp. 69-75), quien identifica la centralización o concentración de la aceptación de la norma en cuestión –paradigmáticamente: en algún cuadro de funcionarios judiciales y en quienes se desempeñan en la práctica jurídica– como marca de su pedigrí *qua* norma jurídica consuetudinaria, en contraposición a una mera regla social.

Frente a la concepción hilética, la concepción artefactualista satisface el requerimiento de que la existencia de una norma jurídica tenga que ser identificada con la existencia de determinados hechos sociales. Pues, entendida como un *artefacto*, una norma jurídica se distingue por ser una entidad *creada* para el desempeño de una función, y así por tener una historia. A su vez, y frente a la concepción expresiva, la concepción artefactualista satisface el requerimiento de que, en cuanto directiva (“permanente”), una norma pueda ser identificada, más precisamente, con una directiva *impersonal* (Ross, 1968, p. 82). Ello se ve asegurado por el hecho de que, bajo la concepción artefactualista, una norma jurídica tenga que ser caracterizada como un artefacto a la vez *institucional* y *abstracto*, en el sentido ya explicado. Y esto determina que su estructura pueda ser tratada como enteramente insensible a las capacidades agenciales de quien aparezca como su “destinatario” en una situación en la que la norma hubiera de resultar aplicable, siendo esas capacidades las que pueden condicionar, más bien, la *respuesta* de aquel al desafío simbólico que la norma representa.⁷⁸

De lo anterior se obtiene una consecuencia que tendría que parecer trivial, pero que en consideración a algunas controversias existentes en el discurso doctrinal, reseñadas al comienzo (*supra*, 1.2.), resulta imprescindible explicitar: la forma de comportamiento que la norma en cuestión convierte en prohibida o requerida tiene que ser tratada como *invariable*.⁷⁹ Con ello, que el comportamiento desplegado por el agente resulte ser antinormativo bajo la respectiva norma de prohibición o de requerimiento, depende de si ese comportamiento satisface o no la descripción que especifica la forma de comportamiento en cuestión. Y contra lo que suele ser asumido por los partidarios del modelo de la norma-comunicación, no hay inconveniente alguno en que esa descripción pueda ser causalmente compleja *à la* Searle (2010, pp. 36-37).

Así, si asumimos que lo prohibido bajo la prohibición del homicidio es producir la muerte de otro ser humano (nacido), entonces para que una

⁷⁸ Contra lo sugerido por Ross (1968), esto no necesita descansar en la identificación de la existencia “independiente-de-la-reacción-del-destinatario” de la respectiva directiva impersonal con su efectividad general “entre los miembros de un grupo social” (pp. 98-99).

⁷⁹ Lo que sigue está tomado de Mañalich (2022b, pp. 708-711).

acción particular ejemplifique el género de acciones que esa norma somete a prohibición es necesario que esa acción satisfaga una descripción causalmente compleja. Esto es trivialmente compatible con que, bajo la adopción de un criterio extensionalista para la individuación de acciones, una misma acción particular pueda ejemplificar múltiples tipos de acción (Schleider, 2011, pp. 240-256; Mañalich, 2014b, pp. 67-71). Una misma acción particular podría satisfacer, entre otras, las descripciones “tirar del gatillo de un arma”, “disparar un proyectil balístico” y “matar a otro ser humano”. Y que esas tres sean descripciones verdaderas de lo que alguien hace en una determinada situación, quiere decir que, dependiendo de cuál de esas tres descripciones tomemos como punto partida, podemos redescibir esa acción, sea *expansiva* o *contractivamente*, según lo sugiere la metáfora del “efecto acordeón” (Mañalich, 2014b, pp. 69-70).

Pero sería errático pensar en la acción de tirar del gatillo del arma como una acción distintivamente “previa al resultado” (de muerte de la víctima), como si esa acción fuera distinta de la acción consistente en producir su muerte. Tal como lo muestran algunos análisis de lo que se conoce como el problema de determinar *the time of a killing* (Lombard, 1978), y a menos que admitiéramos la posibilidad de una causación retroactiva, siempre será el caso que una acción letal es ejecutada *antes* de que acaezca la muerte cuya producción la convierte en una acción letal. Con ello, el momento en que A mata a V será siempre anterior al momento en que V muera a consecuencia de la acción ejecutada por A (Davidson, 2001, pp. 299-301).

El punto es, más bien, que el hecho de que la acción ejecutada por A admita ser descrita como productiva de la muerte de V no es independiente de que V muera a consecuencia de lo hecho por A. Pero entonces, del hecho de que la antinormatividad del comportamiento de A bajo la prohibición del homicidio “recién” vaya a poder ser constatada *ex post*, una vez que haya acaecido la muerte de V, no se sigue la proposición absurda de que el comportamiento de A sólo sería antinormativo *ex post* (Robles, 2019, p. 5). Antes bien, y encontrándose en vigor la norma que prohíbe matar a otro ser humano, el comportamiento de A resulta antinormativo *simpliciter*, en un sentido que es a la vez objetivo y atemporal. Precisamente por esto, A eventualmente podrá llegar a estar en posición, *ex ante*, de reconocer que, al tirar del gatillo apuntando contra V, él se dispone a hacer algo que, de ser

acertada la creencia predictiva de que ello habría de resultar en la muerte de V, será antinormativo bajo la prohibición del homicidio (Kindhäuser, 2021, p. 752).

Lo anterior es obviamente compatible con que el respectivo sistema jurídico sujete la materialización de una reacción punitiva a la exigencia de que la persona expuesta a esa reacción haya sido capaz de evitar y de motivarse a evitar, con base en la norma respectiva, el comportamiento que se le imputa como trasgresión de esa misma norma. Las condiciones para semejante adscripción de responsabilidad por la trasgresión de una norma de comportamiento punitivamente reforzada no son internas a la norma en cuestión, sino que resultan fijadas por un conjunto de *reglas de imputación* (Mañalich, 2019, pp. 420-422), las cuales, al especificar presupuestos de validez de la imposición de la consecuencia jurídica establecida por la correspondiente norma de sanción, tienen el carácter de reglas constitutivas (Kindhäuser, 2021, pp. 450-452). Así, y contra la tradición imperativista, la adopción de una concepción artefactualista de las normas de comportamiento hace posible ofrecer una especificación de la estructura y el contenido de estas que logra superar la confusión entre su propia función directiva y la función adscriptiva que, en relación con la posible trasgresión de una norma de comportamiento en cuanto regla regulativa, cumplen las correspondientes reglas de imputación.

Esta distinción tiene aparejada la ventaja de producir claridad en la aplicación de los estándares de legitimación a los que se entiende sometida la operación de los sistemas de derecho penal. En los términos de esa distinción, la función directiva atribuible a las normas de comportamiento queda conectada con que, a través del seguimiento de tales normas, puedan ser evitados o impedidos menoscabos para “bienes jurídicos” cuya protección es esgrimida como parámetro de legitimación de esas mismas normas (Kindhäuser, 2021, pp. 113-119, 688-691). Pero es en la fisonomía de las reglas de imputación donde se juega, en cambio, la realización del principio de culpabilidad, el cual impone constreñimientos de cuya satisfacción depende la justicia “atributiva” de una responsabilización por el quebrantamiento de una norma a cuya trasgresión es asignada significación delictiva.

Bibliografía

- Agüero, S. (2019). ¿Cómo encontrar normas jurídicas? Una revisión a la ontología desde la identificación. *Isonomía*, 49, 3-44.
- Agüero, S. (2022). ¿Son las normas entidades u objetos abstractos? Cuatro precisiones y sus alcances. *Isonomía*, 57, 69-101.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1997). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, 2ª ed. México D.F.: Fontamara.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2021). *Análisis lógico y derecho*, 2ª ed. Madrid: Trotta.
- Arriagada, M.B. (2022). Normas regulativas y normas constitutivas en el derecho. Ontología, interpretación y cultura jurídica. *Doxa*, 45, 377-410.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2004). *Las piezas del derecho*, 2ª ed. Barcelona: Ariel.
- Austin, J.L. (1975). *How to Do Things with Words*, 2ª ed. Cambridge, M.: Harvard University Press.
- Bayón, J.C. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bentham, J. (1970). *Of Laws in General*. Londres: University of London, The Athlone Press.
- Binding, K. (1922). *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo I, 4ª ed. Léipzig: Felix Meiner.
- Black, M. (1962). *Models and Metaphors*. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press.
- Boghossian, P. (2015). Rules, Norms, and Principles: A Conceptual Framework. En M. Araszkievicz, P. Banaś, T. Gizbert-Studnicki y K. Pleszka. (eds.). *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following* (pp. 3-12). Cham, Heidelberg, Nueva York, Dordrecht y Londres: Springer.
- Brandom, R. (1994). *Making It Explicit*. Cambridge, M., y Londres: Harvard University Press.
- Brandom, R. (2011). *Perspectives on Pragmatism*. Cambridge, M., y Londres: Harvard University Press.
- Brandom, R. (2019). *A Spirit of Trust*. Cambridge, M., y Londres: Harvard University Press.

- Bung, J. (2005). Die Norm im wahrheitskonditionalen Interpretationsschema. *Rechtstheorie*, 36, 41-47.
- Burazin, L. (2016). Can There Be an Artifact Theory of Law? *Ratio Juris*, 29(3), 385-401.
- Burazin, L. (2018). Legal Systems as Abstract Institutional Artifacts. En L. Burazin, K. Himma y C. Roversi (eds.). *Law as an Artifact* (pp. 112-135). Oxford: Oxford University Press.
- Caballero, P. (2022). Sobre la ontología y metafísica de las normas jurídicas. *Isonomía*, 57, 34-68.
- Calzetta, A. y Sardo, A. (2014). Una nueva vista a la concepción expresiva. *Doxa*, 37, 45-62.
- Caracciolo, R. (1997). Existencia de normas. *Isonomía*, 7, 159-178.
- Davidson, D. (2001). *Essays on Actions and Events*, 2a ed. Oxford: Clarendon Press.
- Davidson, D. (2005). *Truth, Language, and History*. Oxford: Clarendon Press.
- Ehrenberg, K. (2016). *The Functions of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ehrenberg, K. (2018). Law Is an Institution, an Artifact, and a Practice. En L. Burazin, K. Himma y C. Roversi (eds.), *Law as an Artifact* (pp. 177-191). Oxford: Oxford University Press.
- Engländer, A. (2013). Norm und Sanktion — Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm. *Rechtswissenschaft*, 2, 193-207.
- Falguera, J., Martínez-Vidal, C. y Rosen, G. (2022). Abstract Objects. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/entries/abstract-objects/>.
- Ferrer, J. y Rodríguez, J. L. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons.
- González Lagier, D. (1995). *Acción y norma en G.H. von Wright*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Guastini, R. (2018). Dos concepciones de las normas. *Revus*, 38. Recuperado de: <https://journals.openedition.org/revus/3810>.
- Hart, H.L.A. (1982). *Essays on Bentham*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (2012). *The Concept of Law*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press.

- Hernández Marín, R. (2012). *Compendio de filosofía del derecho*. Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons.
- Hilliger, F.A. (2018). Rechtstheoretische Voraussetzungen der Normenlehre Bindings. En A. Schneider y M. Wagner (coords.). *Normentheorie und Strafrecht* (pp. 11-33). Baden-Baden: Nomos.
- Hoyer, A. (1996). *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Kaufmann, A. (1954). *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Gotinga: Otto Schwartz & Co.
- Kelsen, H. (1911). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. Tubinga: Mohr Siebeck.
- Kelsen, H. (1979). *Allgemeine Theorie der Normen*. Viena: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Kindhäuser, U. (2021). *Analytische Strafrechtswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos.
- Lombard, L. (1978). Actions, Results, and the Time of a Killing. *Philosophia*, 8, 341-354.
- Ludwig, K. (2020). The Social Construction of Legal Norms. En M. Garcia-Godinez, R. Mellin y R. Tuomela (eds.). *Social Ontology, Normativity and Law* (pp. 179-207). Berlín y Boston: Walter de Gruyter.
- MacCormick, N. (1973). Legal Obligation and the Imperative Fallacy. En A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Series in Jurisprudence* (pp. 100-130). Oxford: Clarendon Press.
- Mañalich, J. P. (2009). *Nötigung und Verantwortung*. Baden-Baden: Nomos.
- Mañalich, J. P. (2012). Reglas primarias de obligación. Las ‘reglas del derecho penal’ en El Concepto de Derecho de H.L.A. Hart. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11, 571-585.
- Mañalich, J. P. (2014a). Normas permisivas y deberes de tolerancia. *Revista Chilena de Derecho*, 41(2), 473-522.
- Mañalich, J. P. (2014b). *Norma, causalidad y acción*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.
- Mañalich, J. P. (2019). The Grammar of Imputation. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 27, 411-428.

- Mañalich, J. P. (2021). La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas. *Revus*, 44, 27-55.
- Mañalich, J.P. (2022a). Norms, Authority, and Practical Reason. On Raz's Conception of Legal Normativity. *Rechtsphilosophie*, 4, 406-435.
- Mañalich, J.P. (2022b). Norma, antinormatividad y azar resultativo. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardon, J. I. Gallego Soler, J. C. Hortal Ibarra y U. Joshi Jubert (dirs.), V. Valiente Ibáñez y G. Ramírez Martín (coords.). *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (pp. 701-711). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Mañalich, J. P. (2023). ¿Injusto específico versus injusto genérico? Sobre los conceptos positivo y negativo de antijuridicidad. En J. Muñoz Sánchez, O. García Pérez, A. Cerezo Domínguez y E. García España (dirs.). *Estudios jurídico-penales, criminológicos y políticos criminales. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés* (pp. 873-885). Tirant lo Blanch: Valencia.
- Mir Puig, S. (1983). La perspectiva «ex ante» en derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XXXVI(1), 5-22.
- Mir Puig, S. (1994). Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLVII(1), 5-28.
- Mir Puig, S. (2004). Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06(02). Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>.
- Molina, F. (2001). *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: Bosch.
- Narváez, M. (2015). Expresiones de normas. *Revus*, 25, 71-100.
- Navarro, P. y Moreso, J. J. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía*, 5, 119-139.
- Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*. Nueva York: Cambridge University Press.
- 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*, vol. I (pp. 185-204). Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.

- Nino, C.S. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea.
- Opalek, K. (1986). *Theorie der Direktiven und der Normen*. Viena y Nueva York: Springer.
- Orunesu, C. y Rodríguez, J. L. (2022). Reglas constitutivas y mundos constitucionalmente posibles. En L. Ramírez-Ludueña y J. Vilajosana. *Reglas constitutivas y derecho* (pp. 187-221). Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.
- Patzig, G. (1996). *Gesammelte Schriften*, tomo IV. Gotinga: Wallstein.
- Pawlik, M. (2012). *Das Unrecht des Bürgers*. Tubinga: Mohr Siebeck.
- Raz, J. (1980). *The Concept of a Legal System*, 2ª ed. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- Renzikowski, J. (2001). Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 87, 110-125.
- Renzikowski, J. (2005). Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. En R. Alexy (coord.). *Juristische Grundlagenforschung* (pp. 115-137). Stuttgart: Franz Steiner.
- Renzikowski, J. (2017a). Der Gegenstand der Norm. En M. Borowski, S. Paulson y J. R. Sieckmann, (coords.). *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie* (pp. 631-644). Tubinga: Mohr Siebeck.
- Renzikowski, J. (2017b). Normen als Handlungsgründe. En F. Saliger (coord.). *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag* (pp. 335-346). Heidelberg: C.F. Müller.
- Renzikowski, J. (2022). Einführung: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Normentheorie? En A. Aichele, J. Renzikowski y F. Rostalski (coords.). *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik* (pp. 9-19). Berlín: Duncker & Humblot.
- Robles, R. (2017). Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig. En J. M. Silva Sánchez, J. J. Queralt Jiménez, M. Corcoy Bidasolo y M. T. Castiñeira Palou (coords.). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (pp. 829-842). Montevideo y Buenos Aires: BdeF.

- Robles, R. (2019). Normas de conducta. *InDret*, 1. Recuperado de: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/12/1434.pdf>.
- Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.
- Ross, A. (1968). *Directives and Norms*. Nueva York: Humanities Press.
- Rostalski, F. (2018). Zur objektiven Unmöglichkeit schuldlosen Verhaltensunrechts im Strafrecht. En A. Schneider y M. Wagner (coords.). *Normentheorie und Strafrecht* (pp. 105-118). Baden-Baden: Nomos.
- Roversi, C. (2010). Constitutive Rules in Context. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 96(2), 223-238.
- Roversi, C. (2019). Law as an Artefact: Three Questions. *Analisi e Diritto*, 19(2), 41-67.
- Schleider, T. (2011). *Acción y resultado*. Buenos Aires: Didot.
- Searle, J. (1969). *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Searle, J. (1979). *Expression and Meaning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Searle, J. (2010). *Making the Social World*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- Strawson, P.F. (1985). *Scepticism and Naturalism: Some Varieties*. Nueva York: Columbia University Press.
- Strawson, P.F. (1992). *Analysis and Metaphysics*. Oxford: Oxford University Press.
- 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.
- Vilajosana, J. (2010). *El derecho en acción*. Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons.
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Von Wright, G.H. (1969). On the Logic and Ontology of Norms. En J. W. Davis, D. J. Hockney y W. K. Wilson (eds.). *Philosophical Logic* (pp. 89-107). Dordrecht: Reidel.

- Von Wright, G.H. (1983). *Practical Reason*. Oxford: Basil Blackwell.
- Weinberger, O. (1974a). Der Begriff der Sanktion und seine Rolle in der Normenlogik und Rechtstheorie. En H. Lenk (coord.). *Normenlogik. Grundprobleme der deontischen Logik* (pp. 89-111). Múnich: Verlag Dokumentation.
- Weinberger, O. (1974b). *Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik*. Berlín: J. Schweitzer.
- Weinberger, O. (1998). The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms. En S. Paulson y B. Litschewski Paulson (eds.). *Normativity and Norms* (pp. 411-432). Oxford: Clarendon Press.
- Wittgenstein, L. (1984). *Philosophische Untersuchungen*, Werksausgabe, tomo 1. Suhrkamp: Fráncfort del Meno.
- Woozley, A.D. (1967). The Existence of Rules. *Noûs*, 1(1), 63-79.
- Woozley, A.D. (1968). Legal Duties, Offences, and Sanctions. *Mind*, 77(308), 461-479.
- Zuleta, H. (2008). *Normas y justificación*. Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons.

Una concepción artefactualista de las normas de comportamiento. Algunos comentarios a un ensayo de Juan Pablo Mañalich R.

An Artifactual Conception of Behavioral Norms. Some comments to an essay by Juan Pablo Mañalich R.

Inês Fernandes Godinho*

Recepción: 03/12/2023

Evaluación: 11/12/2023

Aceptación final: 11/12/2023

Resumen: Este texto presenta algunos comentarios a la concepción “artefactualista” de las normas de comportamiento como punto de partida para una teoría de las normas de los sistemas de derecho penal, avanzada por Juan Pablo Mañalich R. en su ensayo *Las normas de comportamiento como artefactos deónticos*.

Palabras claves: normas de comportamiento, teoría de las normas, derecho penal.

Abstract: This text presents an analysis of the conception of conduct norms as artifacts as a starting point for a theory of norms for criminal law systems developed in Juan Pablo Mañalich's essay *Conduct norms as deontic artifacts*.

Keywords: conduct norms, theory of norms, criminal law.

* Doctora en Derecho, Universidad de Coimbra, Portugal. Profesora Asociada, Universidade Lusófona/CEAD Francisco Suárez, Lisboa, Portugal. Correo electrónico: ines.godinho@ulusofona.pt

1. Prolegómenos. La concepción de las normas como artefactos deónticos de Juan Pablo Mañalich R.

En el ensayo “Las normas de comportamiento como artefactos deónticos”, Juan Pablo Mañalich (2024) se plantea la cuestión sobre si hay una vía teórica que no quede comprometida con una identificación imperativista de las normas como órdenes emitidas por un hablante y que permita ofrecer una categorización ontológica de las normas de comportamiento en cuanto reglas regulativas.¹ El autor, después de una categorización crítica de las concepciones expresiva y hilética –ofrecidas por Bulygin– presenta la tesis de que una regla (jurídica) regulativa tiene el estatus ontológico de un “artefacto institucional abstracto”, avanzando con las bases para la concepción artefactualista de las normas de comportamiento.

En esas bases las normas de comportamiento son presentadas como artefactos deónticos (Mañalich, 2024, sección 4.1.), con la asunción de que se corresponden con una “entidad *creada* para el desempeño de una función”, *in casu*, como razón externa para la acción. En su construcción, la imposición del estatus deóntico sobre la forma de comportamiento prohibida o requerida asienta en la norma como artefacto institucional con sustento óntico en relación (“despliegue indirecto”) con una intencionalidad colectiva.

La mediación se afirma como el despliegue de intencionalidad colectiva que puede suceder a través de una inferencia de la formulación legislativa de la(s) norma(s) de sanción que refuerza(n) la norma de comportamiento.

Distinguida por tener una historia (Mañalich, 2024, sección 4.2.), la caracterización de una norma como artefacto abstracto significa también la presentación de relaciones de “dependencia existencial” en diferentes dimensiones, tanto en relación con objetos físicos concretos como con estados intencionales. Cuando se consideran como artefactos, existe una dependencia rígida, histórica y material de determinados estados intencio-

¹ Para Max Ernst Mayer (1903) el rasgo característico del derecho consiste únicamente en su manifestación, la norma jurídica. Sin embargo, el Estado no prohíbe ningún comportamiento sin que la cultura lo haya prohibido previamente. La independencia –aparente– del derecho y de sus normas reside en la conexión entre el comportamiento y la coacción externa (1903, pp. 16 y ss.).

nales de sus creadores y, como artefactos abstractos, existe una dependencia genérica, constante y material de las entidades espaciotemporalmente existentes que los sustentan.

Esta construcción, basada en una lectura de Thomasson (1999, 2003 y 2015), determina que las normas como entidades abstractas no son susceptibles de localización espaciotemporal; en esencia, son entidades “atemporales”.²

Esta concepción artefactualista consigue así cumplir los dos aspectos que deben existir en una conceptualización adecuada de las normas de comportamiento, a saber, la relación con determinados hechos sociales y una función directiva.

Para Mañalich, y en contra de la tradición imperativista, la concepción artefactualista permite superar la confusión entre la función directiva y la función adscriptiva de las reglas de imputación. En particular, desde la perspectiva de los sistemas de derecho penal, esta concepción artefactualista tiene la ventaja de ofrecer una comprensión más clara de la aplicación de los estándares de legitimación. Es decir, de prevención de lesiones a los bienes jurídicos en el caso de la función directiva atribuible a las normas de comportamiento.

Aceptando que la teoría de las normas puede funcionar en derecho penal como una metadogmática, una de las cuestiones centrales de una dogmática penal inspirada en la teoría de las normas es precisamente la comprensión (y la concepción) de la norma de comportamiento (Renzi-kowski, 2022a, p. 18).

En este sentido, el ensayo de Mañalich es una contribución fundamental y original para abordar esta cuestión central y que, anticipamos, proporcionará un importante debate que pondrá de relieve los elementos

² Para Mañalich, la norma *qua tale* no está localizada espaciotemporalmente. Como el propio refiere, “[p]ues que una norma jurídica sea constantemente dependiente de determinados estados intencionales atribuibles a individuos que existen en el espacio y el tiempo, no lleva a que tenga sentido pretender localizar la norma, como tal, en el espacio y el tiempo ocupados por individuos cuyos estados intencionales le sirven de soporte”, agregando que “los ámbitos de validez temporal y espacial de una norma de comportamiento *qua* regla regulativa conciernen a la localización espaciotemporal de lo que la respectiva norma regula, y no a la pretendida localización de la norma” (2024, sección 4.2.).

positivos que la concepción artefactualista aporta a la comprensión de la norma de comportamiento.

El valor de la concepción artefactualista de la norma de comportamiento es que permite una construcción coherente de su estatuto ontológico y de su invariabilidad. Sin embargo, esta concepción plantea algunos interrogantes cuando se analiza desde una perspectiva penal, teniendo en cuenta las especificidades de este sistema normativo.

2. Concepción artefactualista y norma penal

La norma de comportamiento puede ser –o no– expresada a través de su formulación explícita, o sea, la aceptación de que tal norma de comportamiento puede ser inferida a partir de la(s) norma(s) de sanción que la refuerza(n) tiene como implicación una cierta lectura de la norma penal.

De hecho, si queremos sentar las bases de una concepción artefactualista de las normas de comportamiento, hay un aspecto que, considerando los sistemas penales, nos parece que no está resuelto, y es la relación entre la norma de comportamiento y la ilicitud como disvalor o, si queremos, de la norma de comportamiento como deber ser, en particular en el derecho penal. ¿El quebrantamiento de la norma de comportamiento es (sólo) una condición para la posible aplicación de la norma de sanción o, antes, como razón externa para acción –o función directiva– presenta una valuación propia? Pensando en las normas de comportamiento que suelen tener más relevancia en el derecho penal –normas de prohibición– ¿hay diferencia entre ese y otros sentidos de la norma de comportamiento?

La adhesión a un modelo dualista –norma de comportamiento/norma de sanción– no sólo implica el reconocimiento de una norma de comportamiento que precede a la norma de sanción, sino que también significa cuestionar el significado de la antinormatividad. Admitir, como hace Mañalich, que la norma de comportamiento puede ser mediada –inferida– de la norma de sanción no aclara si la norma de comportamiento representa o no una antinormatividad específica del sistema. En otras palabras, si la norma de sanción como criterio de reconocimiento es lo que confiere a las normas de comportamiento así reconocidas su pertenencia al sistema

de derecho penal. En concreto: la cuestión es si la prohibición de la forma de comportamiento “matar” pertenece al sistema social y se mediatiza al sistema penal, o ya forma parte del sistema penal como prohibición.

Dentro del sistema penal, la ilicitud de un comportamiento determinado puede ser variable, bastando simplemente pensar en los elementos calificadores (Kindhäuser, 2022, p. 29). La cuestión es si es el sistema penal el que define la ilicitud, o si esta calificación –reflejada en la norma penal– le precede, siendo reconocida y reforzada por el sistema penal. Esto no va en contra de la comprensión de una perspectiva *ex ante* de la norma de comportamiento como directiva, ya que se dirige a la cuestión de su integración en el sistema penal.

Esta cuestión también implica preguntarse por el referente legitimador de la norma de comportamiento. En otras palabras –dada la concepción de Mañalich de una entidad creada para cumplir una función–, ¿cuál es la relación entre la función de la norma de comportamiento y su legitimación? Pensando en los bienes jurídicos, ¿legitiman la norma –especialmente cuando estamos ante normas de prohibición, que limitan la libertad– o esclarecen la función de la norma o aún ambos? Básicamente, lo que queremos comprender es la diferenciación entre función y legitimación de la norma del comportamiento en la concepción artefactualista referida a los sistemas penales.³ La cuestión de los bienes jurídicos coloca aún otra cuestión, o sea, si hay referentes de legitimación intrafuncionales. De otro modo, ¿hay bienes jurídicos o también bienes jurídico-penales?

En ocasiones se llegó a la conclusión de que no había diferencia entre el injusto penal y el civil o de derecho público. Como resultado, el injusto penal, y posiblemente el concepto de derecho penal en general, perdieron su independencia. Beza dos Santos (1968), por ejemplo, dijo: “La verdad es que no existe una diferencia estructural entre los dos injustos, por lo que no se puede saber de antemano cuándo un acto debe dar lugar, en general, sólo a sanciones civiles o sólo a sanciones penales o a ambas”

³ Mañalich indica, siguiendo a Kindhäuser, que “la función directiva atribuible a las normas de comportamiento queda conectada con que, a través del seguimiento de tales normas, puedan ser evitados o impedidos menoscabos para ‘bienes jurídicos’ cuya protección es esgrimida como parámetro de legitimación de esas mismas normas” (Mañalich, 2024, sección 4.3).

(p. 80). Según Figueiredo Dias (2019), el aludido principio de unidad de ilicitud es aceptable en la medida en que sólo significa que todo lo que está permitido en otro ámbito del derecho no puede ser ilícito en el derecho penal. Sin embargo, es inaceptable si pretende dar a entender que lo que está prohibido en virtud del derecho civil o público también debe ser ilícito en virtud del derecho penal, aunque en última instancia no se castigue por otros motivos (p. 19).⁴ En otras palabras, Si se pretende plantear una teoría de las normas para los sistemas de derecho penal, ¿cuáles son las normas de derecho penal en la construcción artefactualista? ¿Normas de comportamiento, normas de sanción, o las dos?

3. Concepción artefactualista como punto de partida para una teoría de las normas para los sistemas de derecho penal

La construcción de Mañalich, que pretende ser el punto de partida –en sus propias palabras– de una “teoría de las normas para los sistemas de derecho penal” se basa, sin embargo, en la premisa de la validez de una teoría dualista de las normas –como la planteada por Binding (1922)– que asume la distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción. En otras palabras, si queremos una teoría de las normas para los sistemas de derecho penal, esta construcción tendría su validez supeditada a la aceptación de esta posición dualista de diferenciación entre normas de comportamiento y normas de sanción. Aunque concordemos con la teoría dualista, desde el punto de vista penal, sería interesante ver cómo la concepción artefactualista se impondría a posiciones que defienden que las normas de sanción no presuponen normas de comportamiento, dada la relevancia de esa cuestión en los sistemas de derecho penal. De hecho, si se pretende plantear una teoría de las normas para los sistemas de derecho penal, tal teoría tendrá que afirmarse, también, desde el punto de vista de su premisa.

Por otra parte, pensando desde la perspectiva de la teoría de la norma penal, aunque la concepción artefactualista pueda ser posible como alternativa a una concepción imperativista de la norma de comportamiento,

⁴ Véase Günther (1983).

la legitimidad de atribuir responsabilidad por su violación sigue siendo cuestionable. En otras palabras, seguimos necesitando comprender los fundamentos de la aplicación de la norma de sanción. Porque el propio Mañalich asume que –aunque puedan explicitarse en la norma de sanción que las refuerza (2024, secciones 4.1. y 4.2.)– las normas de comportamiento son anteriores a las normas de sanción. Dado que las normas de comportamiento no tienen el estatus de razones (vinculantes) para la acción, y se manifiestan con el estatus ontológico de un “artefacto institucional abstracto”, existen dificultades para explicar el estatus de la norma de sanción, puesto que ya no existe realmente una razón para cumplir la norma de comportamiento si se asume que su estatus ontológico es el de un artefacto deóntico.

La norma de comportamiento debe establecer un deber (ser), de lo contrario su razón de ser en el modelo dualista dejará de existir y habrá que seguir el modelo monista, asumiendo la norma de comportamiento como una ficción (Kröger, 2016, pp. 334 y ss.).⁵

Sin embargo, es cierto que partiendo de la idea de una directiva permanente existe, al menos desde la perspectiva penal que nos ocupa, una idea de orientación de la conducta que debe ser intrínseca a la comprensión de la norma de comportamiento, pues de lo contrario se perdería el concepto de norma y estaríamos reflexionando sobre sugerencias, opiniones u observaciones.

Sin embargo, podría cuestionarse si la premisa de la directiva permanente no revela, en última instancia, la dificultad de una comprensión artefactualista con pretensión de abandonar el imperativismo. En otras palabras, aunque las normas se enuncien como razones para la acción, se trata de normas, es decir, incluso en su comprensión epistemológica, la norma *qua tale* se impone (Renzikowski, 2022, p. 577), y es esta imposición lo que la distingue de la posibilidad o de la mera sugerencia o coincidencia. O sea, cuando se asocia a un motivo de acción no hay contradicción a la

⁵ Aquí no en el sentido de que la norma de comportamiento pueda expresarse en la norma penal (de sanción), sino en el sentido de que la distinción es superflua, al contrario de lo defendido por Mañalich. De hecho, también creemos que, si no existiera tal distinción, sería difícil entender la idea de consecuencia o reacción asociada a la norma de sanción.

hora de considerar su imperatividad, dado que no se trata de un motivo del que disponga el destinatario, incluso antes de reflexionar sobre la cuestión de la entidad que emitió la norma.

La construcción artefactualista, que pretende ser el punto de partida de una teoría de las normas para los sistemas de derecho penal, tiene también otra característica que nos plantea algunos interrogantes, especialmente en relación con el tiempo y el espacio y con la suposición de una historia (Mañalich, 2024, sección 4.2.).

No cabe duda de que las normas de comportamiento tienen una existencia temporal –una dimensión temporal– y circunstancias temporales.⁶

Existe una diferenciación entre la existencia de la norma y su validez –aquí no en el sentido de un acto formal de promulgación–, en otras palabras, la norma de comportamiento, incluso para cumplir su función, tiene que estar referida espaciotemporalmente, de lo contrario pierde significado (incluso como) entidad específica y no cumple su función. En este caso, las normas de comportamiento no serían más que la expresión (apenas) de la voluntad de sus creadores, perdiendo la característica de razón para la acción –dado que el creador o entidad creadora de la norma, no dependería(n) de la legitimidad para crearla– en este caso, la voluntad colectiva que permite asumir a la norma como razón (legítima) -o directiva- para la acción. Una existencia “atemporal” con dependencia de individuos que están en el espacio y el tiempo –como defiende Mañalich– en que la referencia espaciotemporal se hace a los hechos puede crear dificultades en la articulación entre la función y la existencia, en particular, desde perspectiva penal, cuando se añade la existencia de normas de sanción y se piensa en movimientos de criminalización y descriminalización.

⁶ Basándose en Thomasson (1999, 2003 y 2015), Mañalich señala que, aunque son entidades abstractas en el sentido de que no pueden localizarse espaciotemporalmente, esto no implica que, como artefactos, sean entidades “atemporales”. Ahora bien, la naturaleza de un artefacto presupone –como supone Mañalich– que (la norma) es una entidad creada (para desempeñar una función). Uno se pregunta, entonces, ¿cómo puede darse a una entidad una característica –no ser localizable espaciotemporalmente– que queda refutada por su creación *qua tale*? ¿No es la entidad la creación necesaria derivada (necesaria) de su comprensión como artefacto?

De hecho, la necesidad de normas (de comportamiento) sólo puede surgir cuando las personas se unen para formar comunidades (el colectivo). Por ejemplo, si vivo sola y me digo a mí misma –quizá incluso lo escriba en un papel– que debo ordenar la cocina todos los días, esto no es una norma jurídica (de comportamiento). Aunque esto signifique una obligación⁷ –la cocina debe estar ordenada– esta obligación individual no es una obligación con significado jurídico (Godinho, 2021, pp. 119-120). Por otra parte, el hecho de que la norma de comportamiento dependa espaciotemporalmente de los estados intencionales atribuibles a individuos que existen en el espacio y en el tiempo, en nuestra opinión, priva a la norma de comportamiento de significado, una vez que puede hacer perder las nociones de legitimación y función. Si una atemporalidad se puede manifestar en el hecho de que existen las mismas normas en lugares y momentos distintos, el contrario también es verdad, o sea, existen normas diferentes en lugares y momentos diferentes. El hecho de la existencia de normas de comportamiento es antes reflejo de una necesidad colectiva de ordenación entre sujetos –quizá, de compartir el espacio y el tiempo en el mundo–. O sea, la necesidad es lo que es atemporal, no la norma, porque está basada onto-antropológicamente. Si se trata de un artefacto abstracto sin referencia espaciotemporal, su función puede manifestarse de forma autopoiética. Pero las normas de comportamiento, desde una perspectiva penal, tienen una función vinculada espaciotemporalmente. Un ejemplo, si la norma de comportamiento “no matar” puede, *in limine*, desvincularse de la ubicación espaciotemporal, ¿qué debemos pensar de normas de comportamiento como “no polucionar”, que tienen una necesaria contingencia espaciotemporal?

Ese planteamiento se torna aún más complejo si pensamos en la relación entre diferentes normas de comportamiento, en especial, normas jurídicas y no jurídicas. En este sentido, la idea del “mínimo ético” es significativa en el sistema de derecho penal (Costa, 2017, pp. 196 y ss.). La

⁷ Por el contrario, Von Wright (1979) reconoce tanto las normas autónomas como las heterónomas, porque se centra únicamente en la autoridad del dador de la norma: “La idea de normas autónomas también puede entenderse de tal manera que uno considere autónomas aquellas normas que se da a sí mismo” (p. 85).

elaboración de esta idea por parte de Jellinek (1908) apunta a la temporalidad de una sociedad y a los requisitos para convivir en ella

[S]i ahora nos preguntamos por las normas en un estado de la sociedad históricamente determinado, cuya observancia hace posible la existencia continuada de dicho estado, obtenemos el derecho de esta sociedad. El derecho no es otra cosa que el mínimo ético. Objetivamente, son las condiciones para la preservación de la sociedad, en la medida en que dependen de la voluntad humana, es decir, el mínimo existencial de normas éticas; subjetivamente, es el mínimo de actividad y comportamiento moral exigido a los miembros de la sociedad (p. 45).

Los requisitos previos para la convivencia en una sociedad corresponden a las normas mínimas que hacen posible, en primer lugar, una coexistencia significativa en sociedad.

En este sentido, las normas jurídicas “corren” en la misma “dirección” que las normas de la moral, si uno considera estas normas como normas de una moral autónoma, es decir, crítica. Dado que las normas de la moral crítica son reconocidas, también se puede deducir que contienen en sí mismas estas condiciones previas.

La norma mínima mencionada ha surgido a través de la temporalidad de una sociedad históricamente vinculada y está definida y protegida por el derecho penal como un bien jurídico. En estas condiciones, las normas de comportamiento del derecho penal también son reconocidas y seguidas y tienen una validez duradera. Si, por el contrario, existe una contradicción entre las normas de la moral, que regulan los requisitos mínimos de la convivencia, y las leyes penales, estas últimas serán (también) ajenas a la cultura y no tendrán ninguna validez duradera (Godinho, 2018, pp. 179-180). ¿Será eso la dependencia de estados intencionales de individuos que existen en el tiempo y el espacio?

Por último, nos quedan algunos interrogantes, desde una perspectiva penal, derivados de la construcción artefactualista según la cual la estructura de la norma de comportamiento puede sostenerse como indiferente a

las capacidades de actuación de quienes aparecen como sus destinatarios.⁸ Existen dos ámbitos de duda: en primer lugar, en términos de capacidad agencial en abstracto y, en segundo lugar, en términos de capacidad agencial en concreto.

La primera se refiere a la presuposición de la agencia. En un intento de aclarar nuestra duda, desde una comprensión artefactualista de la norma de comportamiento, la cuestión es si se presupone que el destinatario tiene capacidad de acción. Si la estructura de la norma admite la indiferencia respecto a la capacidad de acción en términos concretos –como parece desprenderse de la construcción planteada–, ¿qué se exige en términos abstractos? En otras palabras, ¿qué es la agencia (o capacidad agencial) en la construcción artefactualista? Esta pregunta puede tener importantes repercusiones en la comprensión de los sistemas de derecho penal, bastando tan sólo pensar en la cuestión de las personas jurídicas. En este caso, ¿serían las personas jurídicas destinatarias de normas de comportamiento, aunque no se les aplicaran reglas de imputación por infringirlas? O bien, ¿no serían destinatarias de normas de comportamiento?

Por otra parte, en lo que respecta a las capacidades de actuación concretas, se plantea la cuestión de si la concepción artefactualista implica a este respecto que un niño puede ser destinatario de normas de comportamiento.

Si bien comprendemos que una construcción ontológica de las normas de comportamiento puede tener sentido abstraída de la cuestión de sus destinatarios, también es cierto que la existencia de una norma de comportamiento implica la existencia de un destinatario al que se dirige, lo que explica su función directiva. En consecuencia, la insensibilidad a las capacidades agenciales del destinatario plantea algunas cuestiones –tanto en abstracto como en concreto– sobre los individuos a los que se dirige. De hecho, si la invariabilidad de la norma de comportamiento no plantea

⁸ Para Mañalich, una de las consecuencias de la construcción artefactualista es que la norma de comportamiento puede tratarse ahora como “enteramente insensible” a las capacidades agenciales de quien aparece como destinatario, que sólo deben condicionar (eventualmente) su respuesta “al desafío simbólico que la norma representa” (2024, sección 4.3.).

dudas, es su articulación con los destinatarios que le permiten cumplir su función la que nos deja algunos interrogantes.

En conclusión, creemos que el ensayo de Mañalich, en el que desarrolla la construcción artefactualista de las normas de comportamiento, es un aporte importantísimo a una teoría de las normas que actúe como meta-lenguaje de los sistemas de derecho penal, y que las dudas surgidas en el contexto de las complejas cuestiones planteadas por este ensayo pretenden profundizar en su comprensión desde una perspectiva penal.

Bibliografía

- Beleza dos Santos, J. (1968). *Ensaio sobre a Introdução do Direito Criminal*. Coimbra: Atlântida.
- Binding, K. (1922). *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo I, 4ª ed. Léipzig: Felix Meiner.
- Costa, J.F. (2017). *Direito Penal*, Lisboa: INCM.
- Dias, J. (2019). *Direito Penal. Parte Geral*. Coimbra: Gestlegal.
- Godinho, I. (2021). Die Kollektivierung der Norm und kollektive Normen. En K. Papathanasiou, K. H. Schumann, A. Schneider e I. Godinho (eds.). *Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht. Normtheoretische Betrachtungen* (pp. 117-127). Baden-Baden: Nomos.
- Godinho, I. (2018). Normen, Vergeltung und Zeit(lichkeit). *Rechtsphilosophie* 4(2), 172-180.
- Günther, H.L. (1983). *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*. Köln: Heymann.
- Jellinek, G. (1908). *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*. Berlin: Haering.
- Kindhäuser, U. (2022). Normen und Direktiven. En A. Aichele, J. Renzikoski y F. Rostalski, (eds.). *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik* (pp. 27-53). Berlin: Duncker & Humblot.
- Kröger, T. (2016). *Der Aufbau der Fahrlässigkeitstat*. Berlin: Duncker & Humblot.

- Mañalich R., J. P. (2024). Las normas de comportamiento como artefactos deónticos. *Discusiones*, 32(1).
- Mayer, M.E. (1903). *Rechtsnormen und Kulturnormen*. Breslau: Schletter.
- Renzikowski, J. (2022). Normentheorie – analytisch, oder wie, oder was. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 10, 575-581.
- Renzikowski, J. (2022a). Was heißt und zum welchem Ende studiert man Normentheorie? En A. Aichele, J. Renzikoski y F. Rostalski, (eds.). *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik* (pp. 9-19). Berlin: Duncker & Humblot.
- 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.
- Von Wright, G.H. (1979). *Norm und Handlung. Eine logische Untersuchung*. Königstein: Scriptor.

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 hiletica”. 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 hiletica.

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.

¿Sueñan las normas con ovejas eléctricas? Sobre las normas como artefactos

Do Norms Dream of Electric Sheeps? On norms as artifacts

Jorge L. Rodríguez*

Recepción: 28/03/2024

Evaluación: 28/03/2024

Aceptación final: 29/03/2024

Resumen: El objeto de este trabajo es efectuar una evaluación crítica de la tesis central defendida por Juan Pablo Mañalich en “Las normas de comportamiento como artefactos abstractos”. Se examinan, en primer lugar, las críticas que el autor dirige contra las concepciones hilética y expresiva de las normas para mostrar que en verdad existe una dificultad de base con el criterio que preside dicha distinción. En segundo lugar, se considera en particular la caracterización de Mañalich de las normas de comportamiento como artefactos abstractos, señalando las diversas dificultades que ella conlleva.

Palabras clave: Normas regulativas, Concepción hilética y expresiva, Artefactos abstractos, Normas y razones

Abstract: The purpose of this work is to conduct a critical evaluation of the central thesis defended by Juan Pablo Mañalich in “Conduct Norms as Abstract Artifacts.” Firstly, the author’s criticisms against the hyletic and expressive conceptions of norms are examined to demonstrate that there is indeed a fundamental difficulty with the criterion underlying such a distinction. Secondly, Mañalich’s characterization of conduct norms as abstract

* Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor Titular de Teoría General del Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina. Correo electrónico: jorgerodriguez64@yahoo.com

artifacts is specifically considered, pointing out the various difficulties it entails.

Keywords: Regulative norms, Hyletic and expressive conception, Abstract artifacts, Norms and reasons

1. Introducción

En su artículo “Las normas de comportamiento como artefactos deónticos” (2024) Juan Pablo Mañalich analiza las normas de tipo regulativo que resultan reforzadas por sanciones penales, examina las diferentes caracterizaciones de las normas que se han ofrecido desde la teoría general del derecho, evalúa críticamente tales caracterizaciones, y propone concebir a las normas como artefactos, concepción que a su juicio resultaría la más satisfactoria para desarrollar una teoría de las normas penales.

La empresa que se propone Mañalich me parece de la mayor relevancia. Salvo muy honrosas excepciones, desde la dogmática penal ordinariamente se asumen caracterizaciones muy ingenuas de las normas, y no es usual que los dogmáticos penales se preocupen por bucear en la amplísima bibliografía que se ha ocupado del tema desde la filosofía analítica y la teoría general del derecho. Esto es algo que siempre me ha resultado sorprendente, porque es difícil entender cómo sería posible construir una teoría del delito sin la base de una adecuada caracterización de las normas. Por otra parte, Mañalich tiene una notable competencia teórica y ha estudiado detenidamente esa amplia bibliografía, lo que hace que su aporte resulte de gran interés.

Mañalich comienza por remarcar, acertadamente a mi juicio, la superioridad del modelo dualista o estándar de reconstrucción de las normas penales, que distingue entre normas primarias de comportamiento y normas secundarias de sanción, por sobre el modelo monista o de la sanción, según el cual no sería posible trazar esa distinción. Este último modelo es el defendido paradigmáticamente por Kelsen, para quien una conducta es ilícita en tanto y en cuanto ella constituya el antecedente de una norma que impone el deber de sancionar coactivamente a su autor. En otras palabras, una norma que prohíba, por ejemplo, el homicidio, sería según este punto de vista entera-

mente superflua dado que esa prohibición sería derivable de la que impone sanción al homicida. Pero, además, solo serían delitos aquellas conductas que satisfagan tal condición, de modo tal que una norma que se limitara a prohibir cierta acción no instituiría un delito si es que no existe la norma que impone sanción a su autor (Kelsen, 1945, p. 71; Kelsen, 1960, pp. 125-126).

La dificultad capital de esta reconstrucción, así como de la pretensión general de Kelsen de definir todos los conceptos jurídicos básicos a partir del concepto de sanción, se pone particularmente de manifiesto cuando se intenta distinguir entre el pago de una multa como sanción penal del pago de una tasa por un servicio. Ambas consisten en la privación de un bien; ambas son exigidas por una autoridad competente y se imponen coactivamente ¿Con qué criterio podría entonces decirse que la multa constituye una sanción y el pago de una tasa no? Tal como lo señalara Hart, el derecho no está compuesto exclusivamente por normas dirigidas a los funcionarios indicándoles que frente a ciertos casos han de aplicar sanciones: el derecho pretende regular las acciones de las personas a través de reglas generales a las cuales deben adecuar su conducta. Solo en caso de que no lo hagan, esto es, en las situaciones patológicas de incumplimiento de las reglas generales, intervienen los funcionarios para aplicar sanciones. La diferencia entre una multa y el pago de una tasa, aunque ambas supondrían un funcionario, un mal y una coacción, consistiría en que en el primer caso se ha incumplido un deber y en el segundo no (Hart, 1961, pp. 49-50). Esto, desde luego, obligaría a aceptar que la noción de sanción debe definirse a partir del concepto de deber jurídico y no a la inversa, tal como pretendía Kelsen.

Para Mañalich, las normas primarias de comportamiento, que establecen deberes y prohibiciones, serían reglas regulativas de conformidad con la distinción de Searle (1969, pp. 33 y ss.). En cambio, las normas secundarias que establecen sanciones serían reglas constitutivas que asignan competencia a ciertos órganos para sancionar y, consiguientemente, determinarían para el autor del delito una sujeción a ser castigado. No estoy de acuerdo con esto último, pero no voy a discutirlo aquí porque Mañalich solo lo comenta en este trabajo al pasar, dado que su interés se centra en intentar esclarecer la naturaleza de las normas primarias que imponen derechos y obligaciones. Al respecto, Mañalich pasa revista a la tradicional distinción postulada por Alchourrón y Bulygin entre una con-

cepción expresiva y una concepción hilética de las normas (Alchourrón y Bulygin, 1981) (regulativas), dirigiendo contra cada una de ellas diferentes apreciaciones críticas. Comparto buena parte de esas críticas, y también estoy de acuerdo con la idea general que, entiendo, preside la caracterización de las normas jurídicas como artefactos, que es en definitiva aquella que Mañalich defiende, esto es, que el derecho es “puesto en el mundo” por el hombre. Mis diferencias con Mañalich consisten, por una parte, en las razones por las que me parecen inadecuadas tanto la concepción hilética como la concepción expresiva de las normas y, por la otra, en que resulte esclarecedor en algún sentido sostener que las normas son artefactos.

2. Concepción expresiva vs. concepción hilética

La pregunta central que plantea Mañalich en su trabajo es si las normas primarias de tipo regulativo cuya transgresión constituiría un delito deben necesariamente caracterizarse desde una concepción imperativista, como casos de uso prescriptivo del lenguaje, lo cual a su juicio implicaría comprometerse con una cierta posición acerca del estatus ontológico de las normas: lo que Alchourrón y Bulygin calificarán como la concepción expresiva de las normas.

Para la concepción expresiva las normas serían entidades lingüísticas que constituirían el resultado del uso prescriptivo del lenguaje, lo que para Mañalich equivaldría a actos de índole imperativa, y esto supondría al menos dos problemas. En primer lugar, dicha concepción no podría dar cuenta de que las normas son entidades cuya existencia perdura en el tiempo, algo que no podría explicarse satisfactoriamente si se las concibe como actos imperativos, que se agotan con su emisión. Frente a esto hay quienes habrían planteado la alternativa de redefinir a las normas como relaciones que se establecerían entre un emisor y un receptor al captar el segundo el mensaje del primero¹ (normas-comunicación), pero esto conduciría a otra dificultad: que dicha relación no podría configurarse si el receptor no tiene las capacidades necesarias para orientar su conducta sobre la base del mensaje prescriptivo. Contrariamente, Mañalich entiende que la capacidad de una norma para obligar

¹ Véase Von Wright (1963, pp. 116-118).

dependería de su insensibilidad respecto de las actitudes de sus destinatarios, pues si su alcance estuviera a disposición del destinatario no podría sostenerse que este está sometido a la norma.

Pero si en lugar de esta intelección se interpreta que todo acto de promulgar da lugar a la existencia de una norma (norma-prescripción) (Alchourrón y Bulygin, 1979, pp. 21-22), no solo se tendría la apuntada dificultad para explicar la persistencia de las normas en el tiempo, sino que, además, de acuerdo con Mañalich, esta perspectiva no permitiría explicar la naturaleza de las reglas regulativas por otra razón. La promulgación de una regla de este tipo no podría identificarse con la impartición de un orden puesto que su función (servir como un modelo de comportamiento), no podría concebirse si no pudiera ser promulgada, es decir, puesta en vigor, lo que requeriría de un acto de habla performativo, no imperativo. Y si desde la concepción expresiva se rechaza una postura puramente imperativista de las normas y se admite la posibilidad de dictar normas permisivas, debería entonces aceptarse no solo actos de ordenar sino también actos de permitir, pero en tal caso el término “promulgación” significaría algo distinto si lo promulgado es una norma imperativa o una permisiva, cuando una reconstrucción adecuada del concepto de promulgación requeriría que este no varíe según cuál sea la clase de norma que se promulgue.

Si se acepta la presentación del problema que efectúan Alchourrón y Bulygin respecto de las concepciones de las normas, y estas razones se estiman suficientes para descalificar la concepción expresiva, parecería que como alternativa debería optarse por la concepción hilética de las normas. Pero para Mañalich también la concepción hilética resultaría inadecuada para dar cuenta de las reglas regulativas. De acuerdo con ella las normas serían significados prescriptivos, una caracterización platonista que volvería a las normas entidades independientes del lenguaje. También aquí señala Mañalich dos dificultades centrales. En primer lugar, identificar a las normas con “proposiciones prescriptivas” que carecerían de valores de verdad supondría una caracterización muy oscura si no incoherente, pues las proposiciones suelen definirse precisamente por ser entidades de las que puede predicarse verdad o falsedad. En segundo lugar, se incurriría en el error de confundir el estatus de las normas como entidades abstractas con objetos puramente intensionales, cuya existencia solo podría ser ideal,

lo que no podría compatibilizarse con la consideración de que en general las normas sociales, y en particular las normas jurídicas, son entidades que “tienen una historia”, esto es, una existencia temporal. A ello agrega, citando a Black (1962, pp. 103-104), que las normas no podrían identificarse con significados, porque mientras tiene perfecto sentido decir que una norma ha sido seguida o quebrantada, no tendría sentido decir que un significado pueda ser seguido o quebrantado.

Con argumentos como estos, que aquí he presentado muy sintéticamente, Mañalich descarta tanto la concepción expresiva como la concepción hilética. Pero dado que estima que esas dos caracterizaciones no son, tal como lo presentan Alchourrón y Bulygin, conjuntamente exhaustivas, se inclina por una caracterización diferente de las reglas regulativas, concibiéndolas como artefactos abstractos, algo que más adelante examinaré.

Más allá de que no comparto el criterio que preside la distinción entre las concepciones hilética y expresiva tal como la formulan Alchourrón y Bulygin, sobre lo que me extenderé en el punto siguiente, concuerdo con varias de estas apreciaciones críticas. Pero no con todas. Con relación a la concepción expresiva, en primer lugar, por momentos Mañalich parece identificarla con su versión imperativista, esto es, aquella que solo admite actos de ordenar o prohibir, pese a que Alchourrón y Bulygin aclaran que esa es solo una de las variantes que asumiría la concepción expresiva, dado que nada impide desde esa perspectiva aceptar también actos de permitir, lo que Mañalich reconoce. En segundo lugar, la imposibilidad de dar cuenta desde la concepción expresiva de que las normas persisten en el tiempo solo sería tal si se considera que desde este punto de vista las normas se identifican con actos de prescribir. Mañalich advierte que hay cierta ambigüedad aquí en Alchourrón y Bulygin, quienes a veces parecen sostener eso (cuando afirman que desde la concepción expresiva no puede admitirse la posibilidad de relaciones lógicas entre las normas, porque no hay relaciones lógicas entre hechos), pero otras veces afirman que desde este punto de vista las normas serían el resultado del uso prescriptivo del lenguaje. Y si bien no aclaran en qué consistiría el resultado del uso prescriptivo del lenguaje (quizás podría ser que una cierta proposición pase a ser ordenada o permitida, quizás como lo interpreta Guastini podría ser un significado (Guastini, 2018), no parece que haya nada que impida con-

geniar esta última caracterización con una explicación adecuada de la idea de que las normas persisten en el tiempo. En tercer lugar, aunque la promulgación de una norma, al igual que su derogación, sean actos de habla performativos (“Promúlgase la norma “Prohibido hacer *x*””, “Derógase la norma “Prohibido hacer *x*””), ello no dice absolutamente nada sobre si la norma promulgada o derogada (“Prohibido hacer *x*”) es o no un acto de habla prescriptivo o su resultado, porque las normas no pueden identificarse con su promulgación. De hecho, los actos de promulgación y derogación se refieren de manera directa a ciertas formulaciones de normas, y solo indirectamente a las normas expresadas por esas formulaciones. Por eso mismo es incorrecto sostener que si se aceptan no solo actos de ordenar sino también la posibilidad de actos de permitir, esto no permitiría ofrecer un concepto adecuado de promulgación, que no varíe según cual sea la clase de norma que se promulga.

En cuanto a la concepción hilética, no me resultan en absoluto convincentes los argumentos que presenta Mañalich para rechazar la idea de concebir a las normas como significados y, por consiguiente, como entidades de existencia abstracta. Mañalich cita a Black (1962, pp. 100-102), quien afirma que es constitutivo de lo que entendemos por “regla” que lo que esa expresión designa admita diferentes formulaciones. Naturalmente uno diría que lo que esas posibles formulaciones lingüísticas distintas de una misma regla poseen en común es, precisamente, su significado. No obstante, Black —al igual que Mañalich— rechaza que las reglas puedan identificarse con significados sosteniendo que no tiene sentido predicar de un significado que pueda ser seguido o quebrantado. Pero esto es claramente una falacia: no todo lo que puede predicarse de una especie tiene sentido predicado de un género al que la especie pertenece. El argumento de Black es tan convincente como sostener que las vacas no son seres vivos, pues mientras tiene sentido decir que las vacas mugen no tiene sentido decir que los seres vivos mugen. Si las normas se interpretan como significados, se trataría de significados de los que tiene sentido predicar que pueden ser quebrantados o seguidos. Considerar que de ningún significado tiene sentido predicar que pueda ser quebrantado o seguido es presuponer que no puede haber significados prescriptivos, esto es, equivale simplemente

presuponer que las normas no son significados,² no es un argumento que pueda emplearse para justificarlo.

Por otra parte, concebir a las normas como entidades de existencia abstracta es perfectamente compatible con sostener que las normas —al menos algunas de ellas, las jurídicas en particular— “tengan una historia”. Como bien lo advierte Mañalich citando a Caracciolo (1997, pp. 171-172), es posible considerar que cuando se alude a la existencia temporal de las normas en realidad se está haciendo referencia a la selección (“mera selección” dice Mañalich) de una norma como perteneciente a un cierto sistema: el sistema de las normas promulgadas por la autoridad *x*, el sistema de las normas aceptadas en la comunidad *x*, el sistema de las normas aplicadas o aplicables por los funcionarios de la comunidad *x*, etcétera. Considérese la primera palabra de este artículo: “sueñan”. Podría haber escrito mi trabajo en otro idioma *y*, en tal caso, hubiera utilizado otra palabra, pero para transmitir el mismo mensaje, esto es, el significado de dicha palabra. Desde luego, yo no inventé la palabra “sueñan” ni tampoco su significado. Pero tiene sentido decir que he escogido ese significado en diciembre de 2023 para comenzar mi artículo, pese a que la existencia de los significados es abstracta y atemporal. Del mismo modo, si las normas se conciben como significados, tiene perfecto sentido decir que cierta norma fue promulgada por una autoridad un cierto día (y que desde entonces pertenece al conjunto de las normas promulgadas por dicha autoridad), que desde entonces está en vigor (pertenece al conjunto de las normas en vigor), que a partir de cierto momento fue aceptada por una comunidad (pertenece al conjunto de las normas aceptadas por tal comunidad), o que a partir de cierto momento es aplicable por los funcionarios de una comunidad (pertenece al conjunto de las normas aplicables), etc., aunque ninguno de esos hechos, que sí se localizan temporoespacialmente, tengan aptitud alguna para dar comienzo a la existencia de una entidad abstracta.

² Al pasar, ¿de los artefactos sí tendría sentido decir que pueden ser seguidos o quebrantados?

3. Concepción cognoscitiva vs. concepción no cognoscitiva

En distintos trabajos, algunos de mi exclusiva autoría y otros junto con Jordi Ferrer Beltrán y Pablo Navarro (Ferrer y Rodríguez, 2011; Navarro y Rodríguez, 2022), he tratado de argumentar que la distinción de Alchourrón y Bulygin entre la concepción expresiva y la concepción hilética de las normas presenta varios puntos oscuros. No voy a reiterar aquí en detalle esos argumentos. Baste decir que en la explicación de la concepción expresiva se incurre en la comentada ambigüedad entre concebir a las normas como actos de prescribir o como sus resultados, sin aclarar qué naturaleza tendrían estos últimos, y que desde la concepción hilética según Alchourrón y Bulygin habría quienes aceptan que las normas son entidades semejantes a las proposiciones tanto en el sentido de que constituirían significados como en el sentido de que serían susceptibles de verdad o falsedad, mientras que otros estimarían que las normas son significados que carecen de valores de verdad.

Esto último requiere de alguna consideración adicional: la primera de esas dos alternativas es perfectamente clara: la diferencia entre las normas así entendidas y el significado de los enunciados descriptivos sería simplemente una diferencia en aquello que determina su valor de verdad. Mientras en el caso de los enunciados descriptivos, sus significados serían susceptibles de verdad o falsedad en función de si ellos describen adecuadamente lo que acontece en el mundo real, los significados de los enunciados prescriptivos serían verdaderos o falsos en función de si ellos describen adecuadamente ciertos hechos normativos, o lo que acontece en ciertos mundos normativamente ideales. Este modo de concebir a las normas parece así asumir presupuestos ontológicos fuertes, con los que desde luego se puede concordar o discrepar, pero es correcto, tal como sostienen Alchourrón y Bulygin, que hay muchos autores que han defendido esta concepción de las normas.

La segunda alternativa dentro de la concepción hilética, por contraste, resulta un tanto misteriosa. Según ella, las normas serían significados no susceptibles de verdad o falsedad. La pregunta que surgiría entonces es ¿cómo diferenciar a esos significados normativos de las proposiciones? La respuesta no se podría ofrecer en el plano puramente sintáctico, es decir,

afirmando que las proposiciones son el significado de los enunciados descriptivos y las normas el significado de los enunciados prescriptivos, porque en tal caso deberíamos contar con algún criterio independiente para distinguir unos y otros enunciados. Sin embargo, tal cosa no es posible debido a que expresiones lingüísticas como “Está prohibido estacionar en este lugar” no solo pueden ser utilizadas por alguien revestido de autoridad para expresar una norma, sino que las mismas palabras pueden ser empleadas por alguien que no es una autoridad para informar sobre la existencia de una norma dictada por otro. De manera que una misma oración en la que aparecen expresiones característicamente normativas puede ambiguamente constituir la expresión de una norma o la formulación de una proposición normativa, esto es, el significado de un enunciado descriptivo relativo a una norma o conjunto de normas (Von Wright, 1963, pp. 109, 119-120). Como alternativa se podría considerar que la diferencia entre proposiciones y normas radicaría en el plano semántico en que, mientras las proposiciones son susceptibles de verdad o falsedad, las normas son entidades abstractas (cuasiproposiciones) que se caracterizarían justamente por no ser susceptibles de verdad o falsedad. Pero si lo único que dice para diferenciar a las normas de las proposiciones es esto, no se dispondría de criterio alguno para diferenciar a las normas de otros significados que tampoco son susceptibles de verdad o falsedad, como sería el caso de las preguntas. La opción más razonable parecería ser sostener que las normas poseen una “dirección de ajuste” inversa a la de las proposiciones (Anscombe, 1957, p. 56): mientras en el caso de las proposiciones, frente a un desajuste entre lo que acontece y lo que se dice, el problema radica en el lenguaje, no en el mundo, en el caso de las normas, en caso de un desajuste entre lo que acontece y lo que se dice, el problema radica en el mundo, no en el lenguaje. Sin embargo, esta explicación supondría situarse en el plano pragmático, lo que para Alchourrón y Bulygin implicaría pasar a la concepción expresiva de las normas.

Las dificultades apuntadas respecto de la distinción se desvanecen si se abandona un presupuesto que asumen explícitamente Alchourrón y Bulygin al trazarla: que, si las normas son entendidas como expresiones en un cierto modo pragmático, no son significados, y que si son significados son independientes de cualquier uso lingüístico o modo pragmático. En

otras palabras, que el significado y la fuerza de una expresión son entidades enteramente independientes. Como lo ha sostenido Alessio Sardo, la caracterización de las normas en el nivel pragmático obliga a examinar con mayor detalle las relaciones entre los actos locucionarios e ilocucionarios, esto es, entre semántica y pragmática (Sardo, 2015). Aquí se advierten dos alternativas entre los filósofos del lenguaje. De acuerdo con la primera, el sentido o contenido semántico y la fuerza se conciben como entidades separadas. La fuerza ilocucionaria no es considerada parte del contenido semántico, el cual puede ser comprendido sin tomar en cuenta la fuerza de la expresión lingüística. Cada acto de habla tendría un único tipo invariable de contenido semántico, presentado como una proposición y definido en términos de condiciones de verdad, con independencia de cuál sea su fuerza. De acuerdo con la segunda, en cambio, el sentido y la fuerza se encontrarían conectados en el nivel semántico, al punto de que no sería posible comprender cabalmente el contenido semántico de una expresión lingüística sin tomar en cuenta su fuerza.³

Con relación a esta segunda alternativa es preciso formular una aclaración. Refiriéndose a la distinción entre sentido y fuerza, Hart ha resaltado que una expresión como “Hay un toro detrás de usted” tiene el mismo significado o contenido ya sea que se la haya formulado como respuesta a un pedido de información o para advertir sobre un posible peligro (Hart, 1983, pp. 5-6). Podría decirse entonces que dicha expresión se puede “usar” para hacer cosas diversas, pese a que su significado es el mismo. Pero, como bien lo advierte Hart en el mismo párrafo, la expresión “uso” tiene muchos

³ Comentando esta idea Mañalich (2024) señala que la distinción entre el contenido semántico y la fuerza ilocutiva de un acto de habla no implica asumir “que los aspectos pragmáticos del lenguaje [serían] enteramente independientes del significado”, tal como señalamos con Navarro, sino que sería compatible con un “pragmatismo semántico”, pues la prioridad explicativa que la dimensión del uso tendría sobre la dimensión del significado no obstaría a que, analíticamente, se pueda abstraer el contenido semántico de una oración que un hablante usa en una determinada ocasión como algo diferenciable de la fuerza ilocutiva con la cual esa oración es usada. Quizás en este punto mi diferencia con Mañalich sea meramente verbal, pero tengo la impresión de que limitarse a señalar una posible prioridad explicativa de la pragmática sobre la semántica no es suficiente para dar cuenta de la multiplicidad de posturas teóricas recientes respecto del modo de concebir las relaciones entre fuerza y significado. Véase Bronzo (2021); Hanks (2015, 2019); Schmitz (2018); Schmitz y Mras (2022).

sentidos. En la primera alternativa considerada, la expresión “Hay un toro detrás de usted” se “usa₁” solo para informar, sin intenciones ulteriores, mientras que en la segunda alternativa la expresión se “usa₁” con la intención de influir sobre la conducta del destinatario para que haga algo al advertir el peligro que esa información revela, aludiendo aquí con “uso₁” al aspecto perlocucionario del lenguaje, al efecto que con la expresión se provoca en el receptor. No obstante, en los dos casos la expresión en cuestión se “usa₂” en sentido descriptivo/representativo para transmitir información, más allá de otras posibles intenciones ulteriores, y es susceptible de verdad o falsedad,⁴ aludiendo aquí con “uso₂” al tipo de acto lingüístico, a la clase de uso del lenguaje, es decir, al aspecto ilocucionario del lenguaje. Una oración como “Está prohibido estacionar aquí” también se puede “usar” para hacer cosas diversas. Se la puede usar a) para prescribir, si es que quien la formula tiene autoridad para ello; se la puede usar b) para informarle a alguien de la existencia de una prohibición dictada por otro, pero solo por el valor de esa información (supongamos que un investigador está haciendo un relevamiento sobre en qué lugares se puede estacionar y alguien le dice “Está prohibido estacionar aquí”), o se la puede usar c) para advertirle a alguien que se expone a una sanción si estaciona en ese lugar, o para sugerirle que se busque otro lugar, esto es, para influir sobre su conducta sobre la base de esa información. El ejemplo de la oración “Hay un toro detrás de usted” lo único que indica es una diferencia como la que media entre b) y c): en esos dos casos, la expresión “Está prohibido estacionar aquí” es “usada₁” para hacer cosas distintas: solo para informar en el caso b), para influir sobre la conducta en el caso c). En otras palabras, la diferencia que revela es una diferencia en el aspecto perlocucionario del lenguaje, lo cual no incide en el significado. Pero en ambos casos el “uso₂” del lenguaje es el mismo: descriptivo/representativo. En cambio, en el caso a), la oración “Está prohibido estacionar aquí” es “usada₂” en sentido prescriptivo. A diferencia de la oración “Hay un toro detrás de usted”, “Está prohibido estacionar aquí”, si bien tiene el mismo significado en los casos b) y c), no tiene el mismo significado en el caso a), pues si bien los aspectos

⁴ Sobre la distinción entre los aspectos ilocucionarios y perlocucionarios del lenguaje, véase Austin (1962, pp. 98 y ss.) y Searle (1969, pp. 25 y ss.).

perlocucionarios del lenguaje no hacen al significado, los aspectos ilocucionarios sí son parte del significado. En otras palabras, el significado de la expresión en los casos b) y c) es descriptivo/representativo, mientras que en el caso a) es prescriptivo. En tanto en los casos b) y c) la oración expresa una proposición normativa, en el caso a) expresa una norma, y normas y proposiciones normativas no tienen el mismo significado. Cuando se sostiene que los aspectos pragmáticos son parte del significado, eso debe entenderse en el sentido de que el tipo de acto de habla cumplido por el hablante (el aspecto ilocucionario del lenguaje) es parte del significado, no así sus intenciones ulteriores (el aspecto perlocucionario).

Si se acepta que la fuerza de una expresión lingüística, con las precisiones antes indicadas, es parte del significado, la diferencia entre lo que Alchourrón y Bulygin califican como concepción hilética y expresiva de las normas no consistiría en que de acuerdo con la primera las normas son significados y de acuerdo con la segunda no, sino en que de acuerdo con la primera las normas podrían ser caracterizadas de modo satisfactorio sin considerar factores pragmáticos, mientras que de acuerdo con la segunda solo la diferente actitud pragmática del hablante, concebida como parte del significado, permitiría diferenciar a las normas de otras entidades lingüísticas. Abandonando el presupuesto de que los aspectos pragmáticos del lenguaje son enteramente independientes del significado es posible superar los puntos oscuros que ofrece la distinción de Alchourrón y Bulygin, y deberían diferenciarse no dos sino al menos tres modos posibles de concebir a las normas que, si bien resultarían mutuamente excluyentes entre sí, no necesariamente serían conjuntamente exhaustivos.

En primer lugar, podría interpretarse que la dirección de ajuste con la que se formula un enunciado del tipo “Es obligatorio *p*” es del lenguaje al mundo, en cuyo caso con él se pretenderá describir ciertos hechos normativos que se asume existentes, o registrar lo que acontezca en ciertos mundos normativamente ideales respecto del mundo real, y será verdadero o falso de acuerdo con que lo haga o no de manera fidedigna. Bajo esta interpretación las normas serían susceptibles de verdad o falsedad. En lugar de denominarla concepción hilética o semántica podría calificarse a esta concepción como cognoscitiva o representativa de las normas. De acuerdo con ella, las normas serían significados de ciertas formulaciones lingüísticas o

de ciertas prácticas sociales que describen o representan lo que se debe, no se debe o puede hacer, que expresan nuestras creencias sobre correlaciones existentes entre el mundo real y ciertos mundos normativamente ideales a su respecto. Desde este punto de vista, podría decirse que las normas nos informan sobre puentes existentes entre el mundo real y los mundos normativamente ideales.

En segundo lugar, si se rechaza el cognoscitivismo normativo, la dirección de ajuste con la que se formula un enunciado del tipo “Es obligatorio *p*” sería del mundo al lenguaje, en cuyo caso el propio enunciado prescribiría lo que se debe, no se debe o puede hacer, determinaría qué mundos estima el hablante como normativamente ideales respecto del mundo real. Desde este punto de vista, al que podría calificarse como concepción no cognoscitiva o adscriptiva, la diferencia entre las normas y las proposiciones se registraría en el plano pragmático. Pero aquí todavía existe espacio para dos alternativas. Por una parte, desde lo que podría calificarse como concepción prescriptivista, las normas se identificarían con actos de prescribir, en cuyo caso ellas no serían verdaderas ni falsas y su existencia sería empírica, lo cual ofrece la dificultad indicada por Mañalich para dar cuenta de la intuición de que las normas persisten en el tiempo.

Como alternativa, si se admite que los aspectos pragmáticos del lenguaje son también parte del significado, puede concebirse a las normas como significados de (posibles) formulaciones lingüísticas o de prácticas sociales a través de las cuales se intenta influir sobre la conducta de otros para que hagan o dejen de hacer ciertas cosas, esto es, con una dirección de ajuste que va del mundo al lenguaje. Desde este punto de vista, al que podría calificarse como concepción semántico-pragmática o selectiva, las normas serían entidades abstractas al igual que para la concepción cognoscitiva, pero a diferencia de ella las normas no describirían sino que seleccionarían lo que se debe, no se debe o puede hacer, expresarían nuestras valoraciones o preferencias de ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real. Bajo esta interpretación, las normas mismas tenderían puentes entre el mundo real y los mundos normativamente ideales y, por ello, no serían susceptibles de verdad o falsedad.

Podría decirse que esta última alternativa constituye una tercera concepción de las normas, que en el análisis de Alchourrón y Bulygin per-

manece encubierta tras la distinción entre las concepciones hilética y expresiva. Ocurre que, si se toma como criterio para diferenciar lo que Alchourrón y Bulygin denominan concepción hilética y expresiva de las normas la cuestión de si el componente no descriptivo de las normas es o no parte de su significado, esta alternativa sería una variante de la concepción hilética. Si en cambio se toma como criterio de distinción la circunstancia de si para caracterizar a las normas se requiere o no tomar en consideración los aspectos pragmáticos del lenguaje, esta sería una variante de la concepción expresiva. La razón por la cual esta forma de concebir a las normas, según la cual ellas son significados prescriptivos con una dirección de ajuste del mundo al lenguaje, parece en parte corresponderse con la postura de quienes para Alchourrón y Bulygin adscribirían a la concepción hilética pero rechazando que las normas sean susceptibles de verdad o falsedad, y en parte corresponderse con la postura de quienes adscribirían a la concepción expresiva pero rechazando la identificación entre normas y actos de prescribir, se debe a que los profesores argentinos identifican los dos criterios antes indicados para delinear su distinción bajo el presupuesto de que los aspectos pragmáticos del lenguaje no pueden ser parte del significado.

Ahora bien, si las normas se conciben como entidades abstractas, significados, ¿cómo se conciliaría esto con la defensa de una concepción positivista del derecho, de conformidad con la cual la existencia y contenido del derecho depende de ciertos hechos sociales? Una posible respuesta fue intentada por Hart con su concepción práctica de las reglas (Hart, 1994, p. 254). De acuerdo con ella, la existencia de las reglas jurídicas dependería de una forma de práctica social que comprende tanto pautas de conducta regularmente seguidas por la mayoría de los miembros del grupo, como una actitud normativa distintiva hacia tales pautas de conducta (“aceptación”), que consistiría en una disposición de los miembros del grupo para tomar tales pautas de conducta como guías para su conducta futura y como estándares de crítica de la conducta de otros que pueden legitimar reclamos y diversas formas de presión para la conformidad.

El problema es que la concepción práctica de las reglas ha sido merecedora de justificadas objeciones, entre otros por Raz y Dworkin (Raz, 1975, pp. 53-58; Dworkin, 1986, pp. 135-137). De hecho, el propio Hart ha

reconocido su inadecuación al aceptar que dicha concepción desconoce la diferencia que media entre consensos por convención, en los que el hecho de que todos acepten una regla es lo que constituye la razón para hacer lo que ella dispone, y consensos por convicción, esto es, la existencia de prácticas sociales concurrentes pero en las que cada individuo adhiere a la regla por sus convicciones personales. Al aceptar esta objeción Hart sostuvo que la concepción práctica solo resultaría aplicable a aquellas reglas que constituyen prácticas convencionales, en el sentido de que la conformidad general hacia ellas por un grupo social es parte de la razón por la cual sus miembros la aceptan (Hart, 1994, pp. 255-256). Como observa acertadamente Raz, una regla no necesita ser de hecho seguida para ser una regla. Podría considerarse que una regla no es una regla social a menos que de hecho sea regularmente seguida dentro de un cierto grupo social, pero ese requisito es solamente necesario para que sea una regla social, no para ser una regla (Raz, 1975, pp. 53-54). Hart tiene razón al señalar que la noción de obligación o deber está incuestionablemente ligada a la existencia de reglas o normas y no puede explicarse simplemente apelando a regularidades de conducta o hábitos sociales. Del mismo modo, la noción de obligación o deber jurídico está ligada a la existencia de reglas o normas jurídicas. Pero que las reglas en general, o las reglas jurídicas en particular, sean de hecho seguidas, que haya quienes las acepten y las utilicen para justificar sus acciones y criticar a quienes no las siguen, esto es, que asuman el punto de vista interno frente a ellas, aunque pueden ser requisitos necesarios para poder hablar de reglas seguidas dentro de una cierta comunidad, o de reglas que integran un sistema jurídico vigente en un grupo social, no son necesarios para dar cuenta de la noción de obligación en general, ni tampoco de la noción de obligación jurídica. La existencia de un deber jurídico depende básicamente de la pertenencia de una norma de obligación a un sistema jurídico, y serán en todo caso los criterios para determinar cuándo una norma pertenece a un sistema jurídico los que permitirán determinar cómo diferenciar entre el derecho y otros sistemas normativos.

¿Y cuáles serían esos criterios desde una visión positivista del derecho? Podría decirse que para el positivismo jurídico se requiere de ciertos hechos sociales más o menos complejos para poder determinar, a la luz de ciertas reglas conceptuales que configuran los criterios de identificación de un

sistema jurídico, que esos hechos cuentan como relevantes para determinar el contenido de un cierto sistema jurídico. Redondo ha resaltado correctamente que, si se concibe a las normas como significados, su existencia es abstracta, de modo que una proposición acerca de la existencia de una norma sería una proposición abstracta (Redondo, 2018, pp. 22 y 38-49). Por supuesto, los conjuntos de normas también son entidades abstractas, de modo que predicar la pertenencia de una norma a tales conjuntos será igualmente una proposición abstracta. No obstante, formular proposiciones acerca, por ejemplo, de lo que exige el derecho argentino, no simplemente de lo que se debe hacer *simpliciter*, obliga a acotar esos conjuntos de normas mediante ciertos criterios que remiten a ciertos hechos sociales (criterios empíricos de pertenencia, tal como lo presenta Caracciolo (1997, pp. 171-172), porque es en virtud de ellos que podemos decir que ciertas normas valen en Argentina y no, por ejemplo, en Uruguay. Por otra parte, del mismo modo puede darse cuenta de la aparente dimensión temporal de las normas jurídicas, a través de la asociación de diferentes conjuntos que conforman una secuencia única a cada acto de producción normativa. Por ello, concebir a los sistemas jurídicos como conjuntos de entidades abstractas no impide dar cuenta de la validez temporal de las normas.

4. Normas como artefactos

Como se adelantó, luego de descartar tanto la concepción hilética como la concepción expresiva de las normas, Mañalich caracteriza a las normas jurídicas regulativas como artefactos institucionales, lo cual supondría por lo menos asumir que ellas se corresponden con entidades creadas para cumplir con cierta función.⁵

Dije al comienzo que comparto la idea de que el derecho es una creación social, lo que no significa mucho más que rechazar una concepción iusnaturalista ingenua del derecho. En tal sentido, diversos autores han resaltado que

⁵ La propia noción de artefacto ha sido materia de controversia teórica respecto del modo más adecuado para caracterizarla, algo que no controvertiré aquí. Véase Rovarsi (2018) y Preston (2022).

el derecho puede ser concebido como un artefacto social o institucional,⁶ lo cual, aunque se pueda tener apreciaciones diversas sobre su potencial explicativo, no me parece controvertible. El punto es si esa idea puede aportar algo a la discusión sobre las concepciones de las normas jurídicas (regulativas o constitutivas, no creo que en eso haya diferencia alguna).

De acuerdo con el planteamiento del problema sobre cómo concebir a las normas presentado por Alchourrón y Bulygin, estimar que ellas son entidades creadas es algo claramente incompatible con asumir la concepción hilética de las normas y considerar que las normas son susceptibles de verdad o falsedad. De acuerdo con el planteamiento alternativo del problema que he sugerido, sería igualmente incompatible con asumir lo que he denominado una concepción cognoscitiva de las normas. Por otra parte, sostener que las normas son entidades creadas sería perfectamente consistente con caracterizar a las normas como actos de prescribir, una variante de la concepción expresiva de Alchourrón y Bulygin y de la concepción no cognoscitiva en mi propuesta. Pero Mañalich ha ofrecido argumentos para rechazar ese punto de vista. Siendo ello así, esto es, si se descarta tal alternativa, una primera dificultad de la propuesta de Mañalich es que parece cuanto menos controvertible sostener que las normas sean una clase de artefactos. No me refiero simplemente al hecho de que no todo aquello que se puede calificar como “norma” sea algo de lo que tenga sentido decir que es producto de una creación humana, como aquellas normas que aceptamos exclusivamente por su valor moral. Tampoco a que “existan” normas, incluso normas jurídicas, que son producto de una práctica social espontánea y, en tal sentido, no son el resultado de una creación deliberada para cumplir cierta función. El problema es más profundo, y se vincula con lo expuesto en el punto precedente sobre la relación entre ciertos hechos sociales y la “existencia” de las normas: ¿en qué sentido las normas podrían ser entidades creadas?

Hablamos de formular normas, promulgar normas, seguir normas, aplicar normas, pero ¿crear normas? Hagamos aquí un ejercicio de imaginación. Supongamos que, frente a los graves problemas por los que atraviesa Argentina, algunos ciudadanos de la ciudad de Bahía Blanca lideran

⁶ Véase Burazin, Himma y Roversi (2018).

un proceso para separar su suerte de los oscuros destinos del resto del país, que conduce a la independización de Bahía Blanca como ciudad Estado soberana. Los líderes del movimiento encomiendan a dos reputados juristas bahienses (Luis y Andrés, por poner dos nombres al azar) el diseño de un proyecto de Constitución para el nuevo Estado, que es votado por una asamblea constituyente y se convierte en la primera Constitución histórica de la ciudad Estado de Bahía Blanca. En ella se incorpora un artículo que reza “Está prohibida la pena de muerte” ¿Puede decirse que esa norma ha sido “creada” por la convención constituyente de Bahía Blanca? ¿No se trata de la misma norma que ya había sido previamente promulgada en muchas otras naciones, que se encuentra consagrada en diversas convenciones internacionales, y que incluso forma parte de muchos sistemas morales? Si se trata de la misma norma, entonces obviamente ella no fue creada por los constituyentes de la ciudad Estado de Bahía Blanca. Pero si no se trata de la misma norma, ¿a qué estaríamos denominando “norma”? ¿Al acto de prescribir cumplido por el primer constituyente bahiense? ¿A una formulación-caso consagrada en el ejemplar original de la constitución de Bahía Blanca, si es que existe algo como un “ejemplar original” de ella? Porque si la referencia fuera a la formulación tipo de la que esa formulación caso originaria es un ejemplar,⁷ o si fuera al significado de esa formulación tipo, esas ya serían nociones abstractas indiferenciables de las formulaciones tipo o significados consagrados en otras constituciones, convenciones internacionales o sistemas morales.

Por otra parte, si las normas son artefactos y, como tales, entidades de las que tiene sentido decir que son creadas, esto es, que se puede dar comienzo a su existencia a través de una acción, también debería tener sentido decir que pueden ser destruidas, es decir, que a través de una acción se puede terminar con su existencia. ¿En qué consistiría “destruir” una norma? ¿Al derogar una norma se la destruye? En tal caso, ¿cómo se explicaría que la misma norma podría ser nuevamente promulgada luego de haber sido derogada?

Un ejemplo no imaginario. Con el restablecimiento de la democracia en 1983 en Argentina se dictó la ley 23.049, que dispuso el procesamiento

⁷ Sobre la distinción caso (*token*) tipo (*type*), véase Peirce (1931-58, seg. 4.537).

de los integrantes de las juntas militares por los delitos perpetrados por el terrorismo del Estado en el período 1976-1983 y, como consecuencia de ello, en 1985 se dictaron condenas contra varios de sus integrantes, iniciándose múltiples causas penales contra muchos otros miembros de las fuerzas armadas. No obstante, en 1986 el Congreso aprobó la ley 23.492, conocida como ley de punto final, y en 1987 la ley 23.521, conocida como ley de obediencia debida, las cuales establecieron severas restricciones para la prosecución de tales causas, tanto respecto de las personas como respecto del tiempo de inicio de los procesos. Desde su promulgación, la validez de estas leyes fue controvertida, impugnándose su constitucionalidad ante diferentes tribunales federales del país, algunos de los cuales hicieron lugar a tales reclamos. No obstante, la cuestión llegó finalmente a la consideración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1987, la cual en la causa “Camps”,⁸ y luego en posteriores casos, se pronunció por mayoría por su constitucionalidad.

En 1998 el Congreso Nacional derogó ambas leyes mediante la ley 24.952. La intención del Congreso a través de este acto estuvo claramente dirigida a suprimir la posibilidad de que sus disposiciones pudieran en el futuro ser invocadas. Pero ocurre que ellas regulaban hechos ya acontecidos, específicamente con anterioridad al 10 de diciembre de 1983, de modo que, por aplicación del principio de la ley penal más benigna, la derogación por el Congreso no impidió que quienes habían resultado beneficiados por estas normas siguieran apelando a ellas en su defensa. Por ello, en 2003 el Congreso dictó una nueva ley, la número 25.779, que declaró “insanablemente nulas” a las leyes 23.492 y 23.521. La sanción de esta ley generó nuevas polémicas, en primer lugar, con relación al alcance que debía asignarse a una declaración de nulidad de normas que ya habían sido derogadas y, en segundo lugar, con respecto a la competencia del Congreso para dictar una norma de tales características, y no impidió que las defensas de los imputados siguieran invocando las leyes de punto final y obediencia debida.

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo número 310:1162, del 22 de junio de 1987. La inconstitucionalidad de la ley 23.492 había sido planteada unos meses antes en autos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo número 310: 789, del 09 de abril de 1987, pero en ese caso la Corte no entró a tratar el fondo de la cuestión por no haberse cumplido con los requisitos procesales pertinentes.

Como puede apreciarse, ninguno de estos dos actos legislativos logró “destruir” estas dos leyes, en el sentido de evitar la persistencia de sus efectos. Fue recién cuando la Corte Suprema Argentina, con una nueva integración, volvió a tomar conocimiento de la cuestión en el año 2005 en la causa “Simón”,⁹ que la discusión quedó saldada pues en dicho fallo se revocó el precedente del caso “Camps” y se declaró la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida. Ahora bien, declarar la inconstitucionalidad de una norma no equivale a “destruirla” sino, en todo caso, a declarar que nunca fue creada válidamente.

En síntesis, solo si se concibe a las normas como entidades de existencia empírica, algo bastante implausible, por cierto, podría sin dificultad sostenerse que ellas pueden ser creadas o destruidas. Si se las entiende como formulaciones-caso, como objetos empíricos, podrían tanto ser creadas como destruidas; si se las concibe como actos de prescribir, serían creaciones instantáneas que se agotarían con su emisión. Pero la caracterización de las normas como artefactos que defiende Mañalich no implica comprometerse con la idea de que ellas son entidades de existencia empírica: por el contrario, las normas serían artefactos abstractos.

Se ha recurrido a la categoría de los artefactos abstractos, entre otras cosas, para explicar la naturaleza de las obras de arte o las creaciones intelectuales.¹⁰ No me refiero a obras de arte como el *Guernica* de Picasso o el *David* de Miguel Ángel, pues en casos semejantes la noción de obra artística se identifica con un objeto que posee existencia empírica: el *Guernica* fue pintado en 1937 y se encuentra hoy en Madrid, y el *David* fue esculpido a comienzos del siglo XVI y se encuentra en Florencia. Desde luego, hay muchas reproducciones de ambas obras, pero ellas son meras copias del original: nadie diría que una reproducción del *Guernica* es también el *Guernica*. Me refiero a obras como la ópera *Tannhäuser* de Wagner, la novela *1Q84* de Murakami, o incluso sin tratarse de una obra de arte y salvando las incalculables distancias en cuanto a su valor, este mismo artículo que estoy escribiendo. Frente a estos casos no identificamos la obra con una entidad que posea existencia empírica: Wagner desde luego escribió un

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo número 328:2056, del 14 de junio de 2005.

¹⁰ Véase Thomasson (1999).

conjunto concreto de símbolos musicales en pentagramas para producir *Tannhäuser*; existe, o existió alguna vez, un manuscrito original escrito en japonés por Murakami de 1Q84, y yo en este momento estoy tecleando mi computadora y están apareciendo en la pantalla letras. Pero no diríamos que *Tannhäuser* se identifica con esa partitura original, ni 1Q84 con el manuscrito de Murakami, ni este trabajo con las imágenes concretas de letras que estoy viendo en mi pantalla. En casos semejantes la obra parece identificarse con algo abstracto: existen muchísimas partituras de la ópera *Tannhäuser*, innumerables ejecuciones musicales de la ópera, millones de ejemplares en diferentes idiomas de 1Q84, y si logro terminarlo, quizás haya varias versiones digitales e impresas de este artículo. Pese a ello, parecería plausible sostener en estos casos que esas obras fueron creadas por alguien con cierto propósito o conjunto de propósitos y que su existencia comenzó a partir de ese acto de creación. De ahí el sentido que tendría afirmar que se trataría de artefactos, pero abstractos.

Mañalich explica, siguiendo a Thomasson, que los artefactos abstractos no tendrían una localización espaciotemporal. Sin embargo, no serían atemporales: "...son creados en un determinado tiempo y en determinadas circunstancias, pueden cambiar, y así también pueden dejar de existir incluso después de que han sido creados" (Thomasson, 1999, p. 38). Y ello porque tendrían una "dependencia existencial" respecto de concretas entidades espaciotemporalmente existentes que les servirían de soporte, una relación que sería de tipo genérico (dependiente de una clase de entidades), constante (dependiente en cada punto de tiempo en el cual la primera existe) y material (anclada a una necesidad "basada en las particularidades de ciertos géneros o tipos materiales").¹¹

Todo esto plantea una dificultad aún más compleja que la anterior, pues la categoría de los artefactos abstractos parece más bien el nombre de un problema, no una explicación de un fenómeno. Y ello porque, de acuerdo con la caracterización más corriente, que suele calificarse como

¹¹ Para un refinado análisis de diferentes sentidos de dependencia existencial respecto tanto de entidades reales como de estados intencionales aplicado a las normas jurídicas, véase Vilajosana (2010, pp. 47-54).

negativa,¹² las entidades abstractas se distinguen por no poseer existencia espaciotemporal ni ser susceptibles de relaciones causales. En tal caso, es difícil entender cómo podría una entidad abstracta comenzar a existir en cierto momento a partir de la creación de alguien y, eventualmente, dejar de existir en otro momento, o depender existencialmente de ciertos acontecimientos empíricos.

El problema podría presentarse del siguiente modo: tomemos como ejemplo la novela *IQ84*. Murakami concibió una historia maravillosa y la relató magistralmente escogiendo oraciones en japonés, comenzó a escribir un primer manuscrito en cierto momento y lo completó tiempo después. Luego le presentó ese manuscrito o una copia de él a su editor, quien le dio el visto bueno, se publicó una primera edición en japonés de cierto número de ejemplares entre 2009 y 2010, y luego traducciones en muchos otros idiomas. Mucha gente la leyó, la disfrutó, la comentó, se escribieron reseñas críticas, quizás algún día alguien conciba la idea de hacer una versión cinematográfica de ella, yo le regalé una copia a mi esposa y un frondoso conjunto de etcéteras. Quizás también un día vivamos en un Estado mundial dictatorial que decida, como en *Farhenheit 451*, quemar todos los ejemplares de la novela, y no obstante alguien se tome el trabajo de memorizar *IQ84* y de ese modo evite que desaparezca. Quizás también un día esa persona muera sin reproducir la obra y solo quede de ella el recuerdo de algunas personas, que también quizás un día desaparezca.

Todo eso conforma un conjunto de hechos y objetos empíricos, un complejo proceso que tiene un desarrollo histórico con un comienzo y, probablemente, un final. Como proceso histórico puede decirse que tuvo su origen en un conjunto de actos de Murakami y, en tal sentido, que Murakami fue su creador. Podríamos utilizar el nombre *IQ84* para referirnos a ese complejo conjunto de fenómenos empíricos. Pero, como dije, ordinariamente utilizamos la expresión, no para hacer referencia a ninguna de las acciones cumplidas por Murakami en su proceso de escritura, ni a las concretas palabras de un manuscrito concreto, ni a sus copias y traduccio-

¹² Sobre los criterios para delimitar las categorías abstracto-concreto, véase Lewis (1986, pp. 81-86); para una proyección de esos diferentes criterios a fin de evaluar las concepciones de las normas, véase Agüero-San Juan (2022).

nes, ni a hechos y fenómenos empíricos subsiguientes y vinculados a aquellos, sino a una abstracción consistente en aquello que tienen en común el primer manuscrito de Murakami y todas sus copias y traducciones. Yo no dudaría en decir que ese algo en común que comparten es un conjunto complejo de significados. Como complejo conjunto de significados concebible, la novela, si es que tiene sentido decir que “existe”, existe abstracta y atemporalmente, en un universo parecido a la metáfora que idea Borges en *La biblioteca de Babel*:

la Biblioteca es total y (...) sus anaqueles registran todas las posibles combinaciones de los veintitantos símbolos ortográficos (número, aunque vastísimo, no infinito) o sea todo lo que es dable expresar: en todos los idiomas. Todo: la historia minuciosa del porvenir, las autobiografías de los arcángeles, el catálogo fiel de la Biblioteca, miles y miles de catálogos falsos, la demostración de la falacia de esos catálogos, la demostración de la falacia del catálogo verdadero (...) la relación verídica de tu muerte. (Borges, 2017, p.82)¹³

Un objeto o tipo abstracto no tiene una localización temporoespacial y su “existencia” es independiente de la de sus instancias concretas. De manera tal que, o bien concebimos a una novela como *IQ84* como una entidad abstracta, en cuyo caso su “creación” en cierto momento por parte de Murakami no sería más que un modo figurado de hacer referencia a contar con un criterio empírico de integración de un cierto conjunto de significados, de manera similar a la que Caracciolo utiliza para explicar la existencia temporal de las normas, o bien aceptamos que al decir que Murakami es el autor de *IQ84* esto debe entenderse en sentido literal, pero en tal caso hay que abandonar la idea de que se trata de una entidad abstracta.

Caracterizar a las obras artísticas o intelectuales aludidas como artefactos abstractos no tiene aptitud alguna para escapar de este dilema, puesto que los artefactos abstractos, más allá de que se diga que tienen una dependencia existencial respecto de entidades empíricas, no tendrían una locali-

¹³ Y de este artículo podría decirse lo mismo que dice el presunto autor del relato de Borges del suyo: “Esta epístola inútil y palabrera ya existe en uno de los treinta volúmenes de los cinco anaqueles de uno de los incontables hexágonos, y también su refutación” (Borges, 2017, p.86).

zación en tiempo y espacio y no admitirían relaciones causales, razón por la cual el simple recurso a la expresión “artefacto” no constituiría explicación alguna de cómo sería posible que entidades abstractas puedan ser creadas o destruidas (Preston, 2022).

En lo que atañe en particular a las normas jurídicas, o bien al caracterizarlas como artefactos abstractos se las interpreta simplemente como un conjunto complejo de fenómenos empíricos, en cuyo caso el calificativo de “abstracto” parece tan inadecuado como decir que aquello a lo que nos referimos con la expresión “la Segunda Guerra Mundial” es un objeto abstracto, o bien se las entiende genuinamente como objetos abstractos, pero entonces la expresión “artefacto” utilizada a su respecto no puede tratarse más que de una manera figurada de hablar. En síntesis, recurrir a la categoría de los artefactos abstractos para caracterizar a las normas no cumple ningún rol explicativo, dado que la propia categoría de artefacto abstracto es tal que requiere de una explicación.

Una tercera y última dificultad se vincula con el modo de distinguir a las normas del resto de los artefactos, si se acepta que lo son. Como se dijo, caracterizar a las normas como artefactos supone interpretar que se trata de entidades creadas para cumplir con una función o propósito. Pero si nos limitáramos a decir esto la caracterización sería notoriamente incompleta: tanto una cámara fotográfica como una aspiradora son artefactos, pero ellos cumplen funciones muy diversas. Las cámaras fotográficas tienen por función tomar imágenes, ofrecernos representaciones de la realidad (algo así como una dirección de ajuste del lenguaje al mundo); las aspiradoras en cambio tienen por función, no ofrecernos representaciones de la realidad, sino modificarla eliminando el polvo del piso (algo así como una dirección de ajuste del mundo a lenguaje). ¿Deberíamos en este sentido asimilar las normas a las cámaras fotográficas o más bien a las aspiradoras?

El punto es determinar cuál sería el propósito o función de las normas. En tal sentido, Mañalich sostiene que la función de las normas es servir como razones externas para la acción, con independencia de que los agentes lleguen a internalizarlas como motivos para actuar. Con ello, la caracterización de las normas como artefactos se torna conceptualmente dependiente de la noción de razón para la acción.

Esto nos enfrenta a una nueva dificultad. Joseph Raz señala que las razones son hechos y que ellas se emplean tanto para explicar como para justificar acciones (Raz, 1975, pp. 15-17). Según este enfoque, las razones -todas las razones- tendrían a la vez una dimensión explicativa y una justificatoria. Sin embargo, considérese un enunciado como el siguiente: “La razón por la que le presté mi ejemplar de *IQ84* a María Beatriz es que se lo había prometido”. Un enunciado como este resulta bastante corriente, y a partir de él podría sostenerse que la razón por la cual le presté el libro a María Beatriz es el hecho de que le hice una promesa al respecto, y que ese hecho sirve a la vez para explicar el motivo por el cual le presté el libro y, además, para justificar mi acción. Pero esas apariencias se desvanecen cuando se advierte que en realidad este enunciado es ambiguo y, según cuáles sean sus presupuestos implícitos, operará como la expresión de parte de una razón explicativa o de una razón justificatoria. Así, si los presupuestos implícitos de mi afirmación son que deseaba causarle una buena impresión a María Beatriz, que pensé que si le prestaba el libro iba a causarle una buena impresión, que por eso le dije que le iba a prestar ese libro, y que luego no quise incumplir la promesa por miedo a que se disgustara, el enunciado contaría como una explicación de los motivos que me llevaron a actuar como lo hice, de modo que expresaría parcialmente una razón explicativa. Si en cambio el presupuesto implícito asociado al enunciado fuera que se deben cumplir las promesas, el enunciado contaría como una justificación de mi acción y expresaría parcialmente una razón justificatoria (Redondo, 1996, pp. 94-95).

El rasgo distintivo de las razones explicativas o motivadoras consistiría en que al tener una razón semejante para realizar cierta acción *p*, el agente se encuentra en un estado que permite explicar su acción. Por consiguiente, es natural suponer que una razón motivadora es un estado psicológico (en la concepción humeana, una combinación de deseos y creencias, donde los primeros operan como motor de la acción). Y ello porque parecería ser parte de lo que significa el que una razón tenga la aptitud de explicar el comportamiento de un agente que el tener esa razón es un hecho acerca del agente (Smith, 1994, p. 96). En cambio, decir que alguien tiene una razón justificatoria para hacer *p* equivale a decir que existe una exigencia en virtud de la cual el sujeto debe hacer *p*. Para Smith, interpretados de este modo, los

enunciados que se refieren a razones justificatorias serían susceptibles de verdad o falsedad, resultando esa verdad o falsedad relativa a un cierto sistema normativo que se toma como punto de referencia. Así, podrían existir razones justificatorias racionales, prudenciales, morales, etcétera, (Smith, 1994, pp. 95-96). En otras palabras, desde esta perspectiva los enunciados de razones justificatorias expresarían proposiciones normativas.

Este es sin duda un modo posible de entender los enunciados que expresan razones para la acción. No obstante, no es el único: si al construir un razonamiento práctico lo que se pretende es justificar una cierta conclusión normativa respecto de una acción, no basta con constatar que hay razones que así lo exigen. La premisa mayor no puede limitarse a mencionar una norma, esto es, a expresar una proposición normativa relativa a un cierto sistema normativo. Debería expresar una norma, es decir, usarla para fundar una conclusión sobre lo que se debe hacer. Si se acepta el argumento de Hume de que una conclusión normativa no puede derivarse de un conjunto de premisas entre las que no hay al menos una norma (Hume, 1739, pp. 469-470), entonces un hecho no puede constituir por sí solo una razón para la acción. Como lo expresa Finnis, el hecho de que esté lloviendo no es en sí mismo ninguna razón para llevar paraguas, incluso en conjunción con el hecho de que sin paraguas me voy a mojar. Pero hechos semejantes pueden tener relevancia para concluir que sería mejor que llevara paraguas si se los conjuga con un elemento normativo: una premisa evaluativa o normativa como lo sería que mojarse es malo para la salud (Finnis, 2008, p. 19). Así, un hecho puede contribuir a justificar una conclusión genuinamente normativa, puede funcionar como una premisa auxiliar, pero siempre en conjunción con una o más normas. Toda razón justificatoria completa debe contener como componente operativo una norma que determine la calificación normativa o el valor que posee la acción para la cual constituye una razón (Gardner y Macklem, 2002, p. 450).

Por consiguiente, contrariamente a lo que sostuviera Raz (1975), los hechos solo pueden cobrar relevancia en la justificación práctica si constituyen la condición de aplicación de una norma que configura la razón operativa para derivar una conclusión normativa respecto de cierta acción. Un enunciado de la forma “La razón por la que le presté mi ejemplar de *IQ84* a María Beatriz es que se lo había prometido”, entendido como la

expresión abreviada de una razón justificatoria, significaría algo parecido a “El hecho de que le prometiera a María Beatriz que le iba a prestar mi ejemplar de *IQ84* es una razón por la que debía prestarle el libro”, lo que no parece diferir más que superficialmente de una norma condicional: “Si le prometí a María Beatriz que le iba a prestar mi ejemplar de *IQ84*, entonces debo prestárselo”.¹⁴ Y si todo esto es correcto, contrariamente a lo que pretende Mañalich, la noción de norma no puede caracterizarse a partir de la noción de razón justificatoria para la acción, sino que las cosas son precisamente a la inversa. En la medida en que Mañalich descarta concebir a las normas como artefactos cuya función consiste en ofrecer razones explicativas y recurre a la noción de razón justificatoria, y en tanto una razón justificatoria completa tiene que contener una norma como razón operativa, la caracterización se vuelve circular.

5. Conclusión

El recorrido argumentativo que desarrolla Mañalich en su trabajo ofrece aspectos muy interesantes y también muy complejos. He tratado de resaltar en qué puntos de ese recorrido estoy de acuerdo con Mañalich y en cuáles no. En particular, por las razones que he esbozado, creo que en lo que atañe a las concepciones de las normas deberíamos discutir más bien en términos de si se asume una concepción cognoscitiva o no cognoscitiva de las normas, más que si se acepta una concepción puramente semántica o pragmática, dado que esto último implica presuponer que semántica y pragmática operan como compartimentos estancos. De plantearse la discusión en los términos que he propuesto, estimo que Mañalich probablemente concordaría conmigo en una visión no cognoscitiva de las normas, aunque no estoy seguro al respecto. Por otra parte, y más allá de cuestiones de detalle, un punto en el que evidentemente discrepamos es en interpretar a las normas como significados, así como en la posibilidad y forma de dar cuenta de la existencia temporal de las normas y de la vinculación entre

¹⁴ De hecho, Raz acepta que un enunciado de la forma “hay una razón para que x haga p ” es lógicamente equivalente a uno que expresa “ x debe hacer p ” (Raz, 1975, p. 29).

ciertas normas (en particular las jurídicas) y ciertos hechos sociales desde ese punto de vista.

En cuanto a la caracterización de Mañalich de las normas regulativas como artefactos abstractos cuya función consistiría en ofrecer razones justificatorias para la acción, he puntualizado al menos tres grupos de problemas por los que me parece una idea muy poco esclarecedora. De todos modos, quiero insistir en el valor del emprendimiento que acomete Mañalich en su artículo, cuya lectura me ha obligado a repensar muchas cuestiones de fundamental importancia para la teoría general del derecho y también, obviamente, para la teoría del delito.

Bibliografía

- Agüero-San Juan, S. (2022). ¿Son las normas jurídicas entidades u objetos abstractos? Cuatro precisiones y sus alcances. *Isonomía*, 57, 69-101.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1979). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Valencia: Universidad de Carabobo.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1981). The Expressive Conception of Norms. En R. Hilpinen, (ed.). *New Studies in Deontic Logic* (pp. 95-124). Dordrecht-Boston-London: Reidel.
- Anscombe, G. E. M. (1957). *Intention*. Oxford: Basil Blackwell.
- Austin, J. L. (1962). *How to do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press.
- Black, M. (1962). *Models and Metaphors*. Nueva York: Cornell University Press.
- Borges, J. L. (2017) *Ficciones*. Trugram: Mockba
- Bronzo, S. (2021). Propositional Complexity and the Frege–Geach Point. *Synthese* 198(4), 3099-3130.
- Burazin, L., Himma, K. E. y Roversi, C. (2018). *Law as an Artifact*. Oxford: Oxford University Press.
- Caracciolo, R. (1997). Existencia de normas. *Isonomía*, 7, 159-178.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Buenos Aires: Marcial Pons.

- Finnis, J. (2008). On Hart's Ways: Law as Reason and as Fact. En M. H. Kramer, C. Grant, B. Colburn y A. Hatzistavrou (eds.). *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy* (pp. 3-27). Oxford: Clarendon Press.
- Gardner, J. y Macklem T. (2002). Reasons. En J. L. Coleman y S. Shapiro, (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp. 440-475). Oxford: Oxford University Press.
- Guastini, R. (2018). Dos concepciones de las normas. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 35. Recuperado de: <http://journals.openedition.org/revus/3810>
- Hanks, P. (2015). *Propositional Content*. Oxford: Oxford University Press.
- Hanks, P. (2019). On Cancellation. *Synthese*, 196(4), 1385-1402.
- Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (1994). *Postscript a The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hume, D. (1739). *A Treatise of Human Nature*. London: John Noon.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. Wien: Frans Deuticke.
- Lewis, D. (1986). *On the Plurality of Worlds*. Oxford: Basil Blackwell.
- Navarro, P. E. y Rodríguez J. L. (2022). Concepciones de las normas. En J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso, P. E. Navarro y J. L. Rodríguez, (eds.). *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea* (pp. 185-204). Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons.
- Mañalich R., J. P. (2024). Las normas de comportamiento como artefactos deónticos. *Discusiones*, 32(1).
- Peirce, C. S. (1931-58). *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Cambridge: Harvard University Press.
- Preston, B. (2022). Artifact. En E. N. Zalta y U. Nodelman, (eds.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/artifact/>
- Raz, J. (1975). *Practical Reason and Norms*. London: Hutchinson.

- Redondo, M. C. (1996). *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Redondo, M. C. (2018). *Positivismo jurídico "interno"*. Ljubljana: Revus.
- Roversi, C. (2018). On the Artifactual -and Natural- Character of Legal Institutions. En L. Burazin, K. E. Himma, y C. Roversi, (eds.). *Law as an Artifact* (pp. 89-111). Oxford: Oxford University Press.
- Sardo, A. (2015). Legal Philosophers, Meaning, and Force. En L. Burazin, Đ. Gardašević y A. Sardo, (eds.). *Law and State. Classical Paradigms and Novel Proposals* (pp. 81-98). Wien: Peter Lang.
- Schmitz, M. (2018). Force, Content and Logic. *Philosophy of Logic and Mathematics. Contributions of the Austrian Ludwig Wittgenstein Society*, XXVI, 221-223.
- Schmitz, M. y Mras G. (2022). *Force, Content and the Unity of the Proposition*. New York-London: Routledge.
- Searle, J. (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. New York: Cambridge University Press.
- Smith, M. (1994). *The Moral Problem*. Oxford: Blackwell.
- Thomasson, A. (1999). *Fiction and Metaphysics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Vilajosana, J. M. (2010). *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Von Wright, G. H. (1963). *Norm and Action. A Logical Inquiry*. London: Routledge y Kegan Paul.

La concepción artefactualista de las normas de comportamiento: una réplica a Arriagada, Rodríguez y Godinho

The Artifactualist Conception of Conduct Norms: A reply to Arriagada, Rodríguez and Godinho

Juan Pablo Mañalich R.*

Recepción: 06/05/2024

Evaluación: 13/05/2024

Aceptación final: 20/05/2024

Resumen: Esta réplica ofrece una respuesta a los comentarios de Arriagada, Rodríguez y Godinho, centrada en los siguientes problemas: el entendimiento de las preguntas ontológicas sobre el cual se asienta la categorización de las normas jurídicas como artefactos institucionales abstractos; la relación existente entre las normas y el lenguaje, a propósito de la reconstrucción crítica de las concepciones expresiva e hilética y de la clarificación de cómo se conectan la semántica y la pragmática; la inteligibilidad de la postulación de artefactos culturales abstractos, entendidos como entidades dependientes de actitudes intencionales, y de la categorización de las normas jurídicas como entidades de esta clase; y la compatibilidad de la caracterización ontológica de las normas de comportamiento punitivamente reforzadas como artefactos institucionales con su caracterización funcional como razones autoritativas y externas para la acción, en consideración a las implicaciones que esa doble caracterización tiene para la teoría de los sistemas de derecho penal.

Palabras clave: ontología, significado y fuerza, artefactos abstractos, teoría de las normas.

* Doctor en derecho, Universidad de Bonn, Alemania. Profesor titular, Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile, Santiago. Correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl

Abstract: This reply offers an answer to the comments made by Arriagada, Rodríguez and Godinho, focused on the following problems: the understanding of ontological questions that supports the categorization of legal norms as institutional abstract artifacts; the relation that holds between norms and language with regard to the critical reconstruction of the expressive and the hyletic conception and the clarification of how semantics and pragmatics are interconnected; the intelligibility of both the postulation of abstract cultural artifacts, understood as entities that depend on intentional attitudes, and the categorization of legal norms as entities of that kind; and the compatibility of the ontological characterization of penally reinforced conduct norms as institutional artifacts with their functional characterization as authoritative external reasons for action, in reference to the implications that this double characterization has for the theory of criminal law systems.

Keywords: ontology, meaning and force, abstract artifacts, theory of norms.

1. Introducción

Quiero partir agradeciendo a Beatriz Arriagada, Jorge Rodríguez e Inês Fernandes Godinho por las observaciones y objeciones que, en sus respectivos comentarios, han ofrecido respecto de buena parte de los planteamientos expuestos en mi artículo “Las normas de comportamiento como artefactos deónticos” (en lo que sigue, “NCAD”). Su lectura atenta y a la vez crítica del texto se ve reflejada en la detección de múltiples aspectos en los cuales la argumentación desarrollada en ese trabajo amerita ser contextualizada, ampliada o reforzada, para así, ojalá, conferir más robustez al enfoque allí presentado. El foco temático de cada uno de los tres comentarios hace posible organizar la presente réplica según lo explico a continuación.

En primer lugar, buscaré hacerme cargo de los múltiples puntos que Arriagada marca en cuanto a las premisas e implicaciones de mi aproximación al problema del estatus ontológico de las normas jurídicas. A partir de ello, y en segundo lugar, me ocuparé de las debilidades e insuficiencias que, según Rodríguez, aquejarían a mi argumentación dirigida a mostrar la inviabilidad teórica tanto de la concepción expresiva como de la concep-

ción hilética en consideración a la clase de entidades a la que tendría que pertenecer una norma jurídica, a propósito de lo cual revisaré críticamente el argumento que él presenta a favor de una concepción “semántico-pragmática”. En tercer lugar, procuraré reforzar mi defensa de la superioridad teórica de una concepción artefactualista de las normas jurídicas, haciéndome cargo de los contraargumentos esgrimidos por Rodríguez. Ello me llevará, en cuarto lugar, a volver sobre la categorización de las normas de comportamiento punitivamente reforzadas como artefactos deónticos, que tanto Rodríguez como Godinho someten a un escrutinio crítico. Esto último proveerá el contexto para enunciar, en diálogo inmediato con Godinho, algunas consecuencias de la adopción de la concepción artefactualista para la elaboración de una teoría de las normas del derecho penal.

2. Las normas jurídicas como entidades

2.1. La ontología de las normas jurídicas bajo el “enfoque categorial”

En cuanto a las objeciones que, en NCAD, esgrimo contra las concepciones “expresiva” e “hilética”, célebremente distinguidas por Alchourrón y Bulygin (1997 y 2021), Arriagada pone su foco en mi caracterización de la relación en la que se encontrarían esas dos concepciones. A este respecto puede ser conveniente despejar un malentendido en el que, según me parece, incurre Arriagada. Esta observa que yo reconocería “que es discutible y discutido que las concepciones expresiva e hilética sean mutuamente excluyentes”, pero estima desafortunado que en mi trabajo este punto sea dejado a un lado, dado que lo me interesaría enfatizar sería, más bien, que ellas no son conjuntamente exhaustivas. Y ello sería desafortunado porque, por esa vía, yo pasaría por alto la posibilidad de que sea articulada alguna “concepción intermedia que considere elementos tenidos en cuenta por las concepciones expresiva e hilética” (Arriagada, 2024, sección 4).

Más adelante volveré sobre la particular versión de una concepción *genuinamente* intermedia que Rodríguez presenta en su comentario.¹ Ahora me interesa resaltar, únicamente, que la insistencia de Arriagada en la importancia de no perder de vista la posibilidad de dar forma a una concepción intermedia, que combine los compromisos teóricos que respectivamente dan forma a las concepciones expresiva e hilética, responde a su preocupación por subrayar que, bajo una cierta reformulación (a su juicio) admisible de la concepción expresiva, esta tendría que ser tomada como proveyendo una respuesta a una pregunta distinta de aquella que resultaría respondida a través de la concepción hilética. Para esto, Arriagada se apoya en la propuesta de Guastini (2018), según quien el “problema ontológico de las normas” tendría que ser descompuesto en dos problemas “distintos y parcialmente independientes”, a saber: el relativo al tipo de entidad en la que consiste una norma jurídica, por un lado, y el relativo a las condiciones de cuya satisfacción depende que exista una norma jurídica, por otro. Mientras que la concepción hilética proporcionaría una respuesta a la primera pregunta, consistente en que las normas jurídicas serían entidades abstractas, y más precisamente “significados”, la reconstrucción más plausible de la concepción expresiva la presentaría como brindando una respuesta a la segunda pregunta, consistente en que las normas jurídicas, *qua* “significados”, adquirirían existencia en cuanto producidas a través de “actos lingüísticos de prescripción”.

Arriagada acierta al observar que el texto pertinente de Guastini (2018) “apenas” es citado en NCAD. Para explicar por qué ello es así, cabe partir notando que allí evito hablar de tal cosa como “el problema ontológico de las normas”, justamente para evitar la confusión de las dos preguntas correctamente distinguidas por Guastini. En cambio, opto por hablar del problema concerniente al “estatus ontológico” de las normas, para aludir así, en lo inmediato, a la primera de esas dos preguntas. En una reciente contribución, Chiassoni (2022, pp. 223-225) ha propuesto denominar “problema metafísico” al problema de determinar el tipo de entidad en la que consiste una norma jurídica, en tanto que “problema existencial” al problema de identificar sus condiciones de existencia. Acertadamente,

Chiassoni nota la prioridad que tiene la solución del problema metafísico frente a la solución del problema existencial: el esclarecimiento de las condiciones de cuya satisfacción pueda depender la existencia de una entidad E dependerá, crucialmente, del esclarecimiento de la clase de entidades a la que pertenezca E.

Haciendo uso de una terminología filosóficamente menos cargada, Thomasson (1999) describe el programa de toda ontología filosófica como uno que se descompondría en dos tareas, la primera de las cuales consistiría en “presentar las categorías en las cuales puede afirmarse que existen [tales o cuales] cosas, sin compromiso en cuanto a si tales categorías se encuentran ocupadas” (1999, pp. 115-117), en tanto que la segunda tarea consistiría en determinar “qué es lo que realmente hay”. A partir de esto, Thomasson denuncia la tendencia, seguida por muchos ontólogos contemporáneos, a descuidar la dedicación a la primera tarea, lo cual los llevaría a examinar aisladamente si debería reconocerse existencia a ítems de cualesquiera géneros. Quien procede de este modo haría suyo el método propio de un “enfoque fragmentario” o “por partes” (*piecemeal approach*), el cual sería “incapaz de proveer la base para una ontología comprensiva y sistemática” (Thomasson, 1999, p. 116). La concepción artefactualista de las normas jurídicas de comportamiento bosquejada en NCAD pretende anclarse en lo que, por contraste, cabría denominar un “enfoque categorial”. De acuerdo con este, la pregunta de si algo existe sólo puede ser respondida sobre la base de “un previo sistema de categorías extraído con arreglo a criterios relevantes para tomar decisiones ontológicas y esbozar qué tipos de cosas pudiera haber sin prejuzgar la cuestión de qué es lo que hay” (Thomasson, 1999, p. 117).²

En el contexto de la tradición wittgensteineana en la cual se inscribe el programa neocarnapiano de una “ontología fácil” delineado por Thomasson (2015, pp. 4-13),³ el enfoque categorial asume la forma de una

² Una exposición considerablemente más detallada de este enfoque categorial se encuentra en Thomasson (2007, pp. 38-44, 110-125).

³ Se trata de un programa *neocarnapiano* (y no simplemente *carnapiano*), en cuanto consiste en un enfoque desacoplado tanto del verificacionismo como, en general, del empirismo definitorios del proyecto del positivismo lógico en el cual se inserta la obra de Carnap. Para una muy accesible contextualización del asunto, encaminada a refutar el lugar común

aproximación “deflacionaria”, bajo la cual la metafísica no es entendida como un “estudio de la ‘esencia del mundo’ *de re*”, sino más bien como una indagación “acerca de los conceptos estructurales más generales que informan nuestro pensamiento” (Hacker, 2010, p. 11). En estos términos, lo que desde otro punto de vista parecerían ser *descripciones* que expresarían “verdades necesarias” resulta ser nada más que un conjunto de “observaciones gramaticales”, con cargo a que determinar el significado de un término, también cuando se trata de un término que tomamos como expresivo de alguna categoría ontológica, equivale a identificar su “lugar en la gramática” (Wittgenstein, 1989, § 23). Valiéndonos de un ejemplo ofrecido por Hacker (2010), preguntémosnos qué es lo expresado por una oración como esta: “un objeto material es una entidad ocupante de espacio tridimensional que puede estar en movimiento o en reposo y que se compone de materia de algún tipo u otro” (p. 8).⁴ Contra las apariencias, lo así expresado no es una descripción de aquello en lo que consiste un objeto material, sino un conjunto de reglas para el uso de la frase nominal “objeto material”, que especifican propiedades y relaciones que son constitutivas de, y por ello “internas” a, que algo sea un objeto material.

Esto tendría que contribuir a explicar por qué es importante reconstruir la distinción entre las concepciones expresiva e hilética como una distinción referida a la categoría de entidad en la que consiste una norma jurídica. Precisamente esto explica la insistencia de Alchourrón y Bulygin (1997 y 2021) en el punto, asimismo enfatizado por Caracciolo (1997, p. 162), de que lo así planteado sería una distinción entre dos concepciones mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas. Pues la exhaustividad conjunta y la exclusión recíproca son las dos condiciones de adecuación que, como observa Thomasson (1999, p. 117), tendrían que verse

según el cual la impugnación de la noción carnapiana de “marco lingüístico”, presentada por Quine a partir de su impugnación de la distinción entre verdades de carácter analítico y de carácter sintético, comprometería la viabilidad del deflacionismo metaontológico promovido por Carnap, véase Price (2009, pp. 323-335).

⁴ Valga la precisión de que las expresiones “entidad” y “objeto” no están siendo tomadas como sinonímicas, sino como expresivas de conceptos que se encuentran en una relación de género y especie: si X es un objeto, entonces X también es una entidad, sin que ello implique toda entidad es un objeto. Así, por ejemplo, es posible sostener que los eventos y las propiedades son entidades categorialmente distintas de los objetos.

cumplidas por el correspondiente sistema de categorías. Aquí radica, en mi opinión, la indesmentible importancia teórica de la controversia abierta por la seminal contribución de Alchourrón y Bulygin.

Desde este último punto de vista, la estrategia favorecida por Arriagada, consistente en abrazar la invitación de Guastini (2018) a asumir que, en realidad, las concepciones expresiva e hilética no serían mutuamente excluyentes, porque solo una de ellas –a saber: la hilética– sería pertinente como respuesta a la pregunta categorial, supone renunciar a comprender la pugna asociada a la defensa de una u otra concepción como una pugna concerniente al estatus ontológico de las normas jurídicas. En tal medida, la de Guastini es una concepción solo *aparentemente* intermedia.⁵ Arriagada parece no advertir que la demostración de la falta de exhaustividad conjunta de las concepciones expresiva e hilética que se obtiene de la negación de su exclusión recíproca deviene una trivialidad. Y más todavía: si se asume que una y otra concepción ofrecen respuestas a preguntas distintas, entonces deja de tener sentido siquiera tematizar la posibilidad de que ellas pudieran ser conjuntamente exhaustivas.

2.2. Ontología y epistemología

Las disquisiciones anteriores hacen posible considerar otra objeción levantada por Arriagada. Esta apunta a que, en general, el debate referido al estatus ontológico de las normas jurídicas ha sido presentado

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

⁵ Acertadamente, Navarro y Rodríguez (2022) afirman: “Si, tal como sugiere Guastini, el resultado de un acto de prescribir es un significado, este modo de concebir a las normas parece colapsar con el que postula, dentro de lo que para Alchourrón y Bulygin sería la concepción hilética, que las normas son significados pero carecen de valores de verdad” (p. 190 [versales suprimidas]).

de alguna combinación de los elementos tenidos en cuenta por las concepciones expresiva e hilética (sección 3).

A pesar de que Arriagada nota que, para plantear ese mismo contraste, yo no utilizaría “la misma terminología”, ella sostiene que “delimitar así el debate” sería un error que me llevaría a atribuir a mi propia propuesta “más originalidad [que] la que realmente tiene” (sección 3).

Lamento tener que explicitar que no reclamo originalidad alguna respecto de la concepción artefactualista de las normas jurídicas, lo cual queda documentado en la bibliografía, citada en NCAD, en la cual hago descansar su presentación. Esto no obsta a que la tematización de una ontología artefactualista de las normas jurídicas pueda resultar relativamente novedosa en un (más bien acotado) universo de discurso que, hasta la fecha, ha tendido a ignorar esa bibliografía. Pero lo importante aquí es que, si el problema concerniente al estatus ontológico de las normas jurídicas es entendido, primordialmente, como uno de índole categorial, entonces tendría que ser fácilmente comprensible que, para preparar la argumentación “constructiva” a favor de la concepción artefactualista, mi énfasis quede puesto en si las concepciones expresiva e hilética resultan ser conjuntamente exhaustivas, y no, en cambio, en si ellas son mutuamente excluyentes. Pues, en la medida en que, de acuerdo con la argumentación “destructiva” ofrecida en NCAD, ni la concepción hilética ni la concepción expresiva logren ofrecer una respuesta satisfactoria a la pregunta acerca de la *categoría* de entidad en la que puede consistir una norma jurídica, es altamente improbable que una concepción intermedia pueda hacerlo. Esto, porque es altamente improbable que de una combinación de dos respuestas *categorialmente inadecuadas* a la pregunta por el estatus ontológico de las normas jurídicas pueda obtenerse una respuesta *categorialmente adecuada* a esa misma pregunta.

Por supuesto, decir lo anterior no equivale a demostrar que las respuestas ofrecidas por las concepciones expresiva e hilética son categorialmente inadecuadas, ni a demostrar que la respuesta ofrecida por la concepción artefactualista es categorialmente adecuada. Ello dependerá de cuán robusta sea la argumentación respectivamente “destructiva” y “constructiva” desplegada en NCAD, y reforzada en esta réplica. Pero esta aclaración

sí debería disipar, o al menos debilitar, la suspicacia que Arriagada declara tener en cuanto a la solidez de la conexión entre la *pars destruens* y la *pars construens* del proyecto.

Sin embargo, la clarificación precedente no priva de pertinencia a la observación de Arriagada en cuanto a que, para reconstruir el debate asociado a la contraposición de las concepciones expresiva e hilética, yo echo mano a una terminología divergente de la que, según ella, sería prevalente en el desenvolvimiento de ese debate. Arriagada entiende que, a lo menos a partir de la decisiva contribución de Caracciolo (1997), el debate ha girado en torno a si las normas jurídicas son o bien “entidades empíricas” o bien “entidades abstractas”. Y ella agrega que, dada la relación que según mi parecer “se verifica[ría] entre el concepto de norma jurídica y su estatus ontológico” (sección 2), yo estaría “presuponiendo un modo o sentido de existencia, así como el tipo de entidad que una norma jurídica es” (sección 2). Pues, si se sostiene que “tratar algo como existente equivale, trivialmente, a decir que es una entidad” (sección 2) y que es conveniente dar ese trato a las normas jurídicas, entonces se estaría asumiendo “que ellas no son entidades empíricas en el sentido en que esta expresión es usada” (sección 2) al interior del debate que yo pretendo reconstruir. Y esto redundaría en que “[p]ara Mañalich decir que una norma existente es una entidad empírica [sería] una contradicción en los términos porque tratar a las normas como existentes [...] implica asumir que ellas no se identifican con (ni son reducibles a) hechos empíricos” (sección 2). Esta es una conclusión que yo sólo podría caracterizar como absurda. En lo que sigue quisiera mostrar que son algunas premisas que Arriagada da por sentadas en su análisis, sin que ellas encuentren apoyo textual alguno en NCAD, las que la llevan a alcanzar esa conclusión.

La expresión “entidad empírica” no figura en lo absoluto en NCAD, en tanto que la expresión “entidad conceptual” solo aparece en el contexto de citas a obras ajenas. Esto no es casualidad. Antes bien, entiendo que se incurre en una doble confusión categorial cuando, como lo hace Arriagada, se tienen por equivalentes las expresiones “entidad concreta” y “entidad

empírica”, para entonces contraponerlas a las expresiones “entidad abstracta” y “entidad conceptual”.⁶

En primer lugar, hay buenas razones para sostener que el adjetivo “empírico” no alude a la forma en la cual algo pudiera existir o no existir, sino más bien al modo en el cual es posible saber de su existencia. De ahí que, más rigurosamente, pueda sostenerse que la caracterización de una entidad como empírica suponga conferirle el estatus de un objeto *observable*, en oposición al de un objeto *teórico*. En la senda marcada por Sellars, la distinción así trazada tiene naturaleza epistemológica o metodológica, y no ontológica (Brandom, 2015, pp. 59-60). Que, así entendida, la distinción en cuestión no tiene pedigrí ontológico, quiere decir que los objetos de uno y otro carácter no se corresponden con entidades de tipo diferente (Brandom, 2015, p. 114). Y tendría que ser claro que esta *no* es la misma distinción que aquella entre objetos *concretos* y objetos *abstractos*, la cual sí tiene naturaleza ontológica. Esto explica que sea precisamente respecto de la categoría de los objetos abstractos que muchas veces se adopte alguna forma de nominalismo ontológico.⁷

En segundo lugar, tampoco me parece afortunado asimilar, como lo hace Arriagada, la caracterización de una entidad como abstracta a su caracterización como “conceptual”. La sugerencia de que existiría algo así como un continuo entre dos polos, uno “empírico” y otro “conceptual”, a lo largo del cual el hecho de que tal o cual entidad exista podría exhibir una mayor o menor dependencia respecto de los conceptos que empleamos al dar cuenta de su existencia, me parece enteramente infundada. Pues, según lo ya explicado, el adjetivo “empírico” es expresivo de una noción epistemológica, y no ontológica.⁸ En el presente contexto, sin embargo,

⁶ De acuerdo con la célebre explicación de la noción ofrecida por Ryle (1984, pp. 16-17), se incurre en una *confusión categorial* –de aquellas que son “interesantes teóricamente”– cuando uno o más conceptos son asignados “a tipos lógicos a los cuales ellos no pertenecen”.

⁷ Para una reconstrucción crítica del “nominalismo de nominalización” articulado por Sellars, y que pretende descansar en la distinción entre términos singulares “referenciales” y “no referenciales”, véase Brandom (2015, pp. 236-272).

⁸ Aquí cabría apuntar que, si Arriagada estuviera abrazando la tesis epistemológica según la cual nuestro conocimiento acerca de la existencia de lo que ella llama “objetos empíricos” estaría libre de toda mediación conceptual, correspondiéndose así con una forma

basta con observar que la sugerencia de Arriagada es incompatible con el deflacionismo metaontológico sobre el cual descansa la argumentación desarrollada en NCAD. Una breve reseña de esta aproximación deflacionaria hará posible advertir por qué es errado que Arriagada concluya que, al supuestamente afirmar “que, a partir de la observación del discurso de los hablantes competentes, es posible inferir que las normas jurídicas existen, [yo] ya estaría presuponiendo [...] el tipo de entidad que una norma jurídica es” (sección 2).

2.3. Preguntas existenciales y tolerancia ontológica

En lo inmediato, cabe notar que en ningún pasaje de NCAD se lee algo parecido a lo que, según Arriagada, yo afirmaré, a saber: que sería posible inferir que las normas jurídicas existen “a partir de la observación del discurso de los hablantes competentes” (sección 2). Esto último es bastante cercano a lo que, en otro lugar, Arriagada (2022) ha planteado al sostener que la distinción entre las normas jurídicas regulativas y constitutivas, al menos según la formulación que esa distinción ha recibido de parte de algunos filósofos del derecho, presupondría “una tesis ontológica descriptiva según la cual las normas existen precisamente porque así lo creen dichos especialistas” (p. 403). Pero estas son palabras suyas, no mías. Mi impresión es que Arriagada entiende que algo como lo así afirmado estaría implicado por lo que sí se dice en NCAD en cuanto a que, bajo un enfoque deflacionario y comprometido con el principio carnapiano de la tolerancia ontológica,⁹ “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” (sección 2). Para explicar que sostener esto no supone, en lo absoluto, validar la tesis de que la existencia de las normas

de conocimiento no inferencial, entonces su argumentación se vería problemáticamente comprometida con una versión de lo que Sellars (1997, pp. 13-25) denuncia como “el mito de lo dado”; latamente al respecto, véase Brandom (2015, pp. 99-144).

⁹ A propósito de su tratamiento del problema de la ontología de las normas jurídicas, Alchourrón y Bulygin (2021, p. 167) declaran su adhesión a ese principio de tolerancia.

jurídicas pudiera ser inferida a partir “de la observación del discurso de los hablantes competentes” (sección 2), puede ser útil reseñar el análisis del concepto formal de existencia ofrecido por Thomasson.

Lo primero que hay que notar es que el análisis ofrecido por Thomasson es enteramente insensible a cuál sea el término designativo de aquello cuya existencia está en cuestión. Esto significa que el mismo análisis es pertinente tanto para analizar qué quiere decir que lo designado por un término como “araña” exista como para analizar qué quiere decir que lo designado por un término como “norma” exista. El punto de partida para ello lo brinda la distinción, introducida por Carnap (1956, pp. 206-213) en inmediata referencia al debate sobre el estatus ontológico de las entidades abstractas, entre dos clases de preguntas existenciales, a saber: preguntas “internas”, por un lado, y preguntas “externas”, por otro. De acuerdo con la interpretación sugerida por Price (2009, pp. 323-325) y asumida por Thomasson (2015, pp. 35-38), la distinción articulada por Carnap puede ser entendida como apuntando a si, en la formulación de la respectiva pregunta existencial, el término designativo de aquello por cuya eventual existencia se pregunta es *usado* o, en cambio, *mencionado*.

Interpretada como una pregunta *interna*, la pregunta de si existe lo designado por el término T tiene que ser tomada como una pregunta formulada dentro del marco lingüístico del cual T forma parte. Al ser formulada tal pregunta, el hablante hace uso de T según las reglas de uso asociadas con T bajo el respectivo marco lingüístico. Cómo haya de ser respondida la correspondiente pregunta existencial *qua* pregunta interna, dependerá de cuáles sean esas reglas de uso. Así, para responder la pregunta de si hay (o “existe”) un lápiz sobre mi escritorio, tendré que echar mano a una indagación empírica consistente en, por ejemplo, mirar en dirección al escritorio, o tocar lo que encuentre sobre su superficie, lo cual queda determinado por las propiedades semánticas que, de acuerdo con las reglas de uso que lo acompañan, exhibe el término “lápiz”. Y si la respuesta a esa pregunta es afirmativa, entonces de ella podrá deductivamente obtenerse una respuesta asimismo afirmativa a la pregunta más general de si existen lápices, y así también a la pregunta todavía más general de si existen objetos físicos. En cambio, para responder la pregunta de si hay (o “existe”) un número primo ubicado entre el 1 y el 5, el método apropiado consistirá

en desplegar alguna combinación de razonamientos matemáticos. Y si la respuesta a esa pregunta es afirmativa, entonces de ella podrá deductivamente obtenerse una respuesta asimismo afirmativa a la pregunta más general de si existen números primos, y así también a la pregunta todavía más general de si existen números.¹⁰

Tal como Thomasson (2015, pp. 37-38) lo destaca, de lo anterior de ninguna manera se sigue que aquello cuya existencia es afirmada cuando una pregunta existencial interna es afirmativamente respondida sería dependiente del marco lingüístico al interior del cual esa pregunta es formulada. El significado del término “planeta” es obviamente sensible al marco lingüístico del cual ese término forma parte. Pero de ello no se sigue en lo absoluto que, *usando* el término “planeta” en congruencia con las reglas de uso que aquel tiene aparejadas al interior de ese marco lingüístico, tuviéramos que decir, absurdamente, que la existencia de uno o más planetas sería dependiente de ese marco lingüístico (Thomasson, 2015, p. 60).

Lo distintivo de una pregunta existencial interna es que quien la formula, o responde, *acepta* el marco lingüístico al cual pertenecen los términos usados en su formulación. Por supuesto, esto no obsta a que sea perfectamente concebible que, por ejemplo, alguien que formula una pregunta existencial emitiendo la oración interrogativa “¿existen números?” lo haga sin aceptar el marco lingüístico bajo el cual el término “número” queda asociado con las reglas de uso que especifican sus propiedades semánticas. En tal caso, la respectiva pregunta existencial tendrá que ser tomada como una pregunta *externa*, en cuya formulación el término “número” es mencionado, pero no usado, de manera tal que la respuesta a esa pregunta no pueda hacerse descansar en el significado que el término tiene cuando es usado de acuerdo con las respectivas reglas de uso. Con ello, la pregunta así planteada solo puede ser plausiblemente entendida como una pregunta *práctica* acerca de si es conveniente o no aceptar ese marco lingüístico. Quien, adoptando una posición nominalista en el campo de la filosofía

¹⁰ Nótese cómo esto refuerza el punto sellarsiano, ya hecho, en cuanto al estatus puramente epistemológico de la distinción entre términos que expresan conceptos “empíricos” (u observacionales), por un lado, y términos que expresan conceptos “teóricos” (o inferenciales), por otro.

de las matemáticas, niega que existan tales cosas como números estará abogando por la abolición del vocabulario al interior del cual el término “número” y en general los términos numéricos son tratados como substantivos propiamente denotativos (Thomasson, 2015, pp. 40-41). Tal como se sostiene en NCAD a propósito del planteamiento de Narváez (2015), esta es la manera en la cual debería interpretarse la disputa acerca de si tiene sentido concebir las normas jurídicas como entidades.

2.4. La formalidad del concepto de existencia

Ahora podemos volver sobre qué está en juego en la afirmación, citada por Arriagada, de que la pregunta de si lo designado por un cierto término existe “puede ser reformulada como la pregunta de si se ven satisfechas las condiciones de aplicación efectivamente asociadas con ese término” (sección 2). Esto exige clarificar, en primer lugar, en qué sentido puede decirse, con Thomasson (2015, pp. 63-69), que la noción de existencia debería ser tomada como una noción formal, lo cual quiere decir: “temáticamente neutral” (*topic-neutral*). En la senda marcada por Frege y seguida por Carnap, Thomasson propone tomar el concepto de existencia como un concepto de segundo orden, que funciona cuantificacionalmente: decir que no existen unicornios es equivalente a decir que el número de entidades que conforman la extensión del término “unicornio” es igual a 0, o a decir que el conjunto especificado por el término “unicornio” es un conjunto vacío.

Esto vuelve reconocible que, contra lo sugerido por su “gramática superficial”,¹¹ la oración “los unicornios no existen” *no* es una oración por la cual se predique una propiedad (negativa), consistente en no existir, de entidades que pudieran ser denotadas por el término “unicornio”. Esta es la contracara de que la oración “los unicornios existen” tampoco sea una oración por la cual se predique una propiedad (positiva), consistente en existir, de entidades supuestamente denotadas por ese término. Pues “existencia” no es el nombre

¹¹ Acerca de la distinción entre la gramática superficial y la gramática profunda de alguna oración, véase Wittgenstein (1984b, § 664), quien caracteriza la primera como aquello que nos sería inmediatamente sugerido por la estructura sintáctica de la oración en cuestión.

de una propiedad de primer orden susceptible de ser exhibida por aquello a lo cual se atribuye existencia. Así, quien emite la oración “los unicornios existen” está simplemente diciendo que el concepto expresado por el término “unicornio” es un concepto instanciado, o valiéndonos, en notación lógica, del cuantificador existencial (simbolizado como “ \exists ”): que $\exists xU(x)$, donde “U” expresa la propiedad consistente en ser un unicornio. En esto radica que, como lo destaca Arriagada, en NCAD se sostenga que decir de algo que es una entidad equivale a tratarlo como algo existente. Pero por ello, y contra lo sugerido por Arriagada en el párrafo final de su comentario, no tiene sentido alguno introducir la aclaración de que, cuando propongo hablar “de las normas jurídicas como entidades”, lo hago con cargo a que esto “equivale a hablar de normas existentes” (sección 7). Pues, a menos que se esté dispuesto a adoptar una (muy problemática) ontología meinongiana,¹² cabe asumir que la expresión “entidad inexistente” es una *contradictio in adjecto*, lo cual implica que la expresión “entidad existente” es redundante.

El análisis del concepto de existencia como un concepto formal –y de segundo orden– tiene la virtud de explicar la “sensibilidad temática” que, en un sentido no trivial, parece tener el significado de una oración existencial como “los dinosaurios existen”, cuando se la compara con una oración existencial como “las normas jurídicas existen”, sin que ello suponga afirmar que el significado del cuantificador existencial variaría según el contexto (Thomasson, 2015, pp. 56-63, 69-80). Esto hace posible distanciarse de Arriagada cuando esta sugiere que “hablamos de existencia en modos o sentidos diferentes”, los cuales dependerían, “gradualmente, de cuán estrecha es la relación entre lo ontológico y lo conceptual” (sección 2).

En contraste con esta implícita validación de la varianza del cuantificador existencial, un enfoque como el de Thomasson (2015) lleva, por el contrario, a sostener que el significado del cuantificador existencial, al igual que el significado del verbo “existir”, puede considerarse invariante, “incluso cuando añadimos nuevos términos materiales al lenguaje” (p. 75).¹³ Y de

¹² A saber, una ontología como la defendida por Meinong, según quien tendría sentido postular *entidades inexistentes*; críticamente al respecto, Thomasson (1999, pp. 14-17, 100-105), a propósito del estatus ontológico de los “objetos ficcionales”.

¹³ Fundamental al respecto, Price (2009, pp. 330-335).

ahí también que responder la pregunta existencial de si lo designado por el término T existe, interpretada esta como una pregunta interna, equivalga a determinar si resultan satisfechas las condiciones de aplicación especificadas por las reglas de uso que acompañan a T,¹⁴ entendidas como reglas al menos implícitamente dominadas por los hablantes competentes del lenguaje en cuestión.¹⁵ Contra lo asumido por Arriagada, sin embargo, esto último no equivale a que necesite existir un acuerdo entre los hablantes competentes acerca de que esas condiciones de aplicación se ven satisfechas.

Ahora bien, y con independencia de cuál sea el carácter del término que venga en consideración, la viabilidad de un análisis de los enunciados existenciales como el propuesto por Thomasson depende de que entre las condiciones de aplicación especificadas por las reglas de uso asociadas con el término T no figure la condición de que exista algo designado por T, pues de lo contrario la correspondiente inferencia resultaría ser tautológica. Para demostrar que es posible especificar las condiciones de aplicación del concepto expresado por un término sin prejuzgar si ese mismo concepto se ve o no instanciado, Thomasson (2015, pp. 96-112) centra su análisis en sustantivos que funcionan como términos sortales, esto es, como términos que expresan conceptos cuya aplicación lleva aparejado un criterio para la cuantificación de sus propias instanciaciones.¹⁶ Así, por ejemplo, el sustantivo “elefante” se comporta como un término sortal, porque decir

¹⁴ Que la inferencia que lleva a la conclusión de que existe lo designado por el término en cuestión descansa en la invocación de una “verdad conceptual”, da pie a que la argumentación de Thomasson se vea expuesta a la objeción de presuponer la noción de analiticidad; al respecto, véase Thomasson (2015, pp. 231-252). Baste aquí con observar que aceptar la impugnación de la distinción analítico/sintético, célebremente ofrecida por Quine, no supone renunciar a la noción de analiticidad, si no se la identifica con la noción de lo que sería verdadero “por convención”; fundamental al respecto, Lance y O’Leary-Hawthorne (1997, pp. 83-171). Véase también Price (2009, pp. 325-327).

¹⁵ Según observa Thomasson (2015, pp. 41-43), ello no implica en lo absoluto que las condiciones de aplicación especificadas por esas reglas necesariamente tuvieran que poder ser *enunciadas* por quienes, en su comportamiento lingüístico, muestran un dominio implícito de las reglas en cuestión.

¹⁶ En el vocabulario favorecido por Thomasson (2007, pp. 40-44; 2015, pp. 222-226), ello significa que los conceptos expresados por los términos sortales se distinguen por quedar sometidos a condiciones de “coaplicación”, que complementan sus correspondientes condiciones de aplicación.

que X es un elefante es, al mismo tiempo, clasificar X como un ejemplar de elefante e individuar X como un elefante numéricamente distinto de otros elefantes. Sobre esta base, el desafío consiste en mostrar que es posible establecer si se satisfacen las condiciones de aplicación especificadas por las reglas que gobiernan el uso del respectivo término sortal, sin apelar a la existencia a lo designado por este término.

Para lo que aquí interesa, es especialmente afortunado que Thomasson (2015, pp. 100-101) ejemplifique el problema aludiendo al uso de términos que expresan conceptos institucionales, como el término “corporación”. Esto es importante, dado que todo habla a favor de asumir que el estatus ontológico de una corporación es el de un artefacto institucional abstracto,¹⁷ que es justamente el estatus que en NCAD se atribuye, en general, a las normas jurídicas. Por el momento, valga la observación de que, bajo el sistema categorial presentado por Thomasson, la categoría de los artefactos institucionales abstractos se corresponde con una subcategoría de la categoría de los artefactos abstractos, a la cual también pertenecerían, según Thomasson (1999, pp. 105-111), los personajes de ficción como el hombre-araña. De ahí que con Thomasson, y *pace* Arriagada, haya que sostener que, desde un punto de vista ontológico, las normas jurídicas son considerablemente más próximas al hombre-araña que a las arañas: *qua* artefactos abstractos, su existencia se distingue por mostrar una dependencia constante y genérica respecto de algún conjunto estados intencionales.

3. Normas, lenguaje y significado

3.1. ¿Las normas jurídicas como prescripciones?

Sobre la base del enfoque multidimensional presentado por Thomasson (1999, pp. 120-136), en NCAD se afirma que, como en general toda norma social o jurídica, las normas de comportamiento punitivamente reforzadas tendrían que ser categorizadas como entidades que exhiben, simultánea-

¹⁷ Al respecto, *infra*, 4.4.

mente, dos propiedades basales, a saber: la de ser abstractas y la de ser artefactuales. La defensa de esa categorización descansa en un intento por demostrar que ella resulta preferible a las respectivamente ofrecidas por la concepción expresiva y la concepción hilética.

Aunque Rodríguez dice concordar con varias de las apreciaciones críticas que formulo respecto de la concepción expresiva, él observa que, “por momentos”, mi argumentación “parece identificarla con su versión imperativista [...], pese a que Alchourrón y Bulygin aclaran que esa es solo una de las variantes que asumiría la concepción expresiva, dado que nada impide desde esa perspectiva aceptar también actos de permitir, lo que Mañalich reconoce” (Rodríguez, 2024, sección 2). Entiendo que esta última concesión muestra que la observación no alcanza a tener el carácter de una objeción. Sin embargo, quizá no esté de más insistir en que, al valerme de una identificación preliminar de la concepción expresiva con una concepción imperativista de las normas jurídicas regulativas, estoy simplemente reproduciendo la estrategia expositiva que, de hecho, es asumida por Alchourrón y Bulygin (1997, 2021). En efecto, estos afirman que “[p]ara la concepción expresiva las normas son esencialmente órdenes” (2021, p. 164), así como que “para la concepción expresiva –al menos en su versión ‘clásica’– sólo hay *normas imperativas* (órdenes y prohibiciones), pero *no hay normas permisivas*” (1997, p. 41).

En NCAD me ocupo de una particular implicación que a mi juicio tiene la posterior problematización, por parte de Alchourrón y Bulygin, de esa identificación preliminar. Esa problematización los lleva a oscilar entre sugerir que “el concepto de norma permisiva resultaría teóricamente superfluo” (Alchourrón y Bulygin, 2021, p. 164) y sostener que, en cuanto ella hace posible distinguir entre posiciones de permiso débil y de permiso fuerte, la postulación de normas permisivas representaría “una herramienta teórica importante para la descripción de la dinámica del orden jurídico” (p. 271). Aunque esto último aserto me parece indiscutible, en NCAD pongo el foco, más bien, en una específica consecuencia del reconocimiento de la autonomía categorial de las normas permisivas bajo una ontología de las normas jurídicas como la asumida por la concepción expresiva. A este respecto, sostengo que ello es incompatible con una conceptualización unívoca de la noción de promulgación de una norma. Pues,

según explícitamente lo afirman Alchourrón y Bulygin (2021) a propósito de su caracterización de la concepción expresiva, “el acto de ordenar puede ser descripto como el acto de *promulgar una norma* [imperativa]” (p. 168), en tanto que “el acto de otorgar un permiso puede ser descripto como el acto de promulgar una norma permisiva” (p. 186).

Así, bajo una versión de la concepción expresiva que, como la esbozada por Alchourrón y Bulygin, se muestre ontológicamente comprometida con la coexistencia de normas “imperativas” y normas permisivas, el verbo “promulgar” se vuelve sistemáticamente ambiguo, en cuanto designativo de un acto de diferente índole según si lo promulgado es una norma de uno u otro carácter. Y en NCAD afirmo que esa ambigüedad queda disuelta si por “promulgar” se entiende, en cambio, la realización de un acto de habla de carácter “declarativo” *à la* Searle, cuyo estatus como tal sería insensible a la categoría de norma de cuya promulgación se trate, lo cual resulta incompatible, sin embargo, con la adopción de la concepción expresiva. Frente a ello, Rodríguez objeta que,

aunque la promulgación de una norma, al igual que su derogación, sean actos de habla performativos (“Promúlgase la norma “Prohibido hacer x””, “Derógase la norma “Prohibido hacer x””), ello no dice absolutamente nada sobre si la norma promulgada o derogada (“Prohibido hacer x”) es o no un acto de habla prescriptivo o su resultado, porque las normas no pueden identificarse con su promulgación (Rodríguez, 2024, sección 2).

Para reforzar su denuncia de que sería inadmisibles identificar una norma con su promulgación, Rodríguez observa inmediatamente a continuación que, “[d]e hecho, los actos de promulgación y derogación se refieren de manera directa a ciertas formulaciones de normas, y solo indirectamente a las normas expresadas por esas formulaciones” (sección 2). Esta forma de hablar me parece desafortunada, por cuanto sugiere que la promulgación de una norma jurídica sería algo distinto de, aunque conecado con, la promulgación del texto a través del cual ella pudiera verse formulada. Parafraseando a Anscombe, estimo preferible decir que, tratándose de una norma articulada en la forma de una “norma explícita”, se

tratará de una norma promulgada *bajo una formulación*.¹⁸ Pero dejando a un lado este desacuerdo, Rodríguez y yo no discrepamos en cuanto a la inadmisibilidad de la identificación de una norma jurídica con (el acto de) su promulgación. La discrepancia radica, más bien, en que Rodríguez piensa que, contra lo explícitamente sugerido por Alchourrón y Bulygin, la concepción expresiva no está comprometida con esa identificación. Y esto se traduciría en que quien, admitiendo la autonomía categorial de las normas permisivas, suscribe la concepción expresiva no enfrentaría dificultades a la hora de “ofrecer un concepto adecuado de promulgación, que no varíe según cuál sea la clase de norma que se promulgue” (sección 2). Pienso que, al sostener esto último, Rodríguez pierde de vista en qué consiste el compromiso teórico central cuya adopción es definitoria de cualquier versión de la concepción expresiva de las normas.

De acuerdo con Alchourrón y Bulygin (1997), ese compromiso teórico central se expresa en la tesis de que “la característica específica de lo normativo está en *el uso prescriptivo del lenguaje*” (p. 38), de manera tal que su *locus* se encontraría en el “nivel pragmático”. En contraste con lo equívocamente sugerido por Arriagada a este respecto, Rodríguez correctamente nota que en NCAD advierto la ambigüedad –del tipo “proceso/producto”– que afecta a la presentación que Alchourrón y Bulygin nos brindan de la concepción expresiva precisamente en este punto, en términos de si, bajo esa concepción, por “norma” habría que entender el acto ilocutivo consistente en emitir una prescripción o, en cambio, el producto de ese acto consistente en la prescripción así emitida. En NCAD, la ambigüedad en cuestión es tematizada a propósito de la (indudablemente problemática) observación de Alchourrón y Bulygin en cuanto a que, bajo la concepción expresiva, las normas jurídicas tendrían que ser entendidas como entidades necesariamente efímeras. Según ellos, si bien parecería factible “decir que la norma !p existe a partir del momento en que p ha sido ordenado y así se convirtió en miembro del correspondiente conjunto [de proposiciones ordenadas]” (Alchourrón y

¹⁸ La necesidad de reemplazar la frase “bajo una descripción”, célebremente introducida por Anscombe, por la locución “bajo una formulación” se sigue de que, en cuanto entidad intensional, una norma no es algo que sea *descrito* a través de la formulación por la cual ella resulta enunciada; a este respecto, y según se explica en NCAD, es especialmente iluminador el análisis ofrecido por Black (1962, pp. 100-102).

Bulygin, 2021, p. 169), esto no sería más que “un modo de hablar” (p. 169), puesto que, “[e]n realidad, la norma !p tiene una existencia instantánea, de la misma manera como el acto de ordenar p” (p. 169). Esto es suficiente para concluir que, *pace* Rodríguez, Alchourrón y Bulygin (1997) entienden que la incapacidad de la concepción expresiva para dar cuenta del hecho de que “una de las características típicas de las normas jurídicas es su existencia en el tiempo” (p.17), en el sentido de que ellas “empiezan a existir en un cierto momento, existen durante un lapso más o menos prolongado y dejan de existir en otro momento” (p. 17), sería independiente de que por “norma” se entienda un concreto acto de prescribir o el resultado de ese acto.¹⁹

Lo anterior nos deja en condiciones de advertir por qué, contra lo planteado por Rodríguez, una versión de la concepción expresiva comprometida con la diferenciación categorial de normas imperativas y normas permisivas no es reconciliable con una definición unívoca del término “promulgación”. Para estos efectos, asumamos que, bajo la concepción expresiva y según lo sugieren Alchourrón y Bulygin (2021), la existencia de una norma jurídica tuviera que ser identificada con un “resultado del *uso prescriptivo* del lenguaje” (p. 163). En estos términos, el argumento de Rodríguez tendría que mostrar que semejante acto prescriptivo habría de ser identificado con un acto promulgatorio cuyo estatus de tal sería, empero, insensible a que la norma así producida tenga el carácter o bien de una norma imperativa o bien de una norma permisiva. Esto tendría que significar, sin embargo, que el carácter imperativo o permisivo de la norma en cuestión no podría quedar determinado por el carácter del acto de habla cuya ejecución resulta en que esa norma cobre existencia; antes bien, necesitaríamos contar con un criterio independiente para atribuir carácter imperativo o permisivo a la norma así generada. Y esto es incompatible con la tesis de que sería la distintiva fuerza pragmática exhibida por el respectivo acto de habla lo que determinaría que el resultado de ese acto de habla pueda identificarse con la existencia de una norma imperativa o

¹⁹ Esto se ve corroborado a través de la reseña que Navarro y Rodríguez (2022) nos brindan de la caracterización que Alchourrón y Bulygin dieran a la concepción expresiva: “[d]ado que las normas son concebidas como el resultado de un acto de prescribir, solo existen (y se agotan) en la realización de tales actos” (p. 187).

permissiva. Si el acto resultante en que una norma jurídica cobre existencia no es lo que le confiere su posible carácter imperativo o permisivo, entonces no puede sostenerse que sería la *fuera* imperativa o permisiva del acto en cuestión lo que se vería reflejado en que su resultado se corresponda con la existencia de una norma de uno u otro carácter.

Por ello, si con Alchourrón y Bulygin se insiste en que, bajo la concepción expresiva, el acto de promulgar una norma imperativa tiene que identificarse con un acto de ordenar, mientras que el acto de promulgar una norma permisiva, con un acto de permitir, entonces sólo puede concluirse que, así definida, la expresión “promulgación” resulta ser sistemáticamente ambigua. Y nótese que esta conclusión tiene un correlato exacto en la detección, por parte de Alchourrón y Bulygin, de que la defensa de una concepción expresiva comprometida con la coexistencia de normas imperativas y permisivas se enfrentaría a una dificultad enteramente simétrica a la hora de especificar en qué consistiría un “acto de rechazo” cuyo efecto sea la *derogación* de una norma jurídica de una u otra clase. La dificultad consiste en determinar cómo podríamos precisar si el objetivo perseguido a través del respectivo acto de rechazo “es dejar sin efecto la exigencia de p (es decir, la orden de hacer p) o la permisión de p (es decir, la autorización para hacer p)” (Alchourrón y Bulygin, 1997, p. 54). Dado esto, y a menos que él estuviera dispuesto a abandonar su compromiso con la recíproca autonomía categorial de las normas de una y otra índole, “el expresivista estaría obligado a admitir la existencia de dos actos de rechazo: el rechazo de una exigencia y el rechazo de una autorización” (Alchourrón y Bulygin, 1997, pp. 54-55). No parece insignificante constatar que, justamente en atención a esta implicación, en ese mismo contexto Alchourrón y Bulygin optan por dejar a un lado la concepción expresiva para abrazar, en su reemplazo, la concepción hilética.

3.2. ¿Las normas jurídicas como significados?

Rodríguez también enuncia una objeción contra el argumento que en NCAD esgrimo contra la identificación de las normas jurídicas con significados, que no es sino una aplicación del argumento más general, presentado por Black (1962, pp. 102-106), para desestimar que una regla pudiera

ser identificada con un significado. En referencia a la observación de Black en cuanto a que es constitutivo de lo que entendemos por “regla” que lo así designado pueda recibir una multiplicidad de posibles formulaciones diferentes, Rodríguez sostiene que “[n]aturalmente uno diría que lo que esas posibles formulaciones lingüísticas de una misma regla poseen en común es, precisamente, su significado” (sección 2). Frente a esto, añade Rodríguez, “Black –al igual que Mañalich– rechaza que las reglas puedan identificarse con significados sosteniendo que no tiene sentido predicar de un significado que pueda ser seguido o quebrantado” (sección 2). Rodríguez piensa que esto no sería más que “una falacia”, asociada al desconocimiento de que “no todo lo que puede predicarse de una especie tiene sentido [si es] predicado de un género al que la especie pertenece” (sección 2). A juicio de Rodríguez, argumentar como lo hace Black sería equivalente a “sostener que las vacas no son seres vivos, pues mientras tiene sentido decir que las vacas mugen no tiene sentido decir que los seres vivos mugen” (sección 2). Black pasaría por alto que, “[s]i las normas se interpretan como significados, se trataría de significados de los que tiene sentido predicar que pueden ser quebrantados o seguidos” (sección 2), que sería justamente lo que se obtiene si se acepta que pueda haber tal cosa como “significados prescriptivos”. Con ello, concluye Rodríguez, el argumento de Black no representaría más que una petición de principio.

La sugerencia de que ese argumento se sostendría o caería dependiendo de si se admite o no la categoría semántica de un “significado prescriptivo” hace reconocible que en la refutación presentada por Rodríguez no es correctamente identificada la naturaleza de ese mismo argumento. Pues Black pone el foco, exclusivamente, en la ineptitud *categorial* de la noción de significado como posible respuesta a la pregunta por la clase de entidades a la que pertenece una regla. Más precisamente, se trata de un argumento centrado en lo que podríamos llamar el “comportamiento gramatical” del término “significado”. Y esto determina que su desestimación de la identificación de una regla con el significado de sus posibles múltiples formulaciones sea enteramente insensible a que ese significado pudiera ser caracterizado como “prescriptivo”.

Black (1962) parte observando que a favor de la identificación de una regla con el significado de cada una de sus posibles formulaciones lingüís-

ticas podría aducirse que, si alguien “sabe qué significa una cierta formulación de una regla, entonces él necesariamente sabe en qué consiste la regla” (p. 103), así como que “no hay manera de saber en qué consiste una cierta regla si no es entendiendo alguna de sus formulaciones” (p. 103). Si fuera esto lo que se quiere decir cuando se dice que una regla es el significado de la formulación de esa misma regla, aclara Black, entonces no habría razón alguna para disentir de ello. Pero tendría que ser claro que, además de no resultar particularmente iluminadora, esa forma de hablar no estaría siendo tomada al pie de la letra. Pues, que alguien necesariamente *sepa* en qué consiste una regla si capta el significado de alguna formulación de esa misma regla, es algo que concierne, únicamente, al carácter no contingente del acceso epistémico a la regla en cuestión que brinda la captación del significado de alguna de sus formulaciones.

En cambio, si se la toma al pie de la letra, la identificación de una regla R con el significado de P, allí donde “P” designa el conjunto de palabras que conforman una formulación de R, se muestra como categorialmente errada. Para advertir por qué, bastaría con reparar en que, mientras que tiene sentido decir “propongo adoptar la regla formulada a través de P” (Black, 1962, p. 104), no tendría sentido alguno decir “propongo adoptar el significado de P”. Y de ahí también que tenga sentido decir “siempre sigo la regla que acabas de enunciar”, en tanto que carecería de sentido decir, en cambio, “siempre sigo el significado que acabas de enunciar” (Black, 1962, p. 104). Esto sería concluyentemente indicativo de que “las expresiones ‘regla formulada por P’ y ‘significado de P’ tienen gramáticas lógicas diferentes” (Black, 1962, p. 104).

Lo anterior es suficiente para advertir por qué es desacertada la objeción de que Black incurriría en una confusión del género (correspondiente a la designado por el término “significado”) con la especie (correspondiente a un significado “no prescriptivo”). Recuérdese que Rodríguez afirma que negar, como la hace Black, que las reglas puedan consistir en significados equivaldría a negar que las vacas sean seres vivos, puesto que, “mientras tiene sentido decir que las vacas mugen no tiene sentido decir que los seres vivos mugen” (sección 2). Este giro idiomático pone de manifiesto que Rodríguez no se toma en serio una distinción que es imprescindible para

hacer inteligible el argumento de Black, a saber: la distinción entre que lo dicho por alguien sea falso y que lo dicho por alguien sea absurdo.

Para que lo dicho por un hablante tenga *valor de verdad* en lo absoluto, esto es, para que pueda ser enjuiciado como verdadero o falso, es necesario que se satisfaga un presupuesto, consistente en que lo dicho tenga *sentido*, siendo esto último lo que uno niega cuando sostiene que lo dicho es absurdo.²⁰ Cuando Black (1962) sostiene que no tendría sentido decir “siempre sigo el significado que acabas de enunciar” (p. 104), él está sosteniendo que lo así dicho sería absurdo. En contraste con esto, y contra lo sugerido por Rodríguez, quien dice “los seres vivos mugen” (sección 2) no está diciendo algo absurdo, sino algo que, en virtud de la falta de especificación cuantificacional que exhibe la frase nominal “los seres vivos”, resulta ser falso. Pero que lo así dicho sea falso presupone que lo así dicho tiene sentido, lo cual resulta del hecho de que –para ponerlo en los términos de Black– la “gramática lógica” de la expresión “seres vivos” vuelve categorialmente admisible la pregunta de si todas las entidades denotadas por esa expresión mugen. De hecho, bastaría con reemplazar, en ese mismo contexto, el artículo definido “los” por el adjetivo indefinido “algunos” para que la proposición expresada por esa nueva oración fuera verdadera. Por ende, el problema no consiste –en este plano de discusión, al menos– en si cabe o no admitir que haya tal cosa como un significado prescriptivo; antes bien, el problema consiste en que la gramática del término “significado” es categorialmente incongruente con la gramática del término “regla”.

Piénsese en la sugerencia, que Rodríguez enuncia como una posibilidad teórica entre varias, de que, según lo sostenido por Guastini (2018), una norma jurídica pudiera identificarse con un significado *producido* a través de un acto de habla de cierta índole. El enfoque de Black tendría que traducirse en un rechazo de esta forma de hablar, al menos si se la toma literalmente. Pues, si bien tiene sentido decir que las palabras usadas por alguien para decir algo “tienen significado”, no parece tener sentido decir que, al decir lo que dice, el hablante “produce el significado” que tienen las pala-

²⁰ Acerca de la correspondiente noción de presuposición semántica a propósito de una reconstrucción de las “reglas de la predicación”, véase Searle (1969, pp. 125-126).

bras que usa al decir lo que dice.²¹ Si con Wittgenstein entendemos que el significado de las expresiones de las que se vale un hablante es dependiente del uso que a esas expresiones se da al interior de la respectiva comunidad lingüística, entonces no tiene sustento alguno la sugerencia de que cada hablante “produciría” el significado de las palabras que usa cada vez que las usa para decir algo. Esto, por supuesto, es perfectamente compatible con que, en determinadas situaciones, un hablante pueda pretender fijar, al modo de una definición estipulativa, el significado de ciertas expresiones para que entonces sean tomadas como teniendo ese significado. Pero definir un conjunto de expresiones no es lo mismo que utilizarlas al decir algo. Y nada habla a favor de la hipótesis de que, cuando una autoridad legislativa promulga una norma jurídica bajo una cierta formulación, esa autoridad legislativa está haciendo algo consistente, *eo ipso*, en definir el conjunto de palabras de las cuales se vale para formular la norma así promulgada.

La objeción que así es posible articular, con Black, contra la conceptualización de una norma jurídica como el significado de cada una de sus posibles formulaciones lingüísticas también es aplicable respecto de algunas propuestas teóricas que, en su comentario, Arriagada menciona como indebidamente preteridas en mi análisis de la falta de exhaustividad conjunta de las concepciones expresiva e hilética. Según Arriagada, sería problemático que yo pase por alto la posibilidad de que las normas jurídicas, tomadas como “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” (sección 5), al mismo tiempo se presenten “como perspectivas, puntos de vista o esquemas conceptuales que sirven para interpretar ciertos hechos empíricos” (sección 5). Más allá del abuso de adjetivo “empírico” en el cual, según ya fuera explicado, a mi juicio incurre Arriagada, ahora sólo me interesa observar lo siguiente: si una norma jurídica consistente en una regla (regulativa) de prohibición o de requerimiento es algo que, entre otras posibilidades, un agente tendría que poder seguir o quebrantar a través de un comportamiento que, por su

²¹ Al respecto, considérese el argumento que, en otro contexto, Black (1962, pp. 17-24) presenta para mostrar que la palabra “significado” no puede entenderse como designativa de una entidad, así como tampoco de una relación entre entidades.

parte, tendría que ser susceptible de ser juzgado como conforme o disconforme con esa norma, entonces no tiene asidero alguno la pretensión de identificar semejante norma jurídica con una perspectiva o un punto de vista. Sería a lo menos extraño decir, por ejemplo, que quien da muerte a otro ser humano (nacido) actúa contraviniendo la “perspectiva” en la que consistiría la prohibición del homicidio.

En contraste con esto, parece perfectamente natural decir que quien perpetra un homicidio actúa en disconformidad con una *razón* para abstenerse de matar a otro ser humano (nacido). Si, en consideración a su función, las normas de comportamiento punitivamente reforzadas necesitan poder ser caracterizadas como razones para la acción, entonces el desafío asociado al esclarecimiento de su estatus ontológico consiste en dar cuenta de que se trata de razones institucionalmente generadas, cuyo soporte existencial último es de índole actitudinal. Al menos bajo la versión presentada en NCAD, la concepción artefactualista busca reconciliar el hecho de que las normas jurídicas regulativas deban poder ser entendidas como el producto de un despliegue directo o indirecto de intencionalidad colectiva, por un lado, con el hecho de que su función consista en servir como razones (externas) para la acción, por otro. Tal como se volverá a enfatizar más adelante,²² la conceptualización de las normas jurídicas de prohibición o de requerimiento como razones artificiales para la acción se vuelve ontológicamente transparente a través de su categorización como artefactos deónticos.²³

²² *Infra*, 5.

²³ Con esto pretendo haber respondido la pregunta que, “al pasar”, Rodríguez formula en una nota al pie de página, a saber: la pregunta de si “de los artefactos sí tendría sentido decir que pueden ser seguidos o quebrantados” (Rodríguez, 2024, sección 2, nota al pie 3). La respuesta descansa en la conceptualización de las reglas regulativas como razones para la acción de carácter artefactual, que es lo que se expresa en su caracterización como artefactos deónticos.

3.3. ¿Las normas (jurídicas) entre la semántica y la pragmática?

3.3.1. La distinción entre fuerza ilocutiva y contenido semántico

Más allá de que, de acuerdo con lo ya sostenido, haya razones para estimar categorialmente inadmisibles la identificación de una norma jurídica con el significado de sus posibles formulaciones lingüísticas, creo importante considerar la propuesta positiva de categorización que, en su comentario, Rodríguez reseña como una posible *via media* que lograría reconciliar algunas de las ventajas respectivamente asociadas a las concepciones expresiva e hilética, mas sin quedar expuesta a las objeciones a las que se ve enfrentada la defensa de la una y la otra.²⁴ Según Rodríguez, semejante concepción intermedia sería explicativamente más poderosa que la concepción artefactualista presentada en NCAD.

Para dar forma a esa concepción, explica Rodríguez (2024), habría que renunciar a un presupuesto explícitamente asumido por Alchourrón y Bulygin al contrastar las concepciones expresiva e hilética, a saber: “que el significado y la fuerza de una expresión son entidades enteramente independientes” (sección 3). Si se abandona ese presupuesto y se asume, por el contrario, que “el sentido y la fuerza se encontrarían conectados en el nivel semántico”, de manera tal que “la fuerza de una expresión lingüística [sea considerada] parte del significado”, entonces se volvería posible identificar las normas con significados que serían expresivos de una cierta “actitud pragmática del hablante” (sección 3). Así, y en contraste con una concepción “cognoscitiva o representativa” de las normas, de acuerdo con la cual estas serían “significados de ciertas formulaciones lingüísticas o de ciertas prácticas sociales que describen lo que se debe, no se debe o puede hacer”, una concepción “no cognoscitiva o adscriptiva” podría tomar una de las dos siguientes formas: la de una concepción “prescriptivista”, bajo la cual las normas tendrían que ser entendidas como concretos “actos de prescribir”; o la de una concepción “semántico-pragmática”, bajo la cual las normas serían significados “que *seleccionarían* lo que se debe, no se debe

²⁴ Para una presentación más detallada de esa concepción, véase Navarro y Rodríguez (2022, pp. 191-202).

o puede hacer”, siendo así expresivas de “nuestras valoraciones o preferencias de ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real” (sección 3). Por ello, tal concepción semántico-pragmática podría ser asimismo caracterizada como “selectiva” (sección 3).

La argumentación de Rodríguez a favor de esta concepción semántico-pragmática descansa, crucialmente, en la consideración de que la fuerza (pragmática) con la cual una oración es usada por un hablante en una cierta ocasión y el contenido (semántico) atribuible a la oración así usada serían inescindibles. Insistiendo en ya lo apuntado en NCAD a este respecto, creo conveniente no convertir la disputa protagonizada por los partidarios y los detractores de la *distinción entre fuerza y contenido* (“DFC”) en una disputa terminológica acerca de cómo definir el término “significado”. Pues la pregunta relevante *no* es la de si por “significado” puede o no entenderse la *conjunción* de la fuerza con la cual algo es dicho y el contenido de lo dicho. Para tematizar diferenciadamente uno y otro aspecto,²⁵ en lo que sigue me valdré de las expresiones “fuerza ilocutiva” y “contenido semántico”. En estos términos, la pregunta relevante es, más bien, la de si es posible, o aun imprescindible, reconocer esa distinción, con independencia de si la palabra “significado” es usada –más laxamente– o bien para aludir a la conjunción de ambos aspectos (Searle, 1969, pp. 42-50; Searle y Vanderveken, 1985, p. 7), o bien –más estrictamente– para aludir sólo al segundo de esos dos aspectos (Austin, 1975, pp. 98-100; Davidson, 2001a, pp. 113-117, 266-271; Brandom, 1994, pp. 186-190, 297-299). Así planteado el asunto, el argumento de Rodríguez a favor de la concepción “selectiva” de las normas queda anclado en su rechazo de la DFC. En lo que sigue quisiera ensayar una defensa de la DFC, lo cual tendría que conducir a desestimar esa concepción.

En apoyo de su impugnación de la DFC, Rodríguez hace referencia a una observación de Hart (1983, pp. 4-5) en cuanto a algunas deficiencias que habrían aquejado a su propia utilización de algunas herramientas de la “moderna filosofía lingüística”. Según Rodríguez, al ponernos bajo aviso

²⁵ Frente a lo sugerido por Rodríguez, estimo preferible no categorizar la fuerza ilocutiva de un acto de habla y el contenido semántico de una oración como “entidades”; véase *supra*, nota 21.

de que “la expresión ‘uso’ tiene muchos sentidos” (sección 3), Hart buscaría hacer reconocible que el uso que un hablante da a una oración cualquiera, entendiendo por “uso” el proferir esa oración confiriéndole una determinada fuerza ilocutiva, determinaría que el contenido semántico de esa oración sea distinto de aquel que la misma oración tendría si se la hubiera usado en la ejecución de un acto ilocutivo de otra clase. Así, nos dice Rodríguez, la oración “está prohibido estacionar aquí” tendría un significado “descriptivo/representativo”, si se la usara o bien “para informar[...] a alguien de la existencia de una prohibición dictada por otro”, o bien para “advertir[...] a alguien que se expone a una sanción si se estaciona en ese lugar” (sección 3), con independencia del diferente efecto perlocutivo que estaría siendo contingentemente perseguido por el hablante en uno y otro caso. En cambio, si esa misma oración fuera usada “para prescribir, si [...] quien la formula tiene autoridad para ello” (sección 3), entonces ella exhibiría un significado “prescriptivo”. Esto mostraría que la DFC no sería practicable: si hiciéramos abstracción de la fuerza que su uso imprime a la oración, no podríamos determinar su contenido semántico.²⁶ Para establecer si esto tiene sustento, es oportuno volver sobre la observación de Hart, la cual, contra lo sugerido por Rodríguez, tiene que ser entendida como una *defensa* de la DFC.

En el pasaje aludido, Hart (1983) observa que la noción de que existirían “diferentes ‘usos del lenguaje’” no sería “tan simple” como él mismo había previamente asumido, siendo necesario reconocer que hay una multiplicidad de “diferentes sentidos de ‘uso’” (p. 4). Sin embargo, el *mea culpa* de Hart no se orienta a relativizar, o aun a desestimar, la DFC. Antes bien, la denuncia del carácter defectuoso de su análisis más temprano del significado de los enunciados jurídicos descansa, precisamente, en la consideración de que en ese análisis él no habría logrado dar cuenta de “la importante distinción entre el significado o sentido relativamente constante de una oración, fijado por las convenciones del lenguaje, y la ‘fuerza’ o manera variable en la cual ella es presentada [*put forward*] por el escritor o hablante en ocasiones diferentes” (Hart, 1983, pp. 4-5). Esta observación reproduce, al pie de la letra, lo

²⁶ Véase Navarro y Rodríguez: bajo la tesis de que “el sentido y la fuerza se encontrarían conectados en el nivel semántico, [...] no sería posible comprender cabalmente el contenido semántico de una expresión lingüística sin tomar en cuenta su fuerza” (2022, pp. 199).

planteado por Austin (1975) en su denuncia del carácter “irremediamente ambiguo” de términos como “significado” y “uso”, ambigüedad que se vería disipada a través de la diferenciación de la “fuerza” con la cual un hablante dice algo y el “significado” de lo así dicho, pudiendo identificarse ese significado con la conjunción del “sentido” y la “referencia” de lo que el hablante dice (pp. 100-101).

Como ejemplo, Hart se vale de la oración “hay un toro en el campo” para sostener que su *significado* sería el mismo cuando esa oración es usada para dar respuesta a una solicitud de información, para formular una advertencia de un peligro, o para formular una mera hipótesis. Pero, contra lo sostenido por Rodríguez, ello no se explica por el hecho de que, según Hart, en esos tres casos la oración en cuestión estaría recibiendo un mismo uso ilocutivo de carácter pretendidamente “descriptivo/representativo”. Ello se explica, más bien, en consideración a que el contenido semántico “relativamente constante” de esa oración no se ve impactado por la diferente fuerza con la cual esa misma oración es usada, sea para ejecutar un acto de habla asertivo consistente en una afirmación hecha en respuesta a una pregunta, sea para ejecutar un acto de habla directivo consistente en una advertencia,²⁷ sea para ejecutar un acto de habla consistente en enunciar una proposición desacoplando su presentación de toda fuerza asertiva (“positiva”), como ocurre cuando se la usa para esbozar una hipótesis.²⁸

Esto lleva a Hart a sostener que su tratamiento más temprano de los enunciados jurídicos resultaba viciado por su compromiso con la tesis de que “esos enunciados *son* conclusiones de inferencias a partir de reglas jurídicas”, con lo cual él habría pasado por alto que las oraciones en cuestión “tienen el mismo significado en diferentes ocasiones de uso, sea o no que el hablante o escritor las presente como inferencias que él ha extraído” (1983,

²⁷ Acerca del verbo “advertir” (*to warn*) como un “verbo directivo” cuyo uso se encontraría, empero, internamente conectado con el punto ilocutivo convencionalmente indicado por los “verbos asertivos”, véase Searle y Vanderveken (1985, pp. 202-203).

²⁸ Acerca del “grado negativo” –en el sentido de inferior a 0– de fuerza asertiva del cual serían convencionalmente indicativos verbos como “hipotetizar” y “conjeturar”, véase Searle y Vanderveken (1985, p. 99).

p. 5).²⁹ Esta sería la base del error consistente en negar que esas oraciones sean “descriptivas”, negación que oscurecería el hecho de que, para contar con un cabal entendimiento de esas oraciones, necesitaríamos “entender en qué consiste que una regla de conducta requiera, prohíba o permita un acto” (Hart, 1983, p. 5).

Nótese que, en este último pasaje, Hart *no* está insinuando que una oración usada para formular una regla de conducta tendría un significado o sentido distintivo, por el hecho de ser usada para ello. Pues, de hecho, Hart, no está hablando en lo absoluto acerca de la formulación lingüística de tal o cual regla, sino de oraciones que pueden ser usadas para articular inferencias a partir de alguna regla jurídica. Desde este punto de vista, la observación crucial es la que apunta a que la circunstancia de que una oración pueda ser usada para enunciar la conclusión inferida a partir de una regla no compromete en lo absoluto el carácter “descriptivo” que pudiera atribuirse a esa misma oración. Esto quiere decir que, según Hart, ese carácter descriptivo se corresponde con un aspecto del significado o sentido “relativamente constante” que la oración tiene, con independencia de cuál sea la fuerza que el hablante le confiera al usarla en la ejecución de un acto ilocutivo de tal o cual índole. Y de esto se sigue que, a diferencia de Rodríguez, Hart no podría aceptar que hubiera tal cosa como un uso ilocutivo de carácter “descriptivo/representativo”. En este punto, Hart se encuentra en buena compañía.

3.3.2. El “problema Frege-Geach”

Para advertir por qué, puede ser útil considerar, someramente, cuál es el trasfondo de la observación ofrecida por Hart en la introducción a sus *Essays on Jurisprudence and Philosophy* (1983), recién reseñada. Ese trasfondo se vuelve manifiesto si reparamos en otro ejercicio de autocrítica

²⁹ Aquí es importante notar que, según Searle (1979, p. 13), “concluir” y “deducir” funcionarían como “verbos asertivos” que serían convencionalmente indicativos de que lo afirmado se encuentra en una cierta relación (inferencial) con el resto del discurso, o con el contexto, en el que se inserta lo dicho.

intelectual desplegado por Hart, esta vez plasmado en el prefacio que acompaña a su libro *Punishment and Responsibility* (2008). Explicando su decisión de no incorporar en el volumen su célebre ensayo “The Adscription of Responsibility and Rights” confesaba que las tesis centrales presentadas en ese trabajo ya no le parecían “defendibles”, caracterizando como justificadas las críticas que aquel había recibido. Al respecto, es fundamental que Hart evocara, en primerísimo lugar, la objeción presentada por Geach. De acuerdo con la tesis adscriptivista tempranamente defendida por Hart, cuando un hablante dice que un agente ejecutó una cierta acción, estaría diciendo algo que –al menos, “primariamente”– carecería de contenido descriptivo, por cuanto el significado de una oración del tipo “A hizo X” sería “adscriptivo”, esto es, atributivo de responsabilidad.³⁰ Según Geach (1960), esto supondría asumir que, normalmente, cuando se dice que alguien hizo algo, lo dicho sería expresivo de la adopción de una “actitud cuasi-jurídica o cuasi-moral”, lo cual distorsionaría el significado que, en general, tienen las oraciones de semejante tenor (p. 221).

La deficiencia que, según Geach, afectaría a semejante adscriptivismo semántico sería una manifestación específica de la deficiencia que, en general, aquejaría a las diferentes versiones de una concepción expresivista del significado de determinados términos generales, como lo sería una concepción prescriptivista del significado de “bueno” o una concepción corroboracionista del significado de “verdadero”. El error en cuestión consistiría en confundir el hecho de que, al decir algo, el hablante emita una oración por la cual *predique* “P” de X con el hecho de que, al decir lo que dice, el hablante esté *llamando* “P” a X (Geach, 1960, p. 223). Este error subyacería a la tradicional confusión de las nociones de predicación y aserción, siendo esta confusión la que habría sido superada por Frege. Y tal como Geach lo explica en un artículo publicado un lustro más tarde, la distinción que Frege introdujo para superar esa confusión no es sino la distinción entre la fuerza propia de una aserción y el contenido proposicional al cual esa fuerza puede quedar referida. En ello consiste lo que, célebremente, Geach (1965, pp. 449-458) propuso denominar “el punto de Frege”, cuya presentación canónica por parte de Geach da forma a lo que hoy se tematiza

³⁰ Para una reseña pormenorizada del problema, véase Mañalich (2012a, pp. 664-670).

como el “problema Frege-Geach” (“PFG”), al cual se ven enfrentadas las concepciones expresivistas de diferentes géneros de “lenguaje normativo”, y en particular –aunque no exclusivamente– del “lenguaje de la moral”.

En referencia inmediata a este último ámbito, Schroeder (2008) explica que el PFG se suscita por el hecho de que, contra la tesis central del expresivismo metaético, “no hay evidencia lingüística alguna de que el significado de los términos morales funcione diferentemente que el de los términos descriptivos ordinarios”, dado que todo lo que un hablante puede hacer, sintácticamente, con un adjetivo como “verde” es algo que también puede hacerse, sintácticamente, con un adjetivo como “incorrecto”, de manera tal que el uso de uno y otro término tendría “los mismos efectos semánticos” (p. 704). Esto no representa más que la consecuencia de la generalización de la estrategia argumentativa de Frege, tal como la reconstruye Geach. Según este, el “punto de Frege” consiste en que una oración formulada en modo indicativo, susceptible de ser usada para hacer una aserción, no ve alterado su contenido semántico dependiendo de si esa oración es o no usada asertivamente.³¹ Para ello, Geach (1965, pp. 450-455) se vale de la consideración de contextos lingüísticos en los cuales la respectiva oración aparece “incrustada” (*embedded*) como un componente de una oración más compleja; por ejemplo, cuando la oración en cuestión ocupa el lugar del antecedente de una oración condicional. Lo que estaría en juego aquí no es otra cosa que la validez deductiva de una inferencia en *modus ponens* entre cuyas premisas figurara la correspondiente oración condicional. Si el contenido semántico de la oración “hoy es domingo” fuera distinto según

³¹ Según Textor (2022, p. 217), la presentación y defensa de la DFC por parte de Frege se apoyaría, más bien, en una combinación de al menos tres argumentos distintos, pero complementarios, el primero de los cuales se correspondería con el PFG, mientras que los dos restantes serían el “argumento del escenario”, que apunta al hecho de que el significado de una oración indicativa no sufriría impacto alguno cuando, por ejemplo, ella es proferida por un actor en la interpretación de un personaje de una pieza teatral, sin que el actor esté haciendo afirmación alguna al proferirla en ese contexto, y el “argumento a partir de las cláusulas subordinadas”, que apunta a que un mismo contenido proposicional puede ser enunciado con o sin la forma gramatical apropiada para afirmar la verdad de la correspondiente proposición. Para un argumento centrado, en cambio, en el tratamiento que Frege da al estatus de las “preguntas proposicionales”, véase Textor (2021).

si esta oración es usada de manera asertiva o no asertiva, entonces habría que negar validez deductiva a una inferencia como esta:

- (1) Si hoy es domingo, entonces hoy no es un día laboral.
- (2) Hoy es domingo.
- (3) Hoy no es un día laboral.

Aquí es fundamental reparar en que, en la enunciación de (1), el hablante estará haciendo uso de la oración “hoy es domingo” para dar forma al antecedente de la oración condicional construida a través de la conectiva “si/entonces”, mas sin que ese uso de la oración “hoy es domingo” le imprima fuerza asertiva a su emisión. Pues lo afirmado a través de la enunciación de (1) es que, si hoy es domingo, entonces hoy no es un día laboral, lo cual *no* supone afirmar que hoy sea domingo. Por contraste, en la enunciación de (2) el hablante estará usando asertivamente esa misma oración. Luego, la validez deductiva de la inferencia resultante en (3) depende, crucialmente, de que el contenido semántico de la oración “hoy es domingo” sea el mismo cuando se la usa *sin* fuerza asertiva, en la enunciación de (1), y cuando se la usa *con* fuerza asertiva, en la enunciación de (2). Y reconocer esto exige comprometerse con la DFC.

Hay múltiples estrategias a las cuales los detractores de la DFC recurren para hacer frente al PFG. Entre ellas destaca la articulada por Hanks (2007, pp. 153-156; 2022, pp. 99-107), centrada en la noción de “cancelación” (de la correspondiente fuerza ilocutiva). Así, contra la DFC cabría sostener que “la fuerza asertiva es siempre parte del contenido de una oración indicativa” (Hanks, 2022, p. 153), aunque “este elemento de fuerza es cancelado cuando la oración es proferida como parte de un condicional” (p. 153). Es más que discutible, sin embargo, que esta sea una vía teórica adecuada para enfrentar el PFG si se rechaza la DFC.

De acuerdo con Hanks, los contextos en los cuales se vería cancelada la fuerza asertiva “inherente” a la proposición expresada a través de una oración indicativa serían contextos en los cuales el significado de la oración seguiría siendo dependiente de la fuerza que, de no verse esta cancelada, exhibiría esa proposición. Como lo ha mostrado Van der Schaar (2022, pp. 50-51, 54-55), sin embargo, esto supone pasar por alto que “cancelación” funciona

aquí como un “término modificador” de carácter *privativo*. A modo de analogía: si alguien dijera que ayer fueron sostenidas dos reuniones y que una tercera reunión fue cancelada, ello no nos autorizaría a concluir que *hubo* tres reuniones, de las cuales una fue cancelada. Para aplicar esta observación al argumento de Hanks, tomemos “ \neg ” como el signo (fregeano) de la aserción, de manera tal que “ $\neg(a,F)$ ” simbolizaría, según lo sugerido por Hanks, la “proposición asertiva” expresada a través de la oración indicativa “el individuo *a* exhibe la propiedad *F*”. ¿Cuál tendría que ser la consecuencia de que a la proposición así simbolizada antepusiéramos el correspondiente “operador de cancelación”? Si “ \sim ” simboliza el operador de cancelación, entonces al anteponerlo a la proposición en cuestión obtendríamos “ $\sim\neg(a,F)$ ”. Pero, dado que el operador de cancelación funciona como un término modificador de carácter privativo, el efecto de su introducción no se dejaría describir como el de privar de fuerza asertiva a una proposición que todavía admitiría ser representada como “ $\neg(a,F)$ ”. Pues, según observa Van der Schaar (2022, p. 51), ese operador no provee un *plus*, sino un *minus*, al acto así (pretendidamente) representado.

3.3.3. Contenido semántico como contenido proposicional

Con la explicación precedente pretendo haber ilustrado algunas de las dificultades que enfrenta quien pretende adoptar una concepción del significado construida a partir del rechazo de la DFC. Ello es de interés aquí porque, como bien lo advierte Rodríguez, la DFC está en la base de la presentación contrastiva que Alchourrón y Bulygin brindan de las concepciones expresiva e hilética.³² Y si bien Rodríguez (2021, pp. 154-155) muestra estar debidamente al tanto del PFG, estar al tanto de un problema no equivale a poder darlo por resuelto. Tal como apunta Schroeder (2008, pp. 705-706), la misma objeción que Geach formula contra los enfoques “no cognitivistas” acerca del contenido semántico de las oraciones en cuya

³² Ello es especialmente reconocible cuando, en su caracterización de la concepción expresiva, Alchourrón y Bulygin (2021) observan que “[l]os signos “ \neg ” y “ $!$ ” serán usados para indicar el tipo de acto lingüístico (aserción u orden) llevado a cabo”, signos que serían “meros *indicadores* de lo que el hablante hace cuando emite ciertas palabras, pero [que] no contribuyen al significado (esto es, al contenido conceptual) de las palabras usadas” (p. 163).

formulación son usados términos morales como “bueno” o “incorrecto” es presentada por Searle (1969, pp. 136-141, 146-149) en su denuncia de “la falacia del acto de habla”, cuya fuente se encontraría en una validación acritica del eslogan del “significado como uso”.³³ Esto importa en razón del diferente alcance con el cual la DFC es presentada y defendida por Frege según la reseña ofrecida por Geach, por un lado, y por Searle, por el otro.

En los términos de una distinción introducida por Hanks (2015, pp. 9, 18-19), Frege se muestra comprometido tanto con la “versión constitutiva” de la DFC, según la cual nada inherentemente asertivo sería propio del contenido proposicional de una oración usada asertivamente, como con una variante *restringida* de la “versión taxonómica” de la DFC, según la cual actos de habla que exhiben fuerzas diferentes pueden compartir, no obstante, un mismo contenido proposicional. El carácter restringido de esta variante fregeana de la versión taxonómica de la DFC resulta del hecho de que Frege restringía la validez del postulado de la carencia de fuerza al contenido de oraciones indicativas, susceptibles de ser usadas asertivamente, así como –según lo llegara a reconocer más tardíamente– al contenido de aquellas oraciones interrogativas susceptibles de ser usadas en la formulación de preguntas proposicionales, que son aquellas que pueden ser respondidas con un “sí” o un “no” (Textor, 2021, p. 229). En contraste con ello, Searle defiende una variante *irrestringida* de la versión taxonómica de la DFC, lo cual se ve reflejado en la centralidad que él atribuye a la distinción más general entre lo que propone denominar la “función” y el “contenido” de un acto de habla, sea que se trate de un acto proposicional de referir o de predicar –entendidos como actos dependientes de la realización de algún acto ilocutivo–, sea que se trate de un acto ilocutivo en cuanto tal. En este último caso, apunta Searle (1969), “el contenido es la proposición”,

³³ Se trata de un eslogan frecuentemente atribuido a Wittgenstein, pero que distorsiona lo efectivamente *dicho* por este. Al respecto, véase especialmente Wittgenstein (1984b, § 43): “Para una *gran* clase de casos de utilización de la palabra «significado» –aun cuando no para *todos* los casos de su utilización–, uno puede explicar esta palabra así: el significado de una palabra es su uso en el lenguaje”. Wittgenstein es suficientemente explícito en cuanto a que lo así enunciado no es una *definición* de la palabra “significado”, sino una *explicación* que atiende –de manera recursiva– a cómo esa palabra es *utilizada*, explicación cuya validez tendría, con todo, un alcance restringido.

en tanto que “la función es la fuerza ilocutiva con la cual la proposición es presentada” (p. 125).

Lo anterior muestra que, a pesar de que Searle (1969, pp. 46-48) identifica el “significado” de una oración con aquello que es entendido como lo dicho por el hablante cuando el oyente reconoce el acto ilocutivo así ejecutado por el hablante, él reconoce que es imprescindible diferenciar la fuerza que determina la especie de acto ilocutivo ejecutado y el contenido semántico al cual, *qua* contenido proposicional, queda referida esa fuerza ilocutiva (pp. 29-33). Y contra lo sugerido por Rodríguez, admitir esa diferencia no equivale a asumir “que el significado y la fuerza [...] son entidades enteramente independientes” (sección 3). Una corroboración evidente de esto último la provee la observación de Searle (1979) en cuanto a cómo “diferencias en el contenido proposicional” pueden quedar determinadas por diversos “dispositivos indicativos de fuerza ilocutiva” (p. 6). Así, el contenido proposicional de una predicción normalmente tendrá que corresponderse con una proposición concerniente al futuro. Pero esto de ninguna manera conlleva que, en relación con ese mismo acto de habla, no podamos diferenciar la fuerza ilocutiva que lo convierte en una predicción frente al contenido proposicional que especifica qué es lo que el hablante está prediciendo.

Lo anterior tendría que volver más fácil advertir en qué radica que, como lo sostengo en NCAD, la defensa de un pragmatismo semántico como el sintetizado en el eslogan de que “la semántica tiene que responder a la pragmática” (Brandom, 1994, pp. 83-84) se encuentre internamente conectado con la adopción de la DFC.³⁴ La siguiente observación de Brandom es especialmente pertinente aquí:

Es precisamente porque uno no puede incrustar, digamos, preguntas e imperativos como antecedentes de condicionales bien formados (en los cuales ellos aparecerían sin su fuerza característica) que su

³⁴ Espero que esto haga reconocible que la observación, hecha en NCAD, en cuanto a que la defensa de un pragmatismo semántico como el articulado por Brandom es compatible, porque de hecho se encuentra internamente conectado, con la adopción de la DFC determina que mi diferencia con Rodríguez en este punto no sea “meramente verbal”, como él se pregunta en una nota al pie.

significación [*significance*] como instancias de preguntar y de ordenar está asociada con su fuerza—y así no ha de ser entendida como un aspecto del contenido descriptivo que expresan (1994, p. 298).

Nótese que es exactamente en este mismo sentido que, en el pasaje ya citado, Hart reconocía la importancia de admitir, contra su inclinación más temprana, que una oración usada para hacer algo distinto de informar acerca de cómo es el mundo sigue teniendo contenido “descriptivo”.³⁵ Esto tendría que volver claro por qué es problemático hablar, como lo hace Rodríguez, del posible uso “descriptivo/representativo” de una cierta oración como un uso pretendidamente *ilocutivo*. El problema está en que, tal como Searle (1983, pp. 5-6) lo hace explícito, el contenido proposicional al cual queda referida la respectiva fuerza ilocutiva admite, sin distorsión, ser entendido como el “contenido representativo” del acto de habla en cuestión. Así, y entendido funcionalmente, el contenido proposicional de un acto de habla no es otra cosa que una *representación* de lo que necesita ser el caso para que su fuerza ilocutiva cuente como satisfecha, según cuál sea la dirección de ajuste entre lenguaje y mundo que esté indexada a esa misma fuerza ilocutiva (Searle, 2010, pp. 28-29).

Pienso que esta última consideración enseña cuán poco plausible es la comprensión de la relación entre el uso y el significado sobre la cual Rodríguez pretende hacer descansar la concepción semántico-pragmática de las normas jurídicas, tal como esa comprensión aparece presentada en su reciente contribución conjunta con Navarro. El siguiente pasaje es suficientemente representativo del núcleo de su enfoque:

La proposición expresada por la oración «Pedro pone el libro sobre la mesa» es una aserción, no se trata de que ella «pueda ser usada» para expresar una aserción. De hecho, por su significado, la oración «Pedro pone el libro sobre la mesa» *solo* puede ser una aserción, no podría «ser usada» para hacer una pregunta o para impartir una orden. Aquí tenemos dos cosas: el hecho de que Pedro pone un libro sobre la mesa y la oración «Pedro pone el libro sobre la mesa». ¿De qué cosa predicamos verdad o falsedad? El hecho de

³⁵ *Supra*, 3.3.1.

que Pedro pone el libro sobre la mesa es algo que acontece en el mundo, de modo que no tiene sentido predicar verdad o falsedad a su respecto. De lo que predicamos verdad o falsedad es del significado de la oración «Pedro pone el libro sobre la mesa» *porque* es una aserción. Si no fuera una oración asertiva, afirmada, no tendría sentido predicar verdad o falsedad de ella. Solo porque ella es una aserción es que podemos comprobar si ella se corresponde o no con el hecho de que Pedro pone un libro sobre la mesa (Navarro y Rodríguez, 2022, p. 198).

La manera en la cual Navarro y Rodríguez se valen de los términos “proposición” y “oración” hace reconocibles las dificultades que surgen cuando, a resultas del rechazo de la DFC, una proposición pasa a ser entendida o bien como un tipo, o bien como una instancia particular de un tipo, de acto de habla.³⁶ Esto último resulta implicado por la sugerencia de que “la proposición expresada por la oración ‘Pedro pone el libro sobre la mesa’ es una aserción” (Navarro y Rodríguez, 2022, p. 198). Pero entonces es difícil entender cómo podría ser el caso que, al mismo tiempo, la oración en cuestión “solo pued[a] ser una aserción” (Navarro y Rodríguez, 2022, p. 198). Si tanto la proposición como la oración por la cual se ve expresada esa proposición “son” la correspondiente aserción, ¿en qué consiste la diferencia entre la proposición y la oración? Y si esa proposición es en sí misma una aserción, ¿qué quiere decir que esa aserción sea “expresada” en una oración? Pues una aserción es algo que un hablante *hace* al decir algo, a saber y paradigmáticamente: al proferir una oración. Esto tendría que ser indicativo de la diferencia categorial que, frente a lo sugerido por Navarro y Rodríguez, existe entre (a) una aserción, (b) una oración y (c) una proposición, que es la diferencia entre (a) un acto de habla que exhibe una

³⁶ La primera de estas dos categorizaciones alternativas es, en efecto, la asumida por Hanks (2022), según quien “las proposiciones son tipos, cuyas instancias son actos particulares de aserción” (p. 94), observando acertadamente que, en tal caso, lo que el hablante “realiza” (*performs*) es una aserción, y no una oración. El problema está en que Hanks parece no advertir que no es posible analizar un enunciado como “el hablante usa O para aseverar p” en el sentido de que “O” designaría una oración y “p” una proposición, si al mismo tiempo se sostiene, como él lo hace, que una aserción no sería otra cosa que una instancia particular de una proposición. Pues, si p es una aserción, entonces no tiene sentido decir que el hablante “asevera” p.

determinada fuerza ilocutiva, (b) una estructura sintáctica de cierta clase y (c) el contenido semántico susceptible de ser exhibido por esa estructura sintáctica.

A su vez, la observación de que el hecho de que Pedro ponga el libro sobre la mesa es una “cosa” distinta de la oración “Pedro pone el libro sobre la mesa”, parece enteramente acertada, pero ello nada nos dice acerca de la relación en la cual se encuentran ese hecho y esa oración. La manera de hablar favorecida por Navarro y Rodríguez vuelve imposible enunciar esa relación en congruencia con la concepción fregeana de lo que es un *hecho*, a saber: una proposición verdadera, entendiendo por tal el contenido expresable a través de la emisión de una oración que, en caso de ser emitida, resultaría ser verdadera (Brandom, 1994, pp. 327-329). Esto tiene una doble consecuencia.

Por un lado, si un hecho es entendido como una proposición verdadera, entonces tendría que ser claro que, contra lo sugerido por Navarro y Rodríguez (2022), un hecho no “es algo que aconte[zca] en el mundo” (p. 198).³⁷ El hecho que resulta enunciado por la oración “Pedro pone el libro sobre la mesa”, cuando la proposición expresada por esta oración es verdadera, es un hecho concerniente al evento consistente en la puesta del libro sobre la mesa por parte de Pedro, y este evento es algo que acontece, puesto que se corresponde con un cambio espaciotemporalmente localizable. Pero el respectivo hecho, *qua* proposición verdadera, no es algo que exista en el espacio y el tiempo (Vendler, 1967, pp. 122-146).³⁸ Por otro lado, la conceptualización de un hecho como una proposición verdadera resulta incompatible con sostener, como lo hacen Navarro y Rodríguez, que aquello de lo cual puede predicarse ser verdadero o falso sería el significado de una oración porque esta “es” una aserción. Esto supone desconocer que

³⁷ Esto resulta especialmente claro si se adopta un concepto “tractariano” de mundo, de acuerdo con el cual “el mundo es todo lo que es el caso”, lo cual conduce a que “el mundo [sea] la totalidad de los hechos, y no de las cosas” (Wittgenstein, 1984a, p. 1, sección 1.1).

³⁸ Nótese que la descripción definida “la puesta del libro sobre la mesa por parte de Juan” funciona, en ese mismo contexto, como un término singular que designa el evento consistente en la transformación de un estado. Acerca del enteramente distinto estatus ontológico de los eventos y de los hechos, a propósito de la distinción entre las nociones de causalidad *productiva* y causalidad *explicativa*, véase Mañalich (2014a, pp. 52-56).

cuando decimos “lo que dices es verdad” no estamos diciendo “tu decirlo es verdad”, dado que lo que puede ser verdadero (o falso) es *lo dicho*, y no *el decirlo* (Brandom, 1994, p. 328).

Si se adopta la diferenciación categorial recién propuesta, entonces tendríamos que reformular la observación de Navarro y Rodríguez en cuanto a que una oración como “Pedro pone el libro sobre la mesa” solo podría “ser una aserción”, en el sentido de que semejante oración solo podría ser usada para realizar una aserción. Esta tesis se ve expuesta, sin embargo, a una objeción fundamental, que concierne al rol semántico de aquellos aspectos sintácticos de una oración que funcionan como lo que Davidson (2001a, pp. 109-121) denomina “fijadores de modo”. Parece enteramente sensato asumir que existe una conexión convencional entre el hecho de que una oración tenga forma indicativa, interrogativa o imperativa, por un lado, y que la respectiva oración pueda usarse, característicamente, para hacer una aserción, plantear una pregunta o impartir una orden, por otro. Pero de ello no se sigue que podamos *identificar* el modo gramatical de la oración con la fuerza ilocutiva del acto de habla ejecutado por un hablante que profiere esa oración. En esto consiste lo que Davidson (2001a) tematiza como el principio de la “autonomía del significado” (pp. 113-114), que se traduce en que “no puede haber una forma de habla que, únicamente en virtud de su significado convencional, solo pueda ser usada para un cierto propósito, como el de hacer una aserción o plantear una pregunta” (pp. 113-114).³⁹

Asumir un compromiso con el principio davidsoniano de la autonomía del significado es ciertamente compatible con reconocer que nuestro lenguaje cuenta con términos o expresiones que funcionan como “indicadores de fuerza ilocutiva” (Searle, 1969, pp. 30-31), como lo son, destacadamente, los

³⁹ Un sugerente desarrollo de este enfoque es ofrecido por Van der Schaar (2022, pp. 51-55), quien introduce las expresiones “candidato-para-aserción”, “candidato-para-orden”, etc., para designar el aspecto del significado de una oración indicativa, imperativa, etc., que la convierte en distintivamente apta para ser usada en la realización de una aserción, en la impartición de una orden, etc., sin que ello implique que la emisión de la respectiva oración necesariamente quede revestida de la correspondiente fuerza ilocutiva. Crucialmente, ella sostiene que el aspecto del significado de una oración que resulta determinado por su modo gramatical no podría confundirse con el contenido proposicional del acto de habla que pudiera ser ejecutado mediante la emisión de la respectiva oración, contenido proposicional que podría ser idéntico tratándose de actos que exhiban fuerzas ilocutivas diferentes.

verbos que Austin (1975, pp. 61-66, 69-73) caracteriza como “explícitamente performativos”. El punto de Davidson (2001a, p. 110) consiste, más bien, en que la sola circunstancia de que un hablante se valga de un término o un modo gramatical que funcione como un posible indicador de fuerza ilocutiva no es, ni puede ser, condición *suficiente* para que, al decir lo que dice, el hablante esté ejecutando un acto de habla que efectivamente exhiba esa fuerza ilocutiva. Esto se ve reflejado en que, por ejemplo, podemos valernos de una oración interrogativa como “¿notaste que Pedro puso el libro sobre la mesa?” para *aseverar* que Pedro puso el libro sobre la mesa, así como podemos valernos de la oración indicativa “Me gustaría saber si Pedro puso el libro sobre la mesa” para *preguntar* si Pedro puso el libro sobre la mesa.

Es exactamente una confusión entre la estructura sintáctica de una oración y los aspectos pragmáticos concernientes a su uso lo que en NCAD identifiqué como la deficiencia que aqueja al argumento con el cual Ross pretende sustentar la tesis de que el “contenido de significado” de una oración en cuanto ítem del “habla indicativo”, y consistente en una proposición, sería necesariamente divergente del “contenido de significado” de una oración proferida en el “habla directivo”. Por ello, no deja de ser sorprendente que, en su comentario, Arriagada sostenga que sería “sorprendente que Mañalich no tematice la posición que podría atribuirse a Ross” en el marco del “debate suscitado a propósito de las concepciones expresiva e hilética” (sección 6). Tal como se puntualiza en NCAD, a pesar de la controversia existente en cuanto a cómo tendría que ser clasificada la posición de Ross en lo tocante al estatus ontológico de las normas jurídicas, lo determinante es que Ross pretenda definir la noción de norma a partir de la noción más básica de una variante de significado distintivamente directivo. Pues esto deja expuesta su concepción de las normas jurídicas a la objeción presentada en NCAD y que, de manera más detallada, he intentado replantear aquí.

3.4. ¿Las normas jurídicas como significados expresivos de actitudes?

Las dificultades precedentemente enunciadas afectan a cualquier comprensión del significado lingüístico comprometida con un rechazo de la

DFC. Pero a ellas se añaden algunas dificultades que son específicamente sensibles al aspecto pragmático de la concepción defendida por Rodríguez. Según este, y tal como ya fuera anticipado, las normas jurídicas tendrían que ser entendidas como significados que “expresarían nuestras *valoraciones* o *preferencias* de ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real” (sección 3). A esto subyace la adopción de una forma de expresivismo semántico para especificar el estatus ontológico de las normas jurídicas regulativas. Y esto último deja expuesta la concepción “selectiva” presentada por Rodríguez a algunas objeciones a las que se ve enfrentadas las estrategias filosóficas que buscan analizar el significado de aquellas oraciones por las cuales se formulan normas o juicios normativos a partir de las actitudes cuya expresión determinaría su respectivo contenido semántico. Entre esas objeciones destacan las referidas a lo que Warren (2015, pp. 2864-2866) denomina “el problema de las permisiones” y “el compromiso con el mentalismo”.

Adaptándola a las particularidades de la concepción bosquejada por Rodríguez, la primera objeción apunta al hecho de que, para explicar que entre una norma prohibitiva y una norma permisiva aplicables en relación con un mismo comportamiento pueda darse una relación de incompatibilidad lógica, la concepción semántico-pragmática tendría que apelar a una actitud *sui generis* de “aceptación” como el estado mental cuya expresión determinaría el significado en el que consistiría una norma permisiva.⁴⁰ En estos términos, la incompatibilidad de esa actitud con la actitud –por ejemplo– de desaprobación cuya expresión determinaría el significado en el que consistiría la respectiva norma prohibitiva tendría que explicar la antinomia que pudiera darse entre una y otra norma, no siendo en absoluto claro en qué habría de radicar el carácter lógico de la incompatibilidad existente entre tales actitudes (Warren, 2015, p. 2878).

Por su parte, la segunda objeción apunta a una implicación problemática del compromiso mentalista que sería inherente a todo expresivismo

⁴⁰ Tal es, en efecto, la solución propuesta por Von Wright (1963, pp. 90-92) para sustentar la tesis de que el concepto de permisión se correspondería con un “carácter-norma” autónomo y, con ello, irreducible al concepto de prohibición. Críticamente al respecto, véase Mañalich (2014b, pp. 487-488).

semántico, y que no es más que una manifestación específica del PFG. El problema surge por la obvia posibilidad de que entre las oraciones en cuyos significados consistirían tales o cuales normas jurídicas figuren oraciones lógicamente complejas, como lo serían aquellas cuyos significados se corresponderían con normas condicionales. Nuevamente adaptando lo planteado por Warren (2015, pp. 2880-2882), piénsese en la norma jurídica susceptible de ser formulada a través la oración “si una persona se encuentra actualmente ante un peligro de muerte, quien sea garante de la vida de esa persona debe impedir su muerte”. Dado esto, el significado de la oración “una persona se encuentra actualmente ante un peligro de muerte”, en cuanto antecedente de la respectiva oración condicional, tendría que ser función de la actitud cuya expresión determinaría el significado de esa oración condicional, a pesar de que el significado de la oración “una persona se encuentra actualmente ante un peligro de muerte” no quedaría en lo absoluto determinado por la expresión de esa misma actitud, si ella no estuviera “incrustada” en la correspondiente oración condicional.

Lo anterior parece sugerir que el rol semántico de la conectiva “si/entonces” consistiría en hacer reconocible la actitud cuya expresión determinaría el significado de la correspondiente oración condicional a partir de la actitud cuya expresión determinaría el significado de alguna de las oraciones que la componen. Pero entonces, y a menos que estuviéramos dispuestos a validar la (muy poco plausible) hipótesis de que el rol semántico de la conectiva “si/entonces” sería distinto dependiendo de si las oraciones así conectadas tienen o no una connotación (pretendidamente) normativa, tendríamos que concluir que ese mismo rol semántico determinaría el significado de una oración condicional cuyos antecedente y consecuente se correspondieran, por igual, con oraciones carentes de semejante connotación, verbigracia: “si una persona se encuentra actualmente ante un peligro de muerte, entonces es probable que esa persona muera prontamente”. Si el significado de esta oración condicional queda determinado por la actitud que ella expresa, y si esta actitud ha de ser la actitud cuya expresión determina el significado de una o más de las oraciones que componen esa oración condicional, entonces tendríamos que asumir que el significado de la oración “una persona se encuentra actualmente ante un peligro de muerte” o de la oración “es probable que esa persona muera prontamente”

también quedaría determinado por alguna actitud de la cual aquella o esta sería expresiva. Y esto implicaría asumir, problemáticamente, que el significado de tales oraciones también sería función de la respectiva actitud –presuntamente constitutiva de una creencia– que tendría que verse expresada por ellas. Esta es precisamente la implicación mentalista de la comprensión más general del significado de una oración cualquiera que Rodríguez explícitamente hace suya en su comentario, cuando observa que “la diferente actitud pragmática del hablante” tendría que ser “concebida como parte del significado” (sección 3).

Esto último encuentra una corroboración ulterior si se repara en que, a mi juicio acertadamente, Rodríguez entiende que, para dar cuenta del estatus ontológico de las normas jurídicas, no debería haber “diferencia alguna” asociada a que se trate de una regla regulativa o constitutiva.⁴¹ Sobre esta base, y asumiendo que las normas jurídicas tuvieran que ser identificadas con significados que serían expresivos de ciertas actitudes, ¿cuál sería la *actitud* distintiva cuya expresión determinaría el significado en el que consistiría una norma jurídica de tipo constitutivo? Baste aquí con observar que una respuesta que pretendiera identificar la actitud en cuestión con algo que pudiéramos llamar una “intención constitutiva” sería inadmisibles. Pues ello sería equivalente a decir que la actitud cuya expresión determinaría el significado en el que consistiría una norma prohibitiva sería una intención prohibitiva. En uno y otro caso, para entender en qué consistiría la actitud constitutiva o prohibitiva necesitaríamos ya entender en qué consiste, respectivamente, la constitución o la prohibición de algo, con lo cual la apelación a la correspondiente actitud resultaría ser explicativamente vacía.

Las objeciones presentadas hasta aquí no pretenden impugnar la motivación que subyace a la adopción, por parte de Rodríguez, de una concepción semántico-pragmática de las normas jurídicas. Esa motivación queda anclada en la hipótesis de que, si se asume que las normas jurídicas serían significados, entonces la concepción semántico-pragmática se correspondería con la más plausible versión de una concepción “no cognoscitivista”, de acuerdo con la cual, en virtud de la dirección de ajuste que sería inherente al significado en el

⁴¹ Nótese que esto supone desestimar, contra lo sostenido por Arriagada (2022, pp. 401-406), que las normas jurídicas de una y otra clase tengan diferentes “condiciones de existencia”.

que ella consistiría, una norma jurídica pueda ser entendida como carente de valor de verdad. Lo que he querido subrayar, empero, es cuán inconveniente resulta ser la identificación *categorial* de una norma con un significado.

Una demostración concluyente de esa inadecuación es, en mi opinión, ofrecida por Rodríguez mismo, cuando este se ocupa de lo que sostengo en NCAD en cuanto a que aquello que la concepción hilética entiende como una norma jurídica es imposible de reconciliar con la consideración de que las normas jurídicas se distinguen por “tener una historia”. Rodríguez observa que concebir las normas jurídicas como entidades abstractas, en el sentido en que un significado sería una entidad abstracta, resultaría perfectamente compatible con que ellas “tengan una historia”. Esto, siempre que esa historia se entienda conformada por hitos consistentes en la *selección* de la norma en cuestión como perteneciente a un conjunto de normas promulgadas por una autoridad, o bien a un conjunto de normas aceptadas por algún grupo social, o bien a un conjunto de normas aplicadas o aplicables por algún grupo de funcionarios oficiales, etc. Rodríguez hace enteramente explícito que aquí estaríamos hablando, en rigor, de la promulgación, la aceptación o la aplicación o aplicabilidad de *significados*, cuya existencia sería “atemporal”. Esto supone reconocer que, así entendida, una norma jurídica no sería una entidad susceptible de ser *creada* o *producida*. Y, como asimismo lo advierte Rodríguez, la consecuencia de esto sería que la historia de una norma jurídica no tendría conexión alguna con su existencia. A esto último subyace un entendimiento a lo menos extravagante de lo que, ordinariamente, tematizamos como la historia de algo.

4. Las normas jurídicas como artefactos abstractos

4.1. El desafío de la individuación de las normas jurídicas *qua* entidades abstractas

En NCAD busco mostrar que la concepción artefactualista logra reconciliar la caracterización de las normas jurídicas como entidades abstractas con la tesis mínimamente iuspositivista de que, para decirlo con Caracciolo (1997), “el derecho es un artefacto, producto de decisiones humanas y de

prácticas sociales” (p. 160). Frente a esto, Rodríguez se pregunta por el sentido en el cual cabría decir, de manera no puramente metafórica, que las normas son “entidades *creadas*”. Si esta preocupación tuviera asidero, entonces tendríamos que concluir que hablar, por ejemplo, de “poderes para la creación de normas” (*norm-creating powers*) es ontológicamente sospechoso, en la medida en que, con Raz (1990), entendamos que sería definitorio de tales poderes que “las normas que pueden ser creadas mediante su uso todavía no exist[a]n” (p. 105). Según Rodríguez, esta forma de hablar traería consigo la dificultad de explicar cómo algo que estaríamos inclinados a identificar como una y la misma norma pudiera formar parte de dos (o más) sistemas jurídicos diferentes. A ello se añadiría la dificultad de explicar que, si una norma jurídica es una entidad susceptible de ser creada, entonces ella también pudiera ser “destruida”. Pues, asimismo según Rodríguez, no es en absoluto claro “[e]n qué consistiría ‘destruir’ una norma” (sección 4), sin que parezca plausible, por ejemplo, identificar su posible destrucción con su derogación. Y aún más: si una norma es susceptible de ser destruida, ¿cómo podríamos explicar que “la misma norma” pueda ser nuevamente promulgada?

Las preguntas así planteadas por Rodríguez giran, en lo inmediato, en torno al problema de cómo habría que especificar las *condiciones de identidad* de una norma jurídica cuando esta es categorizada como una entidad abstracta. Esto significa que las respuestas que deban recibir esas preguntas dependerán de los criterios que hayan de ser aplicados para la *individuación* de una norma jurídica, los cuales tendrían que quedar determinados por la categoría de entidad en la que ella consista. De acuerdo con la concepción artefactualista, las normas jurídicas pueden ser categorizadas como artefactos institucionales abstractos. Y no deja de ser oportuno constatar, como lo nota Arriagada en su comentario, que esta categorización guarda un parecido considerable con su caracterización como “artefactos intencionales”, sugerida por Celano (2002, pp. 156-158). A juicio de este, como tales cabría identificar entidades que se corresponderían con “contenidos de sentido” capaces de verse plasmados en algún “soporte material” –sonoro, impreso, etc.–, pero que no podrían ser identificadas con ese eventual soporte; que se distinguirían por poder ser de “aplicada[s] o ejecutada[s]”, mas sin ser identificables con su eventual aplicación o ejecución; y cuya existencia, a

pesar de tratarse de entidades producidas a través de “actos intencionales”, lograría independizarse de los actos que respectivamente las originan.

Esta caracterización resulta enteramente concordante, en lo fundamental, con la conceptualización de los artefactos abstractos asumida en NCAD. Sin embargo, y en contraste con lo sostenido por Celano (2002, p. 158), mi postulación de semejantes entidades artefactuales abstractas está lejos de ser “meramente metafórica”. Eso vuelve pertinente reseñar, con algo más de detenimiento, la concepción de los artefactos culturales abstractos articulada por Thomasson.

4.2. La ontología de los artefactos culturales abstractos

La presentación de esa concepción por parte de Thomasson se apoya, crucialmente, en la impugnación de una premisa que Rodríguez parece asumir implícitamente en su argumentación, y que ella describe como la adopción de una ontología (excluyentemente) bicategorial. De acuerdo con este enfoque, toda entidad tendría que poder ser clasificada bajo una, y solo una, de las siguientes dos categorías: la de las entidades concretas, entendidas como “particulares espaciotemporales”, por un lado, y la de las entidades abstractas “platonistamente concebidas”, por otro (Thomasson, 1999, pp. 37-38).

El compromiso de Rodríguez con semejante ontología bicategorial se hace reconocible en su observación de que, si se asume un criterio de caracterización negativa de las entidades abstractas, de acuerdo con el cual ellas se distinguirían “por no poseer existencia espaciotemporal ni ser susceptibles de relaciones causales” (sección 4), entonces sería “difícil entender cómo podría una entidad abstracta comenzar a existir en cierto momento a partir de la creación de alguien y, eventualmente dejar de existir en otro momento, o depender existencialmente de ciertos acontecimientos empíricos” (sección 4). Esto sugiere que una determinada entidad solo podría o bien ser concreta como lo es, por ejemplo, un objeto físico, y con ello existir espaciotemporalmente, o bien ser abstracta como lo es, por ejemplo, una proposición, estando por ello desprovista de existencia espaciotemporal. Justamente esta última premisa es rechazada por Thomasson (1999), lo cual la lleva a presentar un sistema categorial de carácter multidimensional para

la adopción de “decisiones ontológicas”, esto es, decisiones concernientes a “qué deberíamos admitir en nuestra ontología, y sobre qué bases” (p. 73).

Cabe partir notando que el criterio de caracterización negativa de las entidades abstractas que Rodríguez da por sentado destaca por ser particularmente exigente, en cuanto hace depender el estatus de una entidad como abstracta de la satisfacción de la doble exigencia de que se trate de una entidad desprovista de existencia espaciotemporal y, a la vez, incapaz de relacionarse causalmente con otras entidades.⁴² Ello contrasta con criterios de caracterización igualmente negativa, pero considerablemente menos exigentes, entre los cuales figura el criterio de la (mera) “no-espacialidad”, que según Falguera, Martínez-Vidal y Rosen (2022) podría ser enunciado así: “[u]n objeto es abstracto (si y) solo si él no logra ocupar algo como una determinada región del espacio (o espacio-tiempo)” (p. 30).

Este último sería el sentido en el cual cabría decir que una obra de ficción como *La metamorfosis* de Kafka es una entidad abstracta: la novela en cuestión, en cuanto distinguible de las concretas instancias de reproducción de su texto en los cuales consisten los ejemplares físicos de alguna de sus diferentes ediciones, no ocupa región alguna del espacio-tiempo, lo cual no necesariamente implica que ella carezca de poderes causales, verbigracia, “poderes para afectarnos” como lectores (Falguera, Martínez-Vidal y Rosen, 2022, p. 28). Esto reproduce, de manera enteramente exacta, el criterio de reconocimiento del carácter abstracto de una entidad que Thomasson (1999) entiende apropiado para dar cuenta del sentido en el cual un artefacto cultural como una novela es una entidad abstracta: se trata de “entidades meramente carentes de localización espaciotemporal” (p. 127), pero que pueden exhibir “algunas propiedades temporales como la de [tener un] origen temporal” (p. 127).

⁴² Aunque Rodríguez no entra en el punto, es importante notar que un criterio como el de la “ineficacia causal” enfrenta algunas dificultades considerables, determinadas por la falta de claridad que aqueja a lo que, en ese mismo contexto, habría que entender por “causalidad”; al respecto, Falguera, Martínez-Vidal y Rosen (2022, pp. 32-25). Aludir, como lo hace Rodríguez, a que las entidades abstractas no serían “susceptibles de relaciones causales” (sección 4) supone asumir un entendimiento de las relaciones causales como relaciones cuyos *relata* pudieran corresponderse no solo con *eventos* (o, tal vez, *estados*), sino también con *objetos* de diversa índole, lo cual tendría que descansar en la validación de un concepto “inmanente”, en oposición a “transeúnte”, de las relaciones causales; acerca de esto último, véase Mañalich (2014a, pp. 68-70).

En estos términos, que los artefactos abstractos se distingan por no ocupar alguna región del espacio-tiempo no implica en lo absoluto que aquellos sean “atemporales”, pues se trata de entidades que “son creadas en un tiempo particular [y] en circunstancias particulares, pueden cambiar y pueden a su vez dejar de existir aun después de haber sido creadas” (Thomasson, 1999, p. 38). En este mismo sentido, y contra lo que sugiere Godinho cuando observa que yo defendería la tesis de que las normas jurídicas tendrían una “existencia ‘atemporal’ con dependencia de individuos que están en el espacio y el tiempo” (sección 3), en NCAD se sostiene que una norma jurídica, a pesar de corresponderse con una entidad abstracta, *no* tiene el carácter de una entidad atemporal, justamente en razón de su naturaleza artefactual.

Frente a esto, Rodríguez entiende que solo de entidades concretas, en cuanto espacio-temporalmente localizables, cabría sostener “que ellas pueden ser creadas o destruidas” (sección 4). Piénsese en cuál sería el estatus ontológico atribuible a una novela como *1Q84*, de Murakami. Según Rodríguez, una vez que logramos distinguir la novela, en cuanto tal, del proceso histórico de su composición y recepción, así como de las instancias particulares de reproducción del texto que le brinda su estructura sintáctica, tendríamos que concluir que aquella no es sino un “complejo conjunto de significados concebible”, con lo cual podríamos decir que esa misma novela “existe abstracta y atemporalmente, en un universo parecido a la metáfora que idea Borges en ‘La biblioteca de Babel’” (sección 4). De esto se seguiría que hablar, en referencia a la novela en cuestión, de “su ‘creación’ en cierto momento” no sería más que un modo figurado de aludir al resultado de la aplicación de un “criterio empírico de integración de un cierto conjunto de significados”, lo cual no sería equivalente a afirmar que Murakami es el autor de *1Q84* “en sentido literal”. Pues, para decir que Murakami es, estrictamente hablando, el autor de tal o cual novela, tendríamos que “abandonar la idea de que se trata de una entidad abstracta” (sección 4).

Lo anterior descansa en la adopción de una variante de platonismo en cuanto al estatus ontológico de las obras o creaciones literarias, cuya radicalidad se muestra en que, a juicio de Rodríguez, hablar a su respecto de “obras” o “creaciones” supondría dar un uso no literal, sino más bien metafórico, a estos dos sustantivos. Ello resulta plenamente coherente con la descripción que él nos brinda de aquello en lo que consistiría el proceso

“creativo” –uso las comillas porque esto también tendría que ser, entonces, una metáfora– en el que alguien se involucraría cuando da forma a una obra literaria por la vía de *integrar* un conjunto de significados que habría que reconocer como preexistentes a ese esfuerzo “creativo”. Según Rodríguez, al concebir la historia relatada en *1Q84*, Murakami habría estado “escogiendo oraciones en japonés” (sección 4). La clave está en el uso del verbo “escoger”: al igual como una autoridad legislativa no haría sino *seleccionar* un significado atemporal cuando promulga una norma por la vía de añadirla a un conjunto preexistente de normas precedentemente seleccionadas (y aún no deseleccionadas), el novelista *escogería* una serie finita de oraciones a partir de un universo potencialmente infinito de oraciones para así *integrarlas* de una determinada manera.

Esto último significa que Rodríguez niega que, al dar forma a la novela en cuestión, Murakami haya estado ejerciendo esa específica forma de libertad positiva que Brandom (1979) propone llamar “libertad expresiva”, a saber: la capacidad *creativa* consistente en hacer uso de un lenguaje para “producir oraciones novedosas [*novel sentences*] que la comunidad considerará apropiadas” (pp. 193-194). El carácter distintivamente creativo de este aspecto del uso de cualquier lenguaje natural se manifestaría en que, tal como lo notara Chomsky, “las oraciones que conforman nuestra conversación cotidiana son, en su mayor parte, oraciones que jamás han sido proferidas con anterioridad en la historia del lenguaje” (Brandom, 1979, p. 193). Más precisamente, se trata de que, dejando a un lado la emisión de oraciones o cuasioraciones rutinarias del tipo “te deseo un feliz año nuevo” o “qué alegría lo que me cuentas”, y sin considerar el habla que discurre en modo de citación, “casi toda oración proferida por un hablante nativo adulto es una oración novedosa”, en el sentido de que “*nadie* en la historia del mundo ha oído [o leído] alguna vez esa cadena de palabras” (Brandom 2019, p. 520). Esto resulta incompatible con sostener, como lo hace Rodríguez, que la escritura de *1Q84* por parte de Murakami podría ser descrita como un proceso consistente en un *escogimiento* serial de oraciones del japonés, como si esas oraciones hubieran estado desde siempre allí, disponibles para ser escogidas.⁴³

⁴³ Sobre ello, véase Preston (2022, pp. 27-28), dando cuenta de las objeciones a las que –a pesar del escepticismo ontológico al que suele verse enfrentada la postulación de artefactos abstractos–

4.3. Los artefactos abstractos como entidades dependientes

Para advertir por qué es problemática, en este punto, la tesis así asumida por Rodríguez, puede ser ilustrativo considerar el análisis que, en su esfuerzo por esclarecer las condiciones de identidad de un artefacto cultural como una novela o una pieza dramática, Thomasson ofrece de tres nociones interrelacionadas, pero distinguibles, a saber: las nociones de texto, composición y obra literaria. Si por “texto” entendemos una secuencia de símbolos lingüísticos, entonces podemos decir que “composición” –en el sentido del correspondiente producto, y no del proceso de su producción– designa un texto en cuanto creado por un cierto autor en determinadas circunstancias históricas, en tanto que “obra literaria” denota la correspondiente novela o pieza literaria en cuanto poseedora de ciertas cualidades estéticas y artísticas (Thomasson, 1999, p. 64). Respecto de cada una de las tres nociones así definidas cabría distinguir, a su vez, entre la respectiva entidad abstracta en cuanto tal –esto es, el texto, la composición o la novela–, por un lado, y sus respectivas instancias concretas –esto es, las múltiples impresiones físicas o transmisiones sonoras de un texto, la versión original de una composición y todas sus reproducciones, o los múltiples ejemplares de la misma edición de una novela–, por otro.⁴⁴

Con base en lo anterior sería posible, según Thomasson (1999), enunciar las condiciones de cuya satisfacción dependería, por ejemplo, que dos objetos concretos consistentes en sendos legajos de papel impreso, L_1 y

se ven expuestas las posiciones que identifican el proceso de creación de una obra literaria o musical con uno de “selección e indicación” de estructuras pretendidamente preexistentes.

⁴⁴ Acerca del estatus artefactual de obras literarias o musicales, cabría notar que, en su (seminal) tratamiento más temprano del asunto, Hilpinen (1992, pp. 70-77) se inclinaba por identificar cada una de las instancias concretas de la obra respectiva con un correspondiente artefacto, a partir de una definición (“estricta”) del término “artefactos” como designativo de “objetos físicos que han sido manufacturados para un cierto propósito, o intencionalmente modificados para un cierto propósito” (p. 58), lo cual no le impedía conceder que, en determinados contextos, pudiera problematizarse “la asunción de que los artefactos hechos por artistas son objetos materiales” (p. 70). Posteriormente, él llegó a admitir que, “[o]ntológicamente, un artefacto puede ser [...] un objeto abstracto, por ejemplo, un lenguaje artificial” (Hilpinen, 2011, sec. 2). Detalladamente al respecto, con un argumento a favor de la tesis de “la primacía [temporal, ontológica y conceptual] de los artefactos abstractos” frente a los artefactos concretos, véase Reicher (2022).

L_2 , cuenten como instancias diferentes de una misma composición C , en virtud de pertenecer a una misma *cadena de copia*, pudiendo la relación expresada por el predicado “copia de” ser definida como una relación transitiva: si x es una copia de y , e y es una copia de z , entonces x es una copia de z . Dado esto, para que L_1 y L_2 cuenten como dos instancias diferentes de C sería necesario y suficiente o bien que L_1 sea una copia de L_2 , o bien que L_2 sea una copia de L_1 , o bien que exista alguna instancia de C , L_3 , tal que tanto L_1 como L_2 sean copias de L_3 . A partir de esto, uno podría asumir que, si C exhibe –en una medida suficiente– las propiedades estéticas y artísticas que convierten a un texto en una novela, entonces ello bastará para concluir que L_1 y L_2 necesariamente serían instancias de una misma novela. Pero extraer esta conclusión sería, según Thomasson, precipitado, por cuanto “las obras literarias no son meras cadenas de símbolos, sino que requieren, más bien, de una cierta comunidad de individuos, con las capacidades lingüísticas apropiadas y algunas asunciones de trasfondo, que lean y entiendan la obra literaria” (p. 65).

Para advertir qué está en juego aquí, bastaría con considerar la posibilidad de que una y la misma composición llegara a ser difundida en dos comunidades culturales que, a pesar de estar exclusivamente integradas por hablantes de un mismo idioma, fueran a tal punto diferentes que en una y otra la composición sería tomada y entendida como relatando una historia o trama diferente. Un ejemplo plausible lo encontraríamos en obras alegóricas y paródicas leídas en épocas de censura: “[u]na y la misma composición puede proveer una agradable fábula animal para niños”; a la vez que “una crítica política y un llamado a la insurrección para los rebeldes” (Thomasson, 1999, p. 65-66).

Es la radical dependencia que el carácter de una obra literaria muestra tener respecto de las claves culturales que convierten a la respectiva composición en esa obra literaria y no otra lo que Borges (2002) explora al presentarnos la historia de Pierre Menard, novelista que, ya entrado el siglo XX, decide acometer la titánica tarea de crear no “otro Quijote”, sino “el *Quijote*”, reproduciendo al pie de la letra el texto compuesto por el manco de Lepanto.⁴⁵ Entre otras cosas, el narrador nos recuerda que, en el capítulo

IX de la primera parte de la novela de Cervantes, se lee “... la verdad, cuya madre es la historia, émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir”, pasaje que, redactado en el siglo XVII, no expresaría más que “un mero elogio retórico de la historia” (Borges, 2002, p. 59). En la prosa de ese “contemporáneo de William James” que es Menard, en cambio, el pasaje correspondiente nos transmite que la verdad histórica “no es lo que sucedió; es lo que juzgamos que sucedió”, de lo cual serían indicativas sus “descaradamente pragmáticas” cláusulas finales (Borges, 2002, p. 59).

La moraleja tendría que ser clara: en qué consista una obra literaria como *El Quijote*, no es algo que pueda reducirse a un conjunto de oraciones pretendidamente escogidas desde un banco atemporal de oraciones, pues el significado que esas oraciones *lleguen a tener* no es independiente de la contribución que los lectores hacen en cuanto a que la correspondiente composición se convierta en esa obra literaria. En la terminología favorecida por Thomasson, ello es una manifestación de que, como cualquier artefacto cultural, una obra literaria tenga el estatus de una entidad “dependiente”. Esto quiere decir que se trata de una entidad cuya existencia depende de la existencia de otras entidades. Por supuesto, las características que exhiba la dependencia existencial de una entidad artefactual variarán según de qué clase de artefacto se trate (Thomasson, 1999, pp. 24-34). Así, por un lado, esa dependencia puede ser “rígida” o “genérica”, según si la entidad soportante se identifica con una particular entidad individual o, en cambio, con cualquier entidad de un cierto género. Por otro lado, la dependencia puede ser “constante”, si la existencia de la entidad en cuestión está anclada a la existencia de alguna otra entidad en cada punto de tiempo en el cual la primera existe, o “histórica”, si (únicamente) el inicio de su existencia está atado a la existencia de alguna otra entidad.

Sobre esta base, lo distintivo de todo artefacto –sea concreto o abstracto– se encontraría en su dependencia *histórica* respecto de determinados estados intencionales de su o sus creadores.⁴⁶ Pues en esto consistiría que un artefacto pueda, en general, ser caracterizado como el *producto* de

⁴⁶ Nótese que esta es la única relación de dependencia que Celano (2002, p. 157) tematiza en su caracterización de lo que él denomina “artefactos intencionales”; *supra*, 4.1.

la actividad desplegada por uno o más seres inteligentes.⁴⁷ Tratándose de artefactos abstractos, su existencia necesitaría satisfacer, además, una condición de dependencia constante y genérica respecto de algún conjunto de estados mentales atribuibles a sujetos cuyo despliegue de intencionalidad colectiva sirva de soporte a la existencia continua de esos mismos artefactos. Sin embargo, y tal como se constata en NCAD, Thomasson (1999, pp. 129-130) introduce una distinción entre dos subcategorías de artefactos abstractos, en consideración a la diferente forma que tomaría la condición de dependencia histórica a la que quedaría asociado el inicio de su existencia. Así, un artefacto abstracto como una obra literaria o musical mostraría tener una dependencia histórica *rígida* respecto de ciertas actitudes intencionales de quien o quienes aparecen como sus creadores. En contraste con esto, un artefacto igualmente abstracto como una “ley estatal” se distinguiría por exhibir una dependencia histórica puramente *genérica* respecto de algún conjunto de actitudes intencionales, lo cual llevaría a que, “[a] lo menos en un sentido”, sea concebible que dos o más estados distintos compartan “una misma ley” (Thomasson, 1999, p. 130). Y esto último sería perfectamente compatible con que una ley estatal exhiba una dependencia constante, asimismo genérica, respecto de algún conjunto de actitudes intencionales consistentes en su *aceptación* por parte de los integrantes de algún grupo social, pudiendo esa aceptación ser directa o indirecta.

4.4. Las normas jurídicas como artefactos institucionales

La categorización de las normas jurídicas consistentes en “leyes estatales” como artefactos abstractos cuya dependencia histórica y constante respecto de determinados estados mentales se distinguiría por ser puramente genérica nos deja en condiciones de resolver el doble problema planteado por Rodríguez en lo tocante a los criterios de individuación de una norma

⁴⁷ Más precisamente, y según observa Hilpinen (1992, pp. 59-60), un artefacto puede ser entendido como el *producto* de una acción, en la medida en que esa acción tenga como *resultado* que ese artefacto empiece a existir.

jurídica, por un lado, y al sentido en el cual cabría decir que una norma jurídica es susceptible de ser “creada” y “destruida”, por otro.

Tal como se sostiene en NCAD, las normas jurídicas pueden ser entendidas, más precisamente, como artefactos *institucionales* abstractos. Para advertir qué implicaciones tiene esto, piénsese en las condiciones que tendrían que satisfacerse para que podamos decir que existe una corporación (tomando aquí “corporación” como sinónimo de “persona jurídica”). Que una corporación admita ser entendida como una “persona artificial” (Kurki, 2023, pp. 41-47), quiere decir que su estatus ontológico es el de un artefacto. El carácter *institucional* del artefacto en el que consiste una corporación radica, según Searle (2010, pp. 93-100), en que las condiciones de cuya satisfacción depende que una corporación cobre existencia, y siga existiendo, son condiciones fijadas por una o más reglas constitutivas, las cuales funcionan como “declaraciones permanentes” y cuya estructura queda expresada por la fórmula canónica “X cuenta como Y en C”: dándose las circunstancias que conforman el contexto C, aquello que es designado por “X” exhibe la función de estatus especificada por el término “Y”.

En lo que ahora interesa, el carácter *abstracto* del artefacto institucional en el que consiste una corporación es el reflejo de que, bajo la formulación de la regla constitutiva que basalmente instituye la correspondiente función de estatus, el término “Y” se comporte como un término “independiente” (*freestanding*), en el sentido de que la función de estatus así designada no es impuesta sobre algo que, de manera preexistente, hubiera sido identificable como designado por el término “X” (Searle, 2010, p. 100). Esto último es distintivo de las reglas constitutivas que Thomasson (2003) propone llamar “existenciales”, las cuales “introducen el cuantificador existencial en el contexto intensional de la aceptación colectiva”, posibilitando “la creación de nuevos objetos sociales, y no simplemente la aplicación de nuevos estatus sociales a objetos físicos [ya] existentes” (pp. 282-283). Así, y en virtud de la satisfacción de las condiciones fijadas por las correspondientes reglas constitutivas, podrá cobrar existencia una entidad abstracta previamente inexistente, la cual, según observa Searle (2010), “existirá ‘perpetuamente’ a menos que se den ciertas condiciones adicionales” (p. 97).

Según lo sugiere Thomasson (2003, p. 283), sería este mismo andamiaje el que sustentaría la “creación” de una ley a través del ejercicio de las potes-

tades legislativas de un Estado. Esto hace posible desestimar la objeción de Rodríguez en cuanto a que, para hacer inteligible que, entendida como una entidad abstracta, una norma jurídica pudiera ser creada, tendríamos que asumir que las entidades abstractas sí serían “susceptibles de relaciones causales” (sección 4). Más allá de la oscuridad que, a mi juicio, afecta a esta forma de hablar,⁴⁸ aquí es suficiente observar que, entendida como la creación de un artefacto institucional, la producción de una norma jurídica no puede ser asimilada al ejercicio de un “poder causal”. Pues, dado su estatus de artefacto institucional, la producción de una norma jurídica a través de su correspondiente promulgación legislativa se corresponderá, en la terminología de Searle (2010, pp. 35-38), con la ejecución de una acción “*constitutivamente* compleja”, y no, en cambio, con la ejecución de una acción “*causalmente* compleja”.

Pero de lo recién dicho no se sigue que la existencia de una norma jurídica solo pudiera corresponderse con el resultado de semejante acto promulgatorio. Una implicación fundamental de la comprensión de los sistemas jurídicos como sistemas institucionalizados consiste en que el hecho de que una cierta norma tenga estatus jurídico es función de que ella pertenezca a algún sistema jurídico momentáneo que forme parte de la serie (dinámica) en la que consiste, según la terminología favorecida por Alchourrón y Bulygin, el respectivo “orden jurídico” (Rodríguez, 2021, pp. 432-444).⁴⁹ En cuanto sistema institucionalizado, un sistema jurídico

⁴⁸ *Supra*, nota 42.

⁴⁹ Pues, como observa Raz (1980, pp. 187-189), sin prestar atención a la relación existente entre tal sistema momentáneo y el correspondiente sistema “no momentáneo” no puede analizarse qué determina que el respectivo sistema momentáneo tenga el carácter de un sistema *jurídico* momentáneo. Al respecto, me limito a hacer dos observaciones. En primer lugar, es claro que, por las razones expuestas por Rodríguez (2021, pp. 433-434), esa relación debe ser formalmente entendida de acuerdo con el modelo de la *pertenencia*, y no con el modelo de la *inclusión*: los diferentes sistemas momentáneos sucesivamente conforman la secuencia o serie en la que consiste el sistema no momentáneo, sin que este último pueda ser entendido como un conjunto del cual aquellos serían subconjuntos. En segundo lugar, reconocer la necesidad de asumir una caracterización dinámica del derecho, según correctamente lo enfatiza Rodríguez (2021, pp. 490-494), no implica conceder que la atribución de carácter jurídico a la secuencia en la que consista el correspondiente orden jurídico necesariamente dependería de que el sistema momentáneo originario contenga, a lo menos, una regla de cambio que habilite a la promulgación de una “norma coactiva”. Pues nada parece hablar en

normalmente instituirá órganos creadores de derecho y órganos aplicadores de derecho, sin que pueda asumirse, empero, que todas las normas que, en algún punto de tiempo, compongan el respectivo sistema jurídico (momentáneo) habrán sido creadas por algún órgano creador de derecho. Según Raz (1980), una de las características distintivas de lo que identificamos como un sistema jurídico es que este instituya uno o más “órganos primarios”, que queden habilitados para “reconocer, directa o indirectamente, explícita o implícitamente” (pp. 192-193), todas las normas que pertenecen al respectivo sistema momentáneo. Y nada obsta a que, en determinadas ocasiones, semejante órgano primario dé aplicación a una norma que no haya existido con anterioridad al reconocimiento conferido por el correspondiente acto de aplicación. Con ello, una norma jurídica puede verse creada a través de su reconocimiento, por parte del correspondiente órgano primario, como perteneciente al sistema jurídico del que se trate.⁵⁰ Esto explica que los órganos primarios admitan ser entendidos como instituciones “que combinan el hacer normas [*norm-making*] y el aplicar normas” (Raz, 1990, p. 134).

La centralidad de la actividad reconocitiva de tales órganos primarios para la identidad del sistema jurídico en cuestión también se manifiesta en que, para que una norma pueda ser entendida como perteneciente al sistema de cuya identificación se trate, en virtud de haber sido producida por un órgano de creación –por ejemplo, a través del ejercicio de una potestad legislativa–, lo decisivo será que el poder normativo ejercido por ese órgano de creación pueda entenderse conferido por una o más normas que los órganos primarios reconocen como pertenecientes al sistema jurí-

contra de privilegiar, exclusivamente, los atributos estructurales que Raz (1990, pp. 149-162) asocia a la “comprehensividad”, a la “pretensión de autoridad suprema” y a la “apertura”, en contraste con lo cual, tal como Raz mismo lo sugiere, el atributo de la coercitividad no sería conceptualmente necesario, a pesar de ser sociológicamente insoslayable.

⁵⁰ Como también observa Raz (1980, p. 67), a propósito de la posibilidad de la producción judicial de derecho bajo una práctica de formación y seguimiento de precedentes, ello no necesariamente depende de que esta forma de creación de normas sea epistémicamente transparente para los respectivos órganos primarios. Acerca de la posibilidad de que la *creación* (intencionada) –distinguida de su mera *generación* (no intencionada)– de entidades institucionales pueda ser “epistémicamente opaca” para los sujetos cuyas actitudes intencionales les sirven de soporte, véase Thomasson (2003, pp. 278-283).

dico momentáneo del que se trate (Raz, 1980, pp. 195-196). Esto sugiere que el respectivo “criterio de pertenencia” tendría que manifestarse en la práctica reconocitiva de los órganos primarios. Y es la función de servir como semejante criterio de pertenencia lo que, en terminología hartiana, distingue a la “regla de reconocimiento última” que determina la identidad del respectivo sistema jurídico. Bajo una concepción artefactualista de los sistemas jurídicos como (macro)artefactos institucionales, ello exige asumir que, contra la reconstrucción favorecida por Raz (1980, pp. 197-200), la regla de reconocimiento última tiene el carácter de una regla constitutiva,⁵¹ la cual necesita coexistir, empero, con una ulterior regla constitutiva que, aceptada por (buena parte de) quienes conforman el correspondiente grupo social, atribuya el estatus institucional de funcionarios oficiales a los órganos primarios en cuya actividad ha de manifestarse la aceptación de esa regla de reconocimiento última (Burazin, 2015, pp. 121-126).

4.5. La existencia y la identidad de las normas jurídicas como artefactos institucionales abstractos

De acuerdo con lo recién planteado, una norma jurídica puede ser entendida como una entidad *históricamente* dependiente de su reconocimiento como perteneciente a algún sistema jurídico de acuerdo con el criterio de pertenencia provisto por la correspondiente regla de reconocimiento última. A partir de la distinción ya introducida, empero, ello no implica que se trate de una entidad *constantemente* dependiente de su reconocimiento como perteneciente al respectivo sistema jurídico. Pues las actitudes intencionales respecto de las cuales una norma jurídica pudiera ser constantemente dependiente podrían ser distintas de la actitud consistente en su reconocimiento como una norma actualmente permanente a tal o cual sistema jurídico.

⁵¹ Una célebre defensa de esta tesis, aunque a partir de una caracterización de las reglas constitutivas como “reglas conceptuales”, es brindada por Bulygin; véase Alchourrón y Bulygin (2021, pp. 409-416). Sobre el problema, véase también Rodríguez (2021, pp. 472-487).

Así, por ejemplo, el hecho de que una norma jurídica sea derogada –en el sentido de “despromulgada”– se traducirá en que esa norma ya no pueda ser reconocida como perteneciente al sistema jurídico momentáneo resultante de ese acto de derogación, lo cual es compatible con que la *persistencia* de esa misma norma jurídica resulte indicada por algún criterio de aplicación instituido por alguna norma sí reconocida como perteneciente a ese mismo sistema. Esto ocurre, trivialmente, cada vez que una norma de sanción penal (NS_1) es derogada a través de un acto legislativo que, al mismo tiempo, promulga alguna otra norma de sanción (NS_2) que penaliza más severamente aquello que resultaba penalizado por la norma ahora derogada. Si entre las reglas que fijan los criterios de identificación de las normas aplicables al caso sometido al conocimiento del respectivo tribunal figura una regla que impida dar aplicación con efecto retroactivo a NS_2 , en consideración a su carácter comparativamente desfavorable, y si el correlato de ello sería que, de acuerdo con las reglas de aplicabilidad pertinentes, el tribunal tuviera que dar aplicación –“preteractiva”, en la terminología de Bascuñán (2022, pp. 335-337)– a NS_1 , por tratarse de la norma de sanción que pertenecía al respectivo sistema jurídico momentáneo cuando fue perpetrado el delito imputado, entonces el sistema jurídico momentáneo bajo el cual el tribunal ha de seleccionar las normas aplicables al caso hace reconocible la persistencia de NS_1 , a pesar de tratarse de una norma que actualmente no pertenece a ese mismo sistema. Esto sugiere que, contra lo asumido por Buylgin (Alchourrón y Bulygin, 2021, p. 232), es altamente problemático identificar la “vida o existencia de una norma” con “la secuencia de todos los momentos temporales externos en los cuales esa norma pertenece a algún sistema jurídico”.

Lo anterior tendría que bastar para despejar la objeción de Rodríguez en cuanto a que sería implausible identificar la derogación de una norma jurídica con un acto resultante en su “destrucción”. De acuerdo con el argumento recién presentado, la caracterización de una norma jurídica como un artefacto institucional abstracto es compatible con el reconocimiento de que una norma jurídica no necesariamente deja de existir por el hecho de ser derogada. Y lo mismo tendría que valer respecto de una norma que, habiendo sido legislativamente promulgada, con posterioridad es objeto de una declaración de inconstitucionalidad. Como bien observa Rodríguez,

tal declaración de inconstitucionalidad no podría ser plausiblemente caracterizada como un acto consistente en “destruir” la norma en cuestión, sino más bien en “declarar que [esta] *nunca fue creada* válidamente” (sección 4).

¿Resulta esto incompatible con la consideración de que, si esa misma norma hubiera llegado a ser aplicada con anterioridad al correspondiente acto de invalidación, sería absurdo negar que tuvo –o tal vez: todavía tiene– existencia? Para advertir que la respuesta tendría que ser negativa, hay que reparar en que, si se la concibe como un artefacto institucional, el hecho de que una norma jurídica exista tiene que ser concebido, a su vez, como un hecho institucional, y no como un hecho bruto, lo cual equivale a decir: como un hecho dependiente de la satisfacción de condiciones establecidas por una o más reglas constitutivas. Y mientras más estructural y funcionalmente complejo sea un sistema jurídico, más probable será que, como lo ha notado Bascañán (2022, pp. 344-345) a propósito del problema de la conexión entre la pertenencia de una norma a un sistema jurídico y su aplicabilidad temporalmente condicionada, la tematización de la existencia de una norma jurídica pueda quedar asociada a una multiplicidad de criterios funcionalmente diversos.

Con ello, nada paradójico hay en que pueda atribuirse existencia a una norma jurídica por el hecho de haber sido reconocida como perteneciente a un sistema jurídico por parte de uno o más órganos primarios, a pesar de que el acto de promulgación de esa misma norma haya estado afectado por un vicio de validez de acuerdo con una o más reglas constitutivas asimismo reconocidas por esos órganos como pertenecientes al sistema jurídico en cuestión. Esto último sólo podría generar perplejidad si uno asumiera, contra el convincente argumento ofrecido por Rodríguez (2021, pp. 452-458), que la única manera admisible de reconstruir la estructura jerárquica de los sistemas jurídicos considerados dinámicamente sería la provista por el modelo del orden jurídico “depurado”, según el cual en ninguno de los sistemas momentáneos que conforman la serie en la que consiste el correspondiente orden jurídico “existirían inconsistencias entre normas emanadas de órganos de diferente jerarquía” (p. 456). Si se asume, en cambio, el modelo del orden jurídico “no depurado”, entonces nada obstaría a reconocer que un mismo sistema jurídico momentáneo pudiera quedar conformado por normas entre las cuales se dé una inconsistencia

susceptible de ser resuelta, *ex post*, a través de la aplicación del criterio de la jerarquía. Y esto bastaría, verbigracia, para hacer inteligible la existencia de una norma jurídica cuya promulgación legislativa haya sido inconstitucional (Rodríguez, 2021, p. 457-458, 465-466).

Ahora puedo responder las dos preguntas que, según ya se observara, Rodríguez presenta como capaces de comprometer la viabilidad teórica de la categorización de las normas jurídicas como artefactos abstractos.⁵² ¿Cómo cabría dar cuenta de que una norma jurídica pueda empezar a existir en algún momento y dejar de existir en otro momento? Ya he explicado que una norma jurídica puede ser entendida como una entidad genérica y constantemente dependiente de actitudes de aceptación que brindan su soporte existencial a un conjunto más o menos complejo de reglas constitutivas en conformidad con las cuales, a su vez, esa norma llega a pertenecer a un determinado sistema jurídico, pasando a contar, de ahí en más, como susceptible de ser tratada como aplicable o inaplicable a tal o cual caso, como susceptible de derogación o aun de invalidación, entre otras posibilidades. De acuerdo con esto, una norma jurídica podría dejar de existir, desde luego, si se disolviera íntegramente esa relación de dependencia genérica y constante, lo cual admitiría ser descrito como la “destrucción” del respectivo orden jurídico; pero también si el contenido de las correspondientes actitudes de aceptación se viera a tal punto transformado que esa norma jurídica *ya* no pudiera seguir siendo identificada en lo absoluto como tal.⁵³

Menos dramáticamente, una norma jurídica también puede dejar de existir si, de acuerdo con las condiciones establecidas por el conjunto de reglas constitutivas incidentes en la identificación tanto de las normas pertenecientes al respectivo sistema jurídico como de las normas aplicables por los órganos instituidos por las normas de ese mismo sistema, el hecho de su derogación quedara coetánea o sucesivamente acompañado de circunstancias que, bajo esas mismas reglas, privaran de todo posible efecto jurídico a su invocación por parte de siquiera uno de sus órganos. Tra-

⁵² *Supra*, 4.1.

⁵³ En los términos de Burazin (2015, pp. 122-123), ello equivaldría a que opere un cambio en el “concepto colectivo”, implícita o prácticamente manejado por quienes conforman el respectivo grupo social, que determina la “naturaleza” del respectivo sistema jurídico (dinámicamente entendido).

tándose de un sistema jurídico que someta la aplicación de las normas de sanción penal a una garantía de irretroactividad, ello puede darse cuando la derogación de una o más de tales normas adopta la forma de una decisión de *descriminalización*, en los términos en que Godinho hace referencia a esta posibilidad en su comentario. Por supuesto, decir que en tal situación la o las normas jurídicas así suprimidas han sido “destruidas” resulta idiomáticamente extraño. Pero ello sólo se debe a que, en el habla cotidiana, el verbo “destruir” tiende a ser usado para aludir a la supresión de la existencia de objetos concretos, que ocupan alguna región del espacio-tiempo.

¿Y cómo cabría dar cuenta de la posibilidad de que una misma norma jurídica pertenezca, sincrónica o diacrónicamente, a los sistemas jurídicos de dos (o más) Estados diferentes? Que Thomasson (1999, p. 130) introduzca la matización de que esa posibilidad se dejaría afirmar “a lo menos un sentido”, sugiere que la solución del problema tendría que depender de cuán fino o grueso sea el criterio de individuación que entendamos incrustado en el concepto sortal expresado por el sintagma “norma jurídica”. Así, si entendemos que lo que confiere su carácter de tal a una norma jurídica es su pertenencia a alguno de los sistemas momentáneos que conforman la serie dinámica en la que consiste un determinado orden jurídico, entonces tendríamos que decir que, si la norma N_x es reconocida como una norma jurídica en virtud de su pertenencia a un sistema jurídico asociado al Estado E_1 , mientras que la norma N_y lo es en virtud de su pertenencia a un sistema jurídico asociado al Estado E_2 , entonces N_x y N_y jamás podrían ser una y la misma norma jurídica en sentido numérico. En este sentido, y adaptando lo observado por Alchourrón y Bulygin (2021, pp. 685-686), estaríamos tratando la existencia de una norma jurídica como relativa al grupo social (discreto) conformado por aquellos individuos cuyas actitudes le sirven de soporte existencial indirecto. Pero esto es perfectamente compatible con que, haciendo abstracción de la propiedad que cada una de ellas exhibiría en cuanto perteneciente a un sistema jurídico distinto, pudiéramos establecer que N_x y N_y son cualitativamente indistinguibles, lo cual tendría que verse reflejado en que ellas pudieran ser enunciadas a través de una y la misma formulación lingüística. Y en *este* sentido ciertamente podríamos decir, entonces, que a los sistemas jurídicos asociados a E_1 y a E_2 pertenece, o ha pertenecido, una misma norma.

5. Las normas de comportamiento punitivamente reforzadas como razones artificiales para la acción

5.1. Las normas de comportamiento como artefactos deónticos

Hasta aquí, mi defensa de la concepción artefactualista de las normas jurídicas frente a las objeciones levantadas por Rodríguez ha estado centrada en el estatus artefactual atribuible, en general, a toda norma jurídica. Sin embargo, el foco del argumento presentado en NCAD está puesto en la especificidad de aquellas normas jurídicas que tienen el carácter de reglas regulativas, consistentes en prohibiciones o requerimientos de determinadas formas de comportamiento, dado que son normas de esta última clase aquellas cuya trasgresión puede resultar penalizada bajo alguna norma de sanción penal. Y es la “relación punitiva” (Raz, 1980, pp. 24, 155-156) existente entre tales normas primarias de comportamiento y las correspondientes normas secundarias de sanción lo que resulta explicitado a través del modelo dualista –o “estándar”– para la reconstrucción de los sistemas de derecho penal.

A propósito de un punto levantado por Godinho puede ser oportuno notar que, como tesis general acerca del estatus ontológico de las normas jurídicas, la concepción artefactualista no es dependiente de la adopción de semejante modelo dualista. En efecto, las normas de sanción penal también admitirían ser entendidas como artefactos institucionales abstractos si, en contraste con el modelo dualista y de la mano de un modelo “alético”, se rechazara la postulación de normas de comportamiento como normas primarias reforzadas por aquellas. Antes bien, la diferencia radicaría en la función que, bajo tal modelo monista, tendría que ser atribuida a las normas de sanción penal. Bajo un modelo alético –en oposición a *deóntico*– como el presentado por Hoyer (1996, pp. 58-61), las normas de sanción penal tienen que ser entendidas como reglas cuya función se reduciría a desincentivar la realización de determinadas formas de comportamiento, proveyendo una razón prudencial para la evitación de un comportamiento al cual esa misma norma asocia la imposición de la consecuencia perjudicial en la que consistiría la eventual sanción. En los términos de una tesis artefactualista acerca de la ontología de las normas jurídicas, cabría decir que, bajo tal modelo alético,

las normas de sanción penal tendrían el carácter de artefactos (puramente) “desincentivadores”.

Por las razones expuestas en NCAD, y que Rodríguez recapitula en la sección inicial de su comentario, pienso que tal modelo monista no logra ofrecer una reconstrucción plausible de la estructura y la operación de los sistemas de derecho penal. Pero ello no pasa por cuál sea el estatus ontológico que, en general, haya de ser atribuido a las normas jurídicas, sino por cómo han de ser funcionalmente caracterizadas las normas de sanción penal. Un aspecto crucial de esto concierne a que, como lo advierte Raz (1990, pp. 161-162), no es posible explicar satisfactoriamente la normatividad del derecho si se la pretende reducir a su coercitividad. Y es justamente esta preocupación pragmática la que, tal como ello es reconocible en la obra de Binding, motiva el compromiso ontológico que el partidario de un modelo dualista asume al postular normas de comportamiento cuya trasgresión pueda resultar fundante de punibilidad bajo una o más normas de sanción.

5.2. ¿Circularidad de la caracterización de las normas de comportamiento como razones para la acción?

Lo anterior se conecta con la función que, bajo un modelo dualista, tendría que ser atribuida a las normas de comportamiento susceptibles de ser reforzadas por algún conjunto de normas de sanción penal. Según se sostiene en NCAD, aquellas pueden ser entendidas como artefactos *deónticos*, en el sentido de que su función es servir como razones externas para la acción. Siguiendo a Von Wright (1983, pp. 54-55), esto último quiere decir que la norma en cuestión funciona como un “desafío simbólico”, cuya eventual internalización como motivo se expresará en su reconocimiento como premisa vinculante. Con ello, la internalización contingente de la norma por un agente consiste en que este la convierta en la premisa mayor de un silogismo práctico, cuya conclusión tendría que consistir en la omisión o ejecución intencional de una cierta acción.

Frente a esto, Rodríguez esgrime la siguiente objeción: en la medida en que rol así atribuido a una norma de comportamiento sería el propio de una razón *justificativa*, en oposición al de una razón *explicativa*, y con

cargo a que “al construir un razonamiento práctico lo que se pretende es justificar una cierta conclusión normativa respecto de una acción” (sección 4), apelar a la noción de razón para la acción para explicar en qué consistiría una norma de comportamiento sería ofrecer una pseudoexplicación viciosamente circular. Esto, porque “[t]oda razón justificatoria completa debe contener como componente operativo una norma que determine la calificación normativa o el valor que posee la acción para la cual constituye una razón”, con lo cual “la noción de norma no puede caracterizarse a partir de la noción de razón justificatoria para la acción, sino que las cosas son precisamente a la inversa” (sección 4). Para mostrar que esta objeción resulta desencaminada, debo partir haciendo explícitas dos premisas interrelacionadas, y problemáticas, sobre las cuales reposa la objeción de Rodríguez.

La primera premisa consiste en la asunción de que habría una divergencia categorial entre lo que puede ocupar el lugar de una razón justificativa, por un lado, y lo que puede ocupar el lugar de una razón “explicativa o motivadora”, por otro. Así, mientras que sería “natural suponer que una razón motivadora es un estado psicológico”, como razón justificativa sólo podría venir en consideración algo que pueda tomar el rol de una “premisa evaluativa o normativa” (sección 4), siendo esto último lo que, en el contexto de su argumento, Rodríguez identifica con una norma. Aunque él no lo hace explícito, ello compromete a Rodríguez con la tesis de que una norma jurídica –y en general una norma social– jamás podría ocupar el lugar de una razón motivadora, puesto que una norma jurídica no puede corresponderse con un estado psicológico del agente. Rodríguez vincula esto último con la defensa de una concepción *internista* de lo que puede fungir como semejante razón motivadora, en virtud de que “parecería ser parte de lo que significa el que una razón tenga la aptitud de explicar el comportamiento de un agente que el tener esa razón es un hecho acerca del agente” (sección 4).

Tal como Rodríguez lo advierte, esto supone abrazar lo que Smith (1994, pp. 92-129) presenta como “la teoría humeana de la motivación”. Para lo que aquí interesa, sin embargo, es crucial que Smith al mismo tiempo abogue por un rechazo de una “teoría humeana de las razones normativas” (pp. 130-181). Y no deja de tener importancia notar que, al asumir este dualismo categorial entre razones de una y otra índole, Smith explícitamente sostenga, echando mano al vocabulario de la *Grundlegung*

de Kant, que los requerimientos fundados en razones normativas tendrían el carácter de “imperativos categóricos”, y no de “imperativos hipotéticos” (pp. 174-175). En los términos sugeridos por Brandom (2001, pp. 89-92), esto quiere decir que, en lo concerniente a lo que puede desempeñar el rol de una razón motivadora, Smith adhiere a un “totalitarismo humeano”, en tanto que, respecto de lo que puede desempeñar el rol de una razón justificativa, él suscribe lo que, por simetría, uno podría llamar un “totalitarismo kantiano”.

El argumento presentado en NCAD descansa en el rechazo de un dualismo categorial como el defendido por Smith. Por supuesto, esto no significa desconocer que es diferente aludir a una razón como una razón justificativa y aludir a ella como una razón motivadora. El punto es, más bien, que esa diferencia no necesita estar determinada por una supuesta dualidad en lo tocante a las clases de entidades a las que podría aludirse cuando el término “razón” es usado en uno u otro sentido. Antes bien, la diferencia entre invocar algo como una razón justificativa e invocarlo como una razón motivadora se reduce, basalmente, a la diferencia entre indicar una razón que un agente efectivamente tiene, o tenía, para hacer o no hacer algo, por un lado, e indicar una razón que explica que un agente haya hecho o no haya hecho algo, por otro. Se trata de la distinción entre una “razón *con* la cual” alguien actúa, cuando el agente hace algo en concordancia con la razón en cuestión, y una “razón *por* la cual” alguien actúa, cuando el agente hace algo estando motivado por la razón en cuestión (Brandom, 2001, pp. 83-84). Un enfoque como este resulta compatible con una tesis pluralista acerca de las clases de entidades que pueden desempeñar el rol de una razón para la acción. Y esto ofrece un punto de apoyo decisivo para rechazar la tesis que proclama la “unidad” del dominio de las razones prácticas (no prudenciales) y para dar cuenta, así, de la inteligibilidad de una caracterización de la normatividad del derecho como una normatividad autónoma.⁵⁴

A partir de un enfoque como el recién esbozado, ningún misterio circunda a la posibilidad de que una razón que un agente A efectivamente tiene para hacer o no hacer X sea, al mismo tiempo, la razón por la cual A

hace o no hace X. Ahora bien, que R sea la razón por la cual A ha hecho X, equivale a que R haya ocupado el lugar de la premisa mayor de un silogismo práctico cuya conclusión haya consistido en un hacer (intencionalmente) X por parte de A. Esto nos lleva directamente a la segunda premisa problemática sobre la que reposa la objeción de Rodríguez, y que atañe a su particular entendimiento de lo que sería un “razonamiento práctico”.

Para dar forma a su objeción, Rodríguez introduce la aparentemente inocua premisa de que, “al construir un razonamiento práctico[,] lo que se pretende es *justificar* una cierta conclusión normativa respecto de una acción” (sección 4). El problema está en que, al menos en el sentido en que la expresión es usada en NCAD, en concordancia con el canon bibliográfico inaugurado por Anscombe y Von Wright mediante su recuperación de la correspondiente noción aristotélica, por “silogismo práctico” no puede entenderse una inferencia conducente a una “conclusión normativa respecto de una acción” (sección 4). Pues lo que confiere carácter práctico a la inferencia en cuestión es que su conclusión exhiba, en palabras de Von Wright (1983, pp. 4-6), la marca de una “necesidad práctica subjetiva”, lo cual sólo es compatible con que su conclusión consista en la ejecución u omisión intencional de una cierta acción, o bien –de acuerdo con una importante matización introducida por Davidson (2001b, pp. 96-102)– en la formación de una intención de ejecutar u omitir una acción.⁵⁵ Esto explica que una inferencia auténticamente práctica solo pueda estar construida desde la perspectiva de la primera persona, lo cual lleva a que, como sugiere Von Wright (1983, pp. 5-6), una inferencia pretendidamente práctica construida desde la tercera persona admitiría ser caracterizada, más bien, como una inferencia *teórica* concerniente a un asunto práctico.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, yo no discreparía de lo dicho por Rodríguez en cuanto a que, para construir una inferencia deductiva cuya conclusión sea “genuinamente normativa” (sección 4), como premisa de esa inferencia tendría que figurar algo que, en un sentido suficientemente laxo, podamos llamar una “norma”. El punto es, más bien,

⁵⁵ Para una presentación del modelo del silogismo práctico en la forma de un esquema de fundamentación de deberes de abstención o de acción a partir de normas, véase Mañalich (2018, pp. 104-117).

que una inferencia de esa índole no ejemplifica el paradigma de silogismo práctico sobre el cual se apoya la conceptualización de las razones para la acción que presento en NCAD. De acuerdo con el enfoque pluralista antes esbozado, lo que puede ocupar el lugar de una razón para la acción no necesita corresponderse con algo que, en un sentido no trivial, hubiera de ser etiquetado como una “norma”. Así, y contra lo que Rodríguez sostiene siguiendo a Finnis (2008), como razón justificativa de una acción consistente en tomar un paraguas antes de salir a la calle cuando afuera está lloviendo no es en absoluto necesario invocar la “premisa evaluativa o normativa” (sección 4) consistente en que “mojarse es malo para la salud”. Asumir que solo invocando una premisa de esta índole estaríamos identificando un “título legitimador” para la ejecución de tal acción supone desconocer que, como lo ha mostrado Brandom (2001, pp. 91-92), es perfectamente inteligible que coexistan múltiples patrones de razonamiento práctico, cada uno de los cuales codifique algún género de “deber-ser racional” (*rational ought*), verbigracia, y entre otros: el de un deber-ser *prudencial*, el de un deber-ser *institucional*, y el de un deber-ser *incondicional* (o categórico).

Lo anterior es suficiente para advertir que mi caracterización de las normas jurídicas de comportamiento como artefactos deónticos no está aquejada por la circularidad explicativa denunciada por Rodríguez. Si, en cuanto norma jurídica, una norma de comportamiento tiene el estatus ontológico propio de un artefacto institucional abstracto, entonces no es en absoluto superfluo, ni menos explicativamente ocioso, caracterizarla –en contraposición, por ejemplo, a una norma jurídica de tipo constitutivo– como un artefacto institucional abstracto cuya función es la de servir como una razón para la acción. Según lo ya sugerido, lo distintivo de semejante norma será que un silogismo práctico estructurado a partir de su reconocimiento como premisa vinculante codificaría, en los términos de Brandom, un deber-ser institucional.⁵⁶

⁵⁶ De ahí que sea problemático el intento de Muffato (2022, pp. 215-218) por apoyar el rechazo de la categorización de las normas jurídicas como *entidades* en la impugnación que Brandom (1994, pp. 18-30) ofrece tanto de una estrategia “regularista” como de una estrategia “regulista” para explicar en qué consiste una norma. Muffato pasa por alto que, en ese contexto, Brandom se ocupa de lo que él llama “normas conceptuales”, para mostrar que estas no pueden ser reducidas a meras regularidades conductuales ni a reglas explícita-

Como reforzamiento de esta conclusión, no estaría de más reparar en que la sugerencia de que el concepto de norma sería explicativamente primario frente al concepto de razón justificativa para la acción, que Rodríguez suscribe, se ve enfrentada a una objeción que él pasa por alto en su argumentación. Se trata de una objeción que podría quedar anclada en la tesis del “fundamentalismo de las razones”, según la cual “todas las propiedades normativas son analizables en términos de razones” (Lord y Sylvan, 2019, p. 43). Con algo más de precisión, se trata de la tesis de que “toda propiedad o relación normativa tiene que ser explicada en términos de razones” (Schroeder, 2021, p. 3110), lo cual equivaldría a decir que, en el ámbito de lo normativo, “las razones vienen primero”. Si esta última tesis es acertada, entonces en ella encontraríamos una base independiente para desestimar la sugerencia de Rodríguez en cuanto a que la noción de norma no podría caracterizarse a partir de la noción de razón justificativa.

5.3. La identificación e individuación de las normas de comportamiento

Algunas de las preguntas que Godinho plantea en su comentario se refieren a la naturaleza de la conexión que habría que reconocer entre las normas de comportamiento y las normas de sanción que las refuerzan punitivamente, cuando se las concibe como artefactos institucionales abstractos. Específicamente, Godinho me pregunta si “[e]l quebrantamiento de la norma de comportamiento es (sólo) una condición para la posible aplicación de la norma de sanción” o si, más bien, en cuanto “razón externa para la acción” la primera “presenta una valuación propia” (sección 2).

Una vía para entrar en este problema la provee el tratamiento que Binding (1922, pp. 81-88) da al problema de la “independencia de la norma”

mente formuladas o “codificadas”, lo cual no conlleva en lo absoluto una desestimación de que, característicamente tratándose de normas sociales o jurídicas, estas puedan consistir en reglas explícitamente formuladas. Sostener, como lo hace Brandom (1994, p. 20), que “las normas que están *explícitas* en la forma de reglas presuponen normas *implícitas* en prácticas” ciertamente no equivale a decir que solo existan normas implícitas en prácticas, y no normas explicitadas como reglas.

respecto de la “ley penal”.⁵⁷ Al respecto, Hilliger (2018, pp. 252-264) ha mostrado que la independencia así proclamada se desenvuelve, de manera distinta pero complementaria, en dos planos diferentes, a saber: el del “alcance” y el de la “génesis y extinción” de las normas de comportamiento.⁵⁸ En el primero de estos dos planos, la tesis de la independencia apunta a la posibilidad de que la extensión de lo que resulta antinormativo bajo una norma de comportamiento sea mayor que la extensión de lo que resulta penalizado bajo la norma de sanción que la refuerza. En el segundo plano, a su vez, la proclamación de la independencia de las normas de comportamiento no es más que la afirmación de que el inicio o el término de su existencia no necesita estar amarrado al inicio o al término de la vigencia de una norma de sanción. Con ello, que las normas de comportamiento tengan que ser entendidas como conceptualmente primarias frente a las correspondientes normas de sanción, no implica que aquellas necesiten ser temporalmente preexistentes a estas.

Lo anterior puede reconstruirse sin dificultad alguna si se adopta el instrumental teórico provisto por la concepción artefactualista. Tal como ya observara, es un argumento pragmático el que, en la elaboración de un modelo dualista de teoría de las normas del derecho penal, lleva a la postulación de normas de comportamiento como normas cuya contravención hace posible afirmar la ilicitud de un comportamiento potencialmente fundante de punibilidad bajo alguna norma de sanción. Y esto conduce a que, en virtud de la diferente función atribuible a unas y otras, las normas de comportamiento puedan ser individuadas como entidades artefactuales distinguibles de las normas de sanción penal que las refuerzan, sin que la

⁵⁷ Que Binding no haya estado dispuesto a categorizar las “leyes penales” como “normas”, se explica por la conjunción de su adopción de un concepto imperativista de norma y su rechazo de que, bajo semejante noción de norma, una ley penal admita ser caracterizada como una norma. Al respecto puede consultarse la explicación ofrecida en Mañalich (2021, pp. 27-30, 40-48), encaminada a mostrar que la mejor reconstrucción de su planteamiento pasa por asumir, contra Binding, que lo que llamamos “norma” puede corresponderse o bien con una regla regulativa o bien con una regla constitutiva, en términos de lo cual lo que Binding entiende por una “ley penal” no es sino una regla constitutiva que se distingue por instituir sujeciones al castigo y, correlativamente, poderes punitivos.

⁵⁸ Una consideración más detenida del punto se encuentra en Mañalich (2023, pp. 224-226).

propiedad de estar reforzada por alguna norma de sanción penal admita ser tratada como definitoria del concepto de norma de comportamiento.

Esto último nos deja en mejor posición para explicar el énfasis puesto por Binding (1922, pp. 63-66) en que sería concebible, sin más, que una norma de comportamiento pueda contingentemente asumir la forma de una *lex imperfecta*, esto es, de una norma cuyo quebrantamiento no lleve aparejada sanción o, más genéricamente, consecuencia jurídica alguna.⁵⁹ Ello determina, a su vez, que las normas de comportamiento puedan ser identificadas, y consiguientemente individuadas, como entidades perfectamente distinguibles de aquellas. Y esto vuelve enteramente sensato, entonces, admitir la posibilidad de que exista una norma de comportamiento que, contingentemente, no se encuentre reforzada por norma de sanción alguna. De acuerdo con lo ya sostenido,⁶⁰ ello dependerá de que dispongamos de un criterio, distinto del de su eventual reforzamiento por una norma de sanción, para reconocer que una norma de comportamiento pertenece, o ha pertenecido, a alguno de los sistemas momentáneos que sucesivamente conforman un determinado orden jurídico. Aquí basta con observar que, como lo nota Hilliger (2018, p. 80), para Binding sería suficiente que se trate de una norma que exhiba el pedigrí que le confiere el hecho de haber sido creada en conformidad con el modo de producción de normas jurídicas que identificamos con una determinada “fuente”.

Lo anterior tendría que llevarnos a detectar una ambigüedad que afecta a la pregunta, asimismo formulada por Godinho, acerca de “cuáles son las normas de derecho penal en la construcción artefactualista” (sección 2). La ambigüedad se suscita por los dos sentidos que podrían encontrarse asociados al uso de la preposición “de” en el contexto de la frase “las normas *de* derecho penal”. A este respecto no deja de tener importancia atender al argumento que Binding (1922, pp. 42-45, 96-97) esgrime para negar que las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento se encuentra penalizado puedan ser caracterizadas como normas jurídico-penales. En la

⁵⁹ Acerca del paralelismo que, en este punto, el argumento de Binding muestra tener con la caracterización que Hart nos brinda de la relación en la que se encontrarían las “reglas secundarias de adjudicación” que instituyen sanciones y las correspondiente “reglas primarias de obligación”, véase Mañalich (2012b, pp. 578-584).

⁶⁰ *Supra*, 4.4 y 4.5.

medida en que su eventual reforzamiento punitivo es un aspecto extrínseco a la estructura de la respectiva norma de comportamiento, esta no podría ser concebida como una norma perteneciente al derecho penal, debiendo ser entendida, más bien, como una norma de derecho público general. Esto, en razón de que la pretensión de autoridad de la cual semejante norma está revestida no es sino una marca de la autoridad que el respetivo Estado reclama para sí.⁶¹ Justamente en esta consideración busca Binding anclar la caracterización del derecho penal como un derecho “secundario”, caracterización que deviene transparente cuando un sistema de derecho penal es entendido como aquel subsistema de un sistema jurídico conformado por normas de sanción penal. Y la premisa decisiva para ello Binding la encuentra, de nuevo, en una consideración pragmática que en último término se enraiza en disquisiciones propias de la teoría de la pena, centradas en la importancia de no confundir las muy diferentes funciones que serían respectivamente atribuibles a las normas de comportamiento en cuanto normas primarias, por un lado, y a las normas de sanción penal como normas secundarias, por otro. De acuerdo con esto, el único sentido en el cual cabría decir que las normas de comportamiento punitivamente reforzadas son normas “*de* derecho penal” es el sentido en el cual estaríamos diciendo que aquellas son normas que están siendo identificadas por la propiedad (extrínseca) de encontrarse reforzadas por normas de sanción penal.

Con ello quedan asentadas las bases para ofrecer una respuesta unívoca a la doble pregunta planteada por Godinho en cuanto a “si es el sistema penal que define la ilicitud, o si esta calificación [...] le precede, siendo reconocida y reforzada por el sistema penal”, por un lado, y a si cabe reconocer independencia al “injusto penal”, por otro. Bajo un modelo dualista reconstruido a través de una reinterpretación artefactualista del andamiaje teórico de Binding, la ilicitud de un comportamiento cuya imputación puede conducir a la punición de una persona es una ilicitud asociada a la trasgresión de una norma que no pertenece al conjunto de las correspondientes normas de sanción penal, y que por ello no admite ser clasificatoriamente tematizada como una “ilicitud penal”. Lo tematizado a través de esta

⁶¹ Para una reconstrucción más detallada de este aspecto del programa teórico de Binding, véase Mañalich (2014b, pp. 500-503).

última calificación es, más bien, el hecho de que un comportamiento cuya ilicitud está asociada a la trasgresión de la norma en cuestión al mismo tiempo quede correlacionado, bajo una norma diferente de aquella, con una sanción penal.

5.4. Las normas de comportamiento como razones autoritativas de carácter artificial e impersonal

El punto recién tocado nos lleva a otro problema planteado por Godinho, que concierne a la aptitud de la concepción artefactualista para dar cuenta de la función directiva que tendría que ser atribuible a una norma de comportamiento en cuanto norma cuya contravención pueda constituirse como el antecedente de una correspondiente reacción penal. A este respecto, Godinho centra su atención en la noción de “directiva permanente”, de la cual se vale Searle para caracterizar en qué consiste una regla regulativa y a la cual en NCAD echo mano para explicar en qué sentido, y con qué consecuencias, una norma jurídica de comportamiento puede ser categorizada como un artefacto deóntico. Godinho sugiere que habría “una idea de orientación de la conducta que debe ser intrínseca a la comprensión de la norma de comportamiento, pues de lo contrario se perdería el concepto de norma” (sección 3). Inmediatamente a continuación, ella se pregunta, empero, si acaso “la premisa de la directiva permanente no revela, en última instancia, la dificultad de una comprensión artefactualista con pretensión de abandonar el imperativismo”, dado que lo que connotado por el término “norma” sería algo que se nos presenta como susceptible de “imposición” (sección 3).

Aquí es necesario partir observando que, contra lo sugerido por Godinho, el hecho de que en NCAD las normas de comportamiento sean funcionalmente caracterizadas como “razones externas para la acción” no conlleva una negación de su caracterización como “razones vinculantes para la acción”.⁶² Una norma jurídica consistente en una prohibición o un requerimiento tiene el carácter de una razón “externa” para la acción en

⁶² *Supra*, 5.2.

el sentido de que, si esa norma es situacionalmente aplicable en relación con el comportamiento de un agente, entonces este *tiene* una razón para no hacer X, o para hacer X, sin que ello conlleve que, necesariamente, ese mismo agente no hará X, o hará X, motivado por la norma en cuestión. Justamente en su eventual internalización como motivo consistirá, contingentemente, el reconocimiento de esa norma como premisa vinculante. Y que el agente reconozca esa norma como premisa vinculante equivale a que él reconozca la pretensión de autoridad de la que aquella se encuentra revestida. Es esta distintiva pretensión de autoridad la que, siéndole conferida por la intención que guía el acto o proceso de su creación, convierte a tal norma en un *artefacto* deóntico. Y semejante pretensión de *autoridad* se ve problemáticamente distorsionada cuando se la confunde con una pretensión de *poder*, que es lo que se ve sugerido por la identificación de la norma respectiva con un imperativo consistente en una “orden”.

Sin que me sea posible entrar detalladamente en el asunto aquí, quizá sea suficiente explicitar que dar cuenta del carácter autoritativo de las normas jurídicas de comportamiento no es sino ofrecer una respuesta a la pregunta acerca de en qué puede consistir una normatividad propiamente jurídica. Tal como lo he intentado mostrar en algún trabajo anterior (Mañalich, 2022, pp. 425-435), un punto de partida promisorio para ello emerge con la conceptualización hartiana de las reglas jurídicas de obligación como razones tanto “perentorias” como “independientes del contenido”. En lo que ahora interesa, una ventaja asociada a esta estrategia consiste en que la propiedad de la independencia-del-contenido se deja reconstruir óptimamente como la marca del carácter *artificial* de la razón para la acción creada a través de la producción de una norma jurídica de esa índole. Esta artificialidad de la razón para la acción en la que consiste una norma cuya trasgresión puede ser delictiva se ve adecuadamente indicada a través de su categorización como un artefacto deóntico de carácter institucional. Y esa artificialidad asociada al estatus propio de un artefacto institucional es suficiente para concluir que, a pesar de que unas y otras pudieran “corre[r]’ en la misma dirección” (Godinho, 2024, sección 3), las normas jurídicas de

comportamiento no admiten ser identificadas con lo que Godinho tematiza como “normas de la moral”.⁶³

Por supuesto, nada de lo anterior logra, por sí mismo, especificar las condiciones de legitimación de cuya satisfacción pudiera depender que la pretensión de autoridad de la cual una norma jurídica de comportamiento se encuentra revestida se tenga por suficientemente justificada. Al respecto, pienso que la exposición de un modelo de teorías de las normas orientado a la reconstrucción de los sistemas de derecho penal no debería quedar gravada con semejante carga legitimadora. De ahí que, ante la pregunta de Godinho acerca de cuál sería “la relación entre la función de la norma de comportamiento y su legitimación” (sección 3), la respuesta necesite arrancar de la observación de que la atribución de una función directiva, o deóntica, a una norma de ninguna manera prejuzga su legitimidad o falta de legitimidad. Tal como observa Kindhäuser (1989), mientras que la función de una norma de comportamiento consiste en servir como “fundamento de obligaciones”, su legitimación tendría que entenderse condicionada, más bien, por la manera en la cual, en cuanto “regla de coordinación”, ella logra resolver un “conflicto de libertad referido a un bien jurídico” (pp. 146-153). Con esto quiere decirse que la legitimación de la respectiva norma de comportamiento tendría que depender de que ella admita ser considerada como distributivamente justa, en atención a si la reducción (deóntica) del “espacio de juego para la acción” que la aplicabilidad de la norma trae aparejada para el agente desafiado por ella puede considerarse un costo admisiblemente asociado a la evitación del menoscabo del bien jurídico en cuya protección consiste el *telos* de esa norma.

Sin embargo, y tal como Godinho lo nota, hay un aspecto ulterior de la conceptualización artefactualista de las normas de comportamiento que propongo en NCAD que atañe, más bien, al esclarecimiento de la conexión existente entre su función directiva, por un lado, y la manera en la cual su posible internalización como premisa vinculante depende de la pose-

⁶³ Nótese que ello no se vería puesto en entredicho si, con Frugé (2022, pp. 10-19), nos inclináramos por concebir las normas morales como “artefactos sociales”, pues aun así tendríamos que reconocer la diferencia entre la categoría de las entidades sociales y la subcategoría de las entidades institucionales.

sión de determinadas capacidades agenciales, por otro. La clarificación de esa conexión pasa por desentrañar el sentido en el cual, adaptando la caracterización tomada de Ross, una norma de comportamiento puede ser entendida como una “directiva impersonal”. En esto radica que, según observa Godinho, yo sostenga que la estructura de una norma jurídica de comportamiento es insensible “a las capacidades de actuación de quienes aparecen como sus destinatarios”, lo cual se traduciría, como ella misma lo sugiere, en que, por ejemplo, “un niño pued[a] ser destinatario de normas de comportamiento” (sección 3).

Al inicio de NCAD se remarca la importancia de advertir, con Hart, cuán problemática puede ser la metáfora del “destinatario”, cuya aceptación suele quedar asociada a la defensa, explícita o implícita, de lo que Alchourrón y Bulygin tematizan como el modelo de la “norma-comunicación”. En contra de lo asumido por Godinho, esto hace posible problematizar la afirmación de que “la existencia de una norma de comportamiento implica la existencia de un destinatario al que se dirige” (sección 3). Ciertamente, de no existir agentes que, en determinadas circunstancias, pudieran encontrarse en condiciones de orientar su comportamiento según una norma jurídica, sería pragmáticamente ininteligible que semejante norma fuera puesta en vigor. Pero esto de ninguna manera equivale a que tal norma tenga que entenderse “dirigida” a tal o cual persona, en cuanto capacitada para darle seguimiento.

Desde este punto de vista, las capacidades agenciales de cuya posesión depende que alguien se encuentre en condiciones de internalizar la norma como motivo y, en virtud ello, de formarse y realizar una intención de ajustar su comportamiento a esa norma no pueden ser identificadas con aspectos de lo que la norma en cuestión regula al prohibir o requerir la correspondiente forma de comportamiento. Antes bien, esas capacidades se corresponden con presupuestos que tienen que satisfacerse para que a una persona pueda serle legítimamente *imputada* la trasgresión de la norma. Aquí radica la base para la diferenciación analítica de las propiedades que necesita exhibir un comportamiento para resultar antinormativo bajo la respectiva norma, por un lado, frente a las condiciones agenciales instituidas por el conjunto de reglas de imputación que inciden en la aplicación de la correspondiente norma de sanción penal, por otro.

Con esto llego al cierre de esta réplica, cuya desmedida extensión al menos podrá servir, espero, como testimonio de la enorme gratitud que guardo hacia a Beatriz Arriagada, Jorge Rodríguez e Inês Fernandes Godinho, quienes aguda y amistosamente me han obligado a –y por implicación: permitido– ofrecer una defensa ojalá más robusta de la concepción artefactualista de las normas jurídicas en pos de la elaboración de una teoría de las normas del derecho penal.

Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1997). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, 2ª ed. México D.F.: Fontamara.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2021). *Análisis lógico y derecho*, 2ª ed. Madrid: Trotta.
- Arriagada, M.B. (2022). Normas regulativas y normas constitutivas en el derecho. Ontología, interpretación y cultura jurídica. *Doxa*, 45, 377-410.
- Arriagada, M.B. (2024). Entre el hombre araña y las arañas. Sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas. *Discusiones*, 32(1).
- Austin, J.L. (1975). *How to Do Things with Words*, 2ª ed. Cambridge, M.: Harvard University Press.
- Bascuñán, A. (2022). «Tiempo y validez» revisitado. En J. J. Moreso, P. Navarro, J. L. Rodríguez y J. Ferrer (coords.). *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, vol. I (pp. 333-353). Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.
- Binding, K. (1922). *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo I, 4ª ed. Léipzig: Felix Meiner.
- Black, M. (1962). *Models and Metaphors*. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press.
- Borges, J.L. (2002). *Ficciones*, 59ª ed. Buenos Aires: Emecé.
- Brandom, R. (1979). Freedom and Constraint by Norms. *American Philosophical Quarterly*, 16(3), 187-196.
- Brandom, R. (1994). *Making It Explicit*. Cambridge, M., y Londres: Harvard University Press.
- Brandom, R. (2001). *Articulating Reasons*. Cambridge, M. y Londres: Harvard University Press.

- Brandom, R. (2015). *From Empiricism to Expressivism*. Cambridge, M. y Londres: Harvard University Press.
- Brandom, R. (2019). *A Spirit of Trust*. Cambridge, M., y Londres: Harvard University Press.
- Burazin, L. (2015). The Rule of Recognition and the Emergence of a Legal System. *Revus*, 27, 115-130.
- Caracciolo, R. (1997). Existencia de normas. *Isonomía*, 7, 159-178.
- Carnap, R. (1956). *Meaning and Necessity*, 2ª ed. Chicago: Chicago University Press.
- Celano, B. (2002). Cuatro temas kelsenianos. En P. Navarro y C. Redondo (comps.). *La relevancia del derecho* (pp. 153-184). Barcelona: Gedisa.
- Chiassoni, P. (2022). To be and not to be. Due critiche alla concezione hyletica. En J. J. Moreso, P. Navarro, J. L. Rodríguez y J. Ferrer (coords.). *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, vol. I (pp. 221-250). Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.
- Davidson, D. (2001a). *Inquiries into Truth and Interpretation*, 2ª ed. Oxford: Clarendon Press.
- Davidson, D. (2001b). *Essays on Actions and Events*, 2ª ed. Oxford: Clarendon Press.
- Falguera, J., Martínez-Vidal, C. y Rosen, G. (2022). Abstract Objects. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/entries/abstract-objects/> (citado según la versión pdf).
- Finnis, J. (2008). On Hart's Ways: Law as Reason and as Fact. En M. H. Kramer, C. Grant, B. Colburn y A. Hatzistavrou (eds.). *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy* (pp. 3-27). Oxford: Clarendon Press.
- Frugé, C. (2022). Artifactual normativity. *Synthese*, 200(126), 1-19.
- Geach, P. (1960). Ascriptivism. *The Philosophical Review*, 69(2), 221-225.
- Geach, P. (1965). Assertion. *The Philosophical Review*, 74(4), 449-465.
- Godinho, I.F. (2024). Una concepción artefactualista de las normas de comportamiento Un comentario a un ensayo de Juan Pablo Mañalich R. *Discusiones*, 32(1).
- Guastini, R. (2018). Dos concepciones de las normas. *Revus*, 38. Recuperado de: <https://journals.openedition.org/revus/3810>.
- Hacker, P.M.S. (2010): *Human Nature: The Categorical Framework*. Chichester: Wiley-Blackwell.

- Hanks, P. (2007). The Content-Force Distinction. *Philosophical Studies*, 134, 141-164.
- Hanks, P. (2015). *Propositional Content*. Oxford: Oxford University Press.
- Hanks, P. (2022). The Varieties of Cancellation. En G. Mras y M. Schmitz (eds.). *Force, Content and the Unity of the Proposition* (pp. 93-111). Nueva York y Londres: Routledge.
- Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (2008). *Punishment and Responsibility*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- Hilliger, F. (2018). *Das Rechtsdenken Karl Bindings und die »Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens«*. Berlín: Duncker y Humblot.
- Hilpinen, R. (1992). On artifacts and works of arts. *Theoria*, 58(1), 58-82.
- Hilpinen, R. (2011). Artifact. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/artifact/> (versión previa).
- Kindhäuser, U. (1989). *Gefährdung als Straftat*. Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann.
- Kurki, V. (2023). *Legal Personhood*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lance, M. y O'Leary-Hawthorne, J. (1997). *The Grammar of Meaning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lord, E. y Sylvan, K. (2019). Reasons: Wrong, Right, Normative, Fundamental. *Journal of Ethics and Social Philosophy*, 15(1), 43-74.
- Mañalich, J.P. (2012a). El concepto de acción y el lenguaje de la imputación. *Doxa*, 35, 663-690.
- Mañalich, J.P. (2012b). Reglas primarias de obligación. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2012, 571-585.
- Mañalich, J.P. (2014a). *Norma, causalidad y acción*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.
- Mañalich, J.P. (2014b). Normas permisivas y deberes de tolerancia. *Revista Chilena de Derecho*, 41(2), 473-522.
- Mañalich, J.P. (2018). Norma, acción y deber: el modelo del silogismo práctico. En D. González Lagier y S. Figueroa (eds.). *Libertad, razón y normatividad. La vigencia del pensamiento de G.H. von Wright a cien años de su nacimiento* (pp. 89-122). Lima: Palestra.

- Mañalich, J.P. (2021). La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas. *Revus*, 44, 27-55.
- Mañalich, J.P. (2022). Norms, Authority, and Practical Reason. On Raz's Conception of Legal Normativity. *Rechtsphilosophie*, 4/2022, 406-435.
- Mañalich, J.P. (2023). Das Rechtsdenken Karl Bindings und die »Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens«, de Fedja Alexander Hilliger. *Revista de Estudios de la Justicia*, 39, 221-228.
- Muffato, N. (2022). Hyletica o espressiva? Sull'ontologia delle norme die Eugenio Bulygin (e Carlos E. Alchourrón). En J. J. Moreso, P. Navarro, J. L. Rodríguez, y J. Ferrer (coords.). *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, vol. I (pp. 205-219). Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.
- Narváez, M. (2015). Expresiones de normas. *Revus*, 25, 71-100.
- 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*, vol. I (pp. 185-204). Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.
- Preston, B. (2022). Artifact. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/entries/artifact/> (citado según la versión pdf).
- Price, H. (2009). Metaphysics after Carnap: The Ghost Who Talks? En D. Chalmers, D. Manley y R. Wasserman, R. (eds.), *Metametaphysics. New Essays on the Foundations of Ontology* (pp. 320-346). Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1980). *The Concept of a Legal System*, 2ª ed. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- Reicher, M.E. (2022). The Primacy of Abstract Artifacts. En P. McNamara, A. Jones y M. Brown (eds.). *Agency, Norms, Inquiry and Artifacts: Essays in Honor of Risto Hilpinen* (pp. 235-246). Cham: Springer.
- Rodríguez, J.L. (2021). Teoría Analítica del derecho. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.
- Rodríguez, J.L. (2024). ¿Sueñan las normas con ovejas mecánicas? *Discusiones*, 32(1).
- Ryle, G. (1984). *The Concept of Mind*, reimp. Chicago: The University of Chicago Press.

- Schroeder, M. (2008). What is the Frege-Geach Problem? *Philosophy Compass*, 3/4, 703-720.
- Schroeder, M. (2021). The fundamental reason for reasons fundamentalism. *Philosophical Studies*, 178, 3107-3127.
- Searle, J. (1969). *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Searle, J. (1979). *Expression and Meaning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Searle, J. (1983). *Intentionality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Searle, J. (2010). *Making the Social World*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- Searle, J. y Vanderveken, D. (1985). *Foundations of illocutionary logic*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sellars, W. (1997). *Empiricism and the Philosophy of Mind*. Cambridge, M. y Londres: Harvard University Press.
- Smith, M. (1994). *The Moral Problem*. Malden, Oxford y Carlton: Blackwell.
- Textor, M. (2021). 'The Nature of the Question Demands a Separation': Frege on Distinguishing between Content and Force. *Australasian Journal of Philosophy*, 99(2), 226-240.
- Textor, M. (2022). On a Neglected Fregean Motive for Distinguishing Between Content and Force. En G. Mras y M. Schmitz (eds.), *Force, Content and the Unity of the Proposition* (pp. 215-234). Nueva York y Londres: Routledge.
- 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. (2007). *Ordinary Objects*. Nueva York: Oxford University Press.
- Thomasson, A. (2015). *Ontology Made Easy*. Nueva York: Oxford University Press.
- Van der Schaar, M. (2022). Force, Mood and the Unity of the Proposition. En G. Mras y M. Schmitz (eds.), *Force, Content and the Unity of the Proposition* (pp. 40-56). Nueva York y Londres: Routledge.
- Vendler, Z. (1967). *Linguistics in Philosophy*. Ithaca y Londres: Cornell University Press.
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Von Wright, G.H. (1983). *Practical Reason*. Oxford: Basil Blackwell.

- Warren, M.D. (2015). Moral inferentialism and the Frege-Geach problem. *Philosophical Studies*, 172(11), 2859-2885.
- Wittgenstein, L. (1984a). *Tractatus logico-philosophicus*, Werksausgabe, tomo 1. Suhrkamp: Fráncfort del Meno.
- Wittgenstein, L. (1984b). *Philosophische Untersuchungen*, Werksausgabe, tomo 1. Suhrkamp: Fráncfort del Meno.
- Wittgenstein, L. (1989). *Philosophische Grammatik*, Werksausgabe, tomo 4. Suhrkamp: Fráncfort del Meno.

Sección II

**OTRAS
DISCUSIONES**

La tolerancia del liberalismo igualitario

Tolerance and Egalitarian Liberalism

Moisés Vaca*

Recepción: 07/05/2023

Evaluación: 22/08/2023

Aceptación final: 28/03/2024

Resumen: En el volumen XVI de Discusiones, en 2015, René González del Vega, Graciela Vidiella, Julio Montero y Fernando Lizárraga tuvieron la oportunidad de discutir, debido a un trabajo inicial de González de la Vega, sobre el lugar y pertinencia de la tolerancia dentro del liberalismo deontológico, igualitario y democrático. En este texto hago un balance de dicha discusión y sostengo que Vidiella, Montero y Lizárraga fundamentan con razones conclusivas que dicho lugar es central –pace los argumentos ofrecidos inicialmente por González de la Vega–. Además, ofrezco otras razones que complementan la importancia de dicha virtud en ese sistema político y un balance de cómo González de la Vega mismo responde a su reto inicial. Finalmente, esbozo cómo la tolerancia se relaciona con el respeto a los demás incluso en contextos de interacción personal y no estrictamente políticos.

Palabras clave: tolerancia, liberalismo igualitario, desacuerdo, dilemas morales, respeto.

Abstract: In volume XVI of Discusiones, in 2015, René González del Vega, Graciela Vidiella, Julio Montero and Fernando Lizárraga discussed, due to an initial work by González de la Vega, about the place and relevance of tol-

* Doctor en filosofía e investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, Ciudad de México, México. Correo electrónico: moisesvacap@gmail.com

erance within deontological, egalitarian, and democratic liberalism. In this text I evaluate this discussion and hold that Vidiella, Montero and Lizárraga offer conclusive reasons to state that tolerance has a central place within such a political and theoretical project –pace the arguments initially offered by González de la Vega. In addition, I offer further reasons to complement the importance of such a virtue and an assessment of how González de la Vega himself responds to his initial challenge. Finally, I outline how tolerance relates to respect for others even in contexts of personal interaction which are not strictly political.

Keywords: tolerance, egalitarian liberalism, disagreement, moral dilemmas, respect.

1. Introducción

Una de las preguntas en el corazón del liberalismo puede formularse así: ¿cómo es posible un sistema político y social de cooperación en el que sus distintos integrantes crean que todos merecen igual respeto y a la vez que hay modos de vida correctos, patentemente preferibles o superiores (así como otros claramente erróneos y repulsivos) entre ellos? ¿Acaso no es inviable un sistema que promete hacer efectivas ambas creencias, fracasado de origen o fundado en una tensión evidente?

Desde mi punto de vista, esta interrogante fundamental confiere a la virtud de la tolerancia la centralidad que ha ocupado históricamente en las más importantes variantes del pensamiento liberal. Su especificación y posibilidad, por ello, no es cosa menor a este proyecto político y teórico.¹ Quizás podamos decir, no sin un dejo algo hiperbólico, que la viabilidad del proyecto depende precisamente de la viabilidad de la virtud en cuestión. Quizá la tolerancia haga compatible dentro del liberalismo la importancia del valor de la igualdad (reconocer a todos los ciudadanos como iguales) con la importancia del valor de la libertad (ejercer la libertad de consciencia para afirmar el valor superior del propio modo de vida).

¹ Y más allá de él. Véase Kymlicka (1996).

En el contexto vivo de estas preguntas, en 2015, René González de la Vega (2015a), Graciela Vidiella (2015), Julio Montero (2015) y Fernando Lizárraga (2015) tuvieron la oportunidad de discutir, debido a un trabajo inicial de González de la Vega, sobre el lugar y pertinencia de la tolerancia dentro del liberalismo igualitario y democrático. González de la Vega inicialmente presentó un desafío a la posibilidad de que la tolerancia jugara el papel central que usualmente se le confiere en lo que denominó el liberalismo deontológico, al cual le siguieron respuestas de los otros tres autores mencionados y finalmente una contra-respuesta del propio González de la Vega.

En este texto hago un balance de dicha discusión y sostengo que Vidiella, Montero y Lizárraga fundamentan con razones conclusivas que dicho lugar es central –pace los argumentos ofrecidos inicialmente por el primer autor–. Además, ofrezco otras razones que complementan la importancia de dicha virtud en ese sistema político y un balance de cómo González de la Vega mismo responde a su reto inicial. Finalmente, esbozo cómo la tolerancia se relaciona con el respeto a los demás incluso en contextos de interacción personal y no estrictamente políticos. Con ello, espero confrontar esa pregunta inicial que, como dije, me parece que se encuentran en el corazón del liberalismo como tal y de cuya respuesta acaso dependa su viabilidad.

2. La tolerancia y su paradoja

González de la Vega ofreció una serie de argumentos iniciales para mostrar que, dentro del espacio conceptual y normativo recreado por lo que denominó liberalismo deontológico, la tolerancia es irrelevante o recalcitrante y, ultimadamente, suicida. De acuerdo con González de la Vega (2015a), esto surge como “un problema de coherencia filosófica, el cual consiste en la compatibilidad que puede haber entre el ideal moral de la tolerancia y la estructura del razonamiento práctico defendida por el liberalismo igualitario” (p. 17). Para simplificar, el autor centra sus críticas en el liberalismo igualitario rawlsiano, aunque sostiene que estas aplican para todo el liberalismo deontológico.

Para poder entender la paradoja planteada por González de la Vega al liberalismo igualitario, primero debemos definir operativamente qué se está entendiendo por tolerancia. El autor sostiene, sumándose a una larga compañía en la literatura especializada, que la tolerancia tiene tres aspectos básicos:

1) la existencia de un acto que lesione una convicción relevante, 2) tener el 'poder' o la 'competencia adecuada' para detener, frenar u obstaculizar el acto que lesionó nuestra convicción y, 3) ponderar el valor de la convicción lesionada con razones que nos invitan a no intervenir en contra del acto en cuestión. (González de la Vega, 2015a, p. 25).

Por supuesto, González de la Vega aclara inmediatamente que la especificación estos tres aspectos básicos ha sido objeto de profuso debate en la literatura. Quizás el primero pueda complementarse no sólo para incluir acciones particulares sino también creencias y, más generalmente, modos de vida (conjunto de creencias, acciones y fines). Esta generalización más amplia parece responder a la realidad cotidiana de las sociedades liberales en la que se invoca a la tolerancia: no sólo se pide a los agentes relevantes tolerancia ante acciones particulares, sino también ante creencias y, sobre todo, ante modos de vida diversos. Tal es el modo, de hecho, en que González de la Vega y demás colegas en el volumen, tienden a referir a la tolerancia a lo largo de su discusión.

Con relación al segundo aspecto de la tolerancia mencionado, creo que sería un error hacer una caracterización demasiado estricta de lo que implica tener el poder de impedir la acción o el modo de vida en cuestión con el que se es tolerante; esto es, la idea de que un agente que es tolerante con la conducta de otro debe tener la capacidad de coaccionar o impedir dicha conducta. Una versión demasiado estricta de esta cláusula parece problemática.² Adoptarla limitaría mucho los casos en donde una persona o institución puede ejercer la tolerancia, pues sólo aquellas con poder coactivo real y concreto podrían serlo. Pero, al menos en el uso cotidiano del término, las personas refieren a otras como tolerantes e intolerantes, o

² Véase Williams (1996, p. 19) y Forst (2017).

muy tolerantes y muy intolerantes, incluso cuando éstas no tienen el poder real y concreto de coaccionar las acciones que toleran o no. Aseveraciones tales como “El abuelo es muy intolerante con el modo de vida de sus nietos. Cómo me gustaría que fuera más tolerante con lo que no le parece correcto.” Esta aseveración tiene sentido en el lenguaje ordinario, incluso si el abuelo en cuestión no puede más que expresar constantemente su desagrado para con la vida realizada por sus nietos, cuando los ve, cuando le habla a su hija sobre ellos, cuando algo en los medios de comunicación le recuerda dicho modo de vida. Es decir, en el uso ordinario, se dice de este abuelo que es muy intolerante incluso si no tiene poder efectivo de evitar que sus nietos vivan como a él le parece incorrecto. Lo mismo podemos decir de otros usos ordinarios del concepto de tolerancia. Se dice que una sociedad, un grupo de colegas, de amigos, de artistas, es más tolerante que otro cuando no siempre queda claro que esas colectividades tienen el poder de censurar de una vez y para siempre las conductas que toleran.

Por supuesto, alguien podría estar dispuesto a pagar el precio teórico de alejarse del uso ordinario del concepto. Pero una caracterización estricta de este segundo aspecto es costosa no sólo por esa razón. Impediría sostener, como yo creo que correctamente lo hace González de la Vega, que la tolerancia no sólo es una virtud que se ejerce en el espacio político sino también en el personal. Sostener una versión estricta de esta cláusula simplemente haría imposible que los ciudadanos ejercieran la tolerancia entre sí en dicho contexto pues, dadas las normas y principios aceptados por todos –de acuerdo con los cuales cada uno de ellos puede realizar el modo de vida que mejor le parezca (siempre y cuando dicho modo de vida no violente las normas y principios aceptados por todos) –, ninguno tendría autoridad o poder efectivo para evitar que otros ejerzan el modo de vida que les parece incorrecto. Esta me parece una poderosa razón para poner en duda esta cláusula. Muestra que su adopción genera otros costos teóricos y no se limita a una mera disputa semántica sobre el significado del concepto y su uso correcto. Así, si deseamos que la tolerancia sea una virtud que las personas ejerzan en sus interacciones cotidianas, espacio en el que usualmente éstas no tienen el poder real de impedir o coaccionar lo que toleran, es mejor adoptar una versión bastante relajada de esta cláusula –o abandonarla por completo–. Otra salida podría ser el añadir un

enunciado modal más flexible a la misma cláusula: “si el agente tuviera el poder de coaccionar la acción o modo de vida en cuestión, no lo ejercería”.

Finalmente, el tercer aspecto de la tolerancia sostiene que el agente tolerante debe, a pesar de pensar que la acción o modo de vida en cuestión es incorrecto, permitirlo (o pensar que debe permitirse, si adoptamos la versión más relajada de la segunda cláusula) debido a otro conjunto de razones normativas que así lo establecen.

Obviando las complicaciones expuestas sobre la segunda cláusula mencionada (que, como dije se pueden resolver ya sea abandonándola, relajándola o añadiendo una variante modal a ella)³ vemos que un agente es tolerante cuando una acción o modo de vida le parece incorrecto y, a la vez, le parece que dicha acción o modo de vida debe respetarse a pesar de tal incorrección. Como queda claro, este proceder es fundamental en contextos donde existe profundo desacuerdo sobre cómo realizar una vida con valor, sobre qué conductas son permisibles y cuáles no. Por supuesto, todas las democracias liberales exhiben dichos desacuerdos. De hecho, de acuerdo con Rawls (2005) tal característica es la marca principal de dichas sociedades. El desacuerdo moral profundo y bien intencionado es, de acuerdo con este autor, un rasgo inevitable del uso de la razón práctica en condiciones libertad –condiciones que las instituciones del Estado deben permitir–. Bajo este contexto de desacuerdo, tolerar parece el pilar en el que se fundan dichas sociedades.

Veamos ahora por qué González de la Vega cree que el liberalismo deontológico es incompatible con esta caracterización de la tolerancia. Éste sostiene que el liberalismo deontológico se compromete los siguientes postulados:

³ Con estos comentarios, también me alejo de lo que el propio González de la Vega (2010) defiende *in extenso* (en particular: “Me parece sumamente complicado pensar en una situación de tolerancia en la que no se manifieste una situación de superioridad. Según lo que hemos visto, el tolerante siempre se encuentra en una situación de superioridad frente al tolerado. Esto es, la tolerancia implica estar en una posición desde la cual se pueda permitir deliberadamente algo que se desapueba. Por lo tanto, sólo puede predicarse un acto de tolerancia cuando el sujeto tolerante tiene el “poder” o la “competencia” para prohibir o detener lo que es objeto de tolerancia” (p. 118). Creo que la crítica que expresa González de la Vega en este otro texto a la laxa caracterización del segundo aspecto hecha por Garzón Valdés (2000) se podría responder añadiendo a dicha cláusula la variante modal a la que hecho referencia.

1. Actuar correctamente significa actuar conforme a las obligaciones morales. Considera que estas obligaciones son autoimpuestas (autónomamente aceptadas) y razonablemente creadas (sin considerar razones relativas al agente).
2. Obedecer las normas morales no implica considerar las consecuencias (benéficas o perjudiciales) de nuestros actos.
3. Los sistemas normativos tienen que ser completos y consistentes. Esta consideración los lleva a sostener sistemas normativos monistas que evitan problemas de incoherencias e inconsistencias.
4. Las normas morales son inderrotables. Si queremos actuar moralmente, luego entonces, no puede haber ninguna otra consideración, valor o principio distinto a la moral y que derrote las normas que pertenecen a ese ámbito. Los agentes morales están categóricamente vinculados a las normas morales. (González de la Vega, 2015a, p. 37).

Estos postulados presentan a la deontología como una caracterización extremadamente rígida del razonamiento práctico. En los hechos, la comprometen con la idea de que todo conflicto moral debe resolverse sin pérdidas morales y, más relevantemente para esta discusión, con la fuerte tesis que podemos llamar:

Deontologismo rígido: las normas morales son todas y cada una de ellas universales, a-contextuales e inderrotables; por ello, en caso de conflicto con convicciones de corte normativo distinto a la moral universal como tal (como por ejemplo las religiosas, las estéticas, las ideológicas o las éticas⁴), las normas morales triunfan sobre

⁴ González de la Vega suscribe la distinción entre ética y moral de acuerdo con la cual la primera es personal o subjetiva, y recrea la propia concepción del bien, y la segunda es universal (para una crítica a esta distinción véase Ortiz Millán (2016)). En nuestro debate, Montero (2015, pp. 61-64) compara y pondera esta distinción adoptada por González de la Vega con la distinción entre la *perspectiva personal* y la *perspectiva política* propias del liberalismo. Al hacerlo, Montero (2015) parece criticar la distinción entre ética y moral al sostener la que primera siempre involucra cierto juicio universal: “Las creencias éticas suponen siempre un juicio general por parte del agente que las sostiene; no un juicio sobre qué cosas le gustan, sino un juicio –a menudo poco elaborado– sobre la naturaleza humana y la manera en que todos deberían vivir. Incluso si alguien piensa que ninguna manera de vivir la vida es intrínsecamente mejor, asignará a esta convicción un alcance universal y verá a los que persiguen ciertas causas con pasión como criaturas que no han

ellas. No existen conflictos profundos genuinos ni entre normas morales, ni entre éstas y otras convicciones no morales.

Si el deontologismo rígido es correcto, y el liberalismo deontológico lo tiene que asumir, entonces parece que, efectivamente, la tolerancia será irrelevante o recalcitrante y, ultimadamente, suicida.

De acuerdo con esta imagen, la tolerancia será irrelevante en dos casos. Si la persona determina que es moralmente impermisible una convicción no moral que lesiona alguna de las normas morales que acepta, entonces la tolerancia no puede ejercerse –y la convicción no moral en cuestión debe rechazarse–. A su vez, si la persona determina que una convicción no moral que lesiona alguna de las normas morales que acepta es moralmente permisible, entonces dicha convicción pasa a formar parte de su sistema de normas morales (y es ahora universal, a-contextual e inderrotable). En ambos casos, la tolerancia resulta irrelevante –ya sea porque se rechaza moralmente la convicción que la propiciaría, o porque ésta se incluye ahora en el sistema de normas morales aceptables de la persona–. Con ello, sostiene González de la Vega (2015a, p. 46), la tolerancia en manos del deontologismo rígido se torna “suicida”.⁵

Por su parte, cuando el agente se encuentra ante un conflicto entre dos normas morales opuestas, la tolerancia se volverá recalcitrante. Esto se debe a que el agente tiene que desechar una de las dos normas en conflicto y esto, en contra de los postulados del deontologismo rígido mencionados, hará que el agente padezca lo que González de la Vega, siguiendo a otros autores, llama “vértigo moral”:

logrado comprender o se resisten al vacío de la existencia humana” (p. 62). Por su parte, Vidiella (2015, pp. 104-107) compara y diferencia la distinción de ética y moral adoptada por González de la Vega con la de *valores y normas*, por un lado, y la de *moral positiva y moral crítica*, por otro.

⁵ Cabe notar que, aunque González de la Vega (2015, p. 46) dice que ambas formas de irrelevancia muestran que la tolerancia es suicida, en realidad sólo la segunda mostraría esto, pues sólo en ese caso la tolerancia se ejerce una vez para destruirse a sí misma –incluyendo ahora la convicción inicialmente tolerada en el conjunto de normas morales aceptables–. En el primer caso de irrelevancia, la tolerancia simplemente no aplica, por lo que no podría “suicidarse”.

derogar una norma que considerábamos relevante para vivir nuestras vidas, que ha dado sentido a nuestra existencia, o que simplemente la pensábamos como importante, puede dejar una especie de residuo moral coincidente con la sensación de vértigo. Es decir, que una decisión como esa puede estar acompañada de sentimientos de culpa o de remordimiento; sentimientos que nos dicen que, cualesquiera que sean las razones por las que hicimos lo que hicimos, hemos hecho mal. En estos casos: o la tolerancia se convierte en un vicio moral o, simplemente, en una virtud imposible de lograr. (González de la Vega, 2015a, p. 38) [referencias suprimidas].

De acuerdo con González de la Vega (2015a), la “recalcitrancia” tiene que ver con que, al enfrentarnos a la eliminación de una de las normas morales que antes aceptábamos, las sensaciones de vértigo o pérdida moral ante ello muestra que estamos haciendo algo patentemente impracticable (p. 20), vicioso desde un punto de vista moral (p. 38) o incluso irracional (p. 49). Así, pues, la “recalcitrancia” es caracterizada de estas tres maneras en distintos momentos del trabajo que estudiamos: en manos del deontologismo, la tolerancia o es impracticable, o es un vicio, o es irracional.

Esta es, pues, la estructura particular que González de la Vega ofrece sobre la imposibilidad de la tolerancia de acuerdo con su caracterización de los compromisos deontológicos al más alto nivel de abstracción.

3. El lugar inicial de la tolerancia en el liberalismo igualitario

Quizás toda la crítica planteada por González de la Vega se pueda mitigar asumiendo una versión menos estricta del liberalismo deontológico.⁶ En particular, una que no se comprometa con la inverosímil tesis del deontologismo rígido.

⁶ Esto es explícitamente señalado por Vidiella (2015): “A mi modo de ver, lo que permite a González de la Vega sostener tales argumentos es una determinada versión del liberalismo deontológico, versión que no es la única posible –dudo, incluso, que sea la hegemónica–; pues algunos de los filósofos que se mencionan en el artículo, por ejemplo Carlos Nino y Thomas Nagel, no sostienen la totalidad de las tesis que se endosa a esta corriente” (p. 104).

Para hablar del liberalismo igualitario rawlsiano, parece que el deontologismo rígido es ajeno a su intento por ofrecer una alternativa neo-kantiana ante el reinante utilitarismo en la ética y la filosofía política de la época. Los contrastes entre ambas posiciones, como el propio González de la Vega señala en varias ocasiones, tienen más que ver con la importancia que el segundo confiere a la maximización de la utilidad como criterio moral superior, con su ponderación de lo bueno por encima de lo correcto, con oponerle un modelo de contractualismo hipotético para justificar los principios de justicia, etc. En ningún momento de Una teoría de la justicia se ofrece, en cambio, una caracterización tan estricta y cerrada del razonamiento práctico como la que pinta el deontologismo rígido. Esto es todavía más claro si consideramos los tres puntos de vista que Rawls (2005, p. 28) distingue: (i) el punto de vista de las partes en la posición original, (ii) el punto de vista de los ciudadanos que viven en una sociedad bien ordenada tal cual la imaginamos, y (iii) nuestro punto de vista como teóricos. Nosotros como teóricos, dice Rawls, imaginamos las condiciones ideales de deliberación en las que las partes deciden equitativamente qué principios de justicia deben regir la distribución de cargas y ventajas de la cooperación social entre los ciudadanos que representan. A su vez, nosotros imaginamos cómo operará el razonamiento moral de dichos ciudadanos dentro de lo que consideramos una sociedad bien ordenada. En ningún momento Rawls menciona que nosotros como teóricos debemos suponer que el razonamiento moral de las partes en la posición original, o el de los ciudadanos en una sociedad bien ordenada, está circunscrito por el deontologismo rígido. Tampoco sostiene Rawls que nosotros mismos como teóricos debamos aceptarlo para ofrecer una alternativa a la justificación de una democracia liberal hecha por el utilitarismo.

El rechazo al deontologismo rígido es más claro todavía si nos remitimos a las ideas del Liberalismo Político donde, de hecho, Rawls abandona parte de la explicación neo-kantiana con relación a la estabilidad en una sociedad bien ordenada. Así, quizás valdría la pena recordar los recursos que tiene la teoría rawlsiana para dar cuenta de la existencia de la tolerancia en una sociedad bien ordenada.

Uno de los más importantes (y que los autores en este debate pasaron por alto) es, precisamente, la propia explicación que Rawls ofrece sobre

el origen del pluralismo razonable en condiciones de libertad de pensamiento. De acuerdo con Rawls (2005, pp. 56-57), el juicio moral opera bajo “las cargas del juicio”. Éstas son características del razonamiento que afectan y moldean el pensamiento moral de las personas y que, a la larga, hacen que incluso personas bien intencionadas no puedan llegar a un acuerdo sobre una cuestión moral particular. Como Rawls (2001) menciona, entre ellas se encuentran:

- (i) el que la evidencia relevante para evaluar una situación es difícil de determinar, e incluso cuando se delimita, puede haber desacuerdo con relación al peso que debe otorgarse a cada consideración relevante;
- (ii) el que los conceptos en general, pero los morales y políticos en particular, tienden a ser ambiguos, vagos e indeterminados, por lo que aceptan interpretaciones diferentes;
- (iii) el que la experiencia de vida pasada en general marca a qué valores, consideraciones o convicciones ofrecemos más peso (y dicha experiencia es diferente en cada agente);
- (iv) el que constantemente hay tipos de consideraciones distintas con fuerza normativa en ambos lados de un asunto;
- (v) el que todo sistema de instituciones sociales limita los valores aceptables dentro de sí mismo. (pp. 56-57).

Todos estos factores explican por qué las personas con las mejores intenciones en ocasiones no pueden llegar a acuerdos sobre cuestiones morales. Ahora, Rawls sostiene que las personas en una sociedad bien ordenada aceptan la operación de las cargas del juicio en el pensamiento moral. Esta idea fortalece mucho la suposición de que, en una sociedad liberal-igualitaria ideal, las personas guiarían su conducta por la virtud de la tolerancia, pues pueden entender el origen de la incorrección de las posturas de los demás (Quong, 2011, p. 253). Con ello, pueden mantener el juicio moral de que dichas posturas son a la vez incorrectas y permisibles en una sociedad marcada por el hecho del pluralismo razonable. De hecho, al terminar su explicación sobre las cargas del juicio, Rawls sostiene lo siguiente:

Estos comentarios conducen a un quinto hecho general que puede formularse así: muchos de nuestros juicios más importantes se hacen bajo condiciones en las que no es esperable que personas con consciencia y capacidades completas de razón, incluso después de discusión, arriben a la misma conclusión [...] Estas cargas del juicio son de primera importancia para una idea democrática de tolerancia. (Rawls, 2005, p. 58) [itálicas añadidas y traducción propia].

En este pasaje final sobre las cargas del juicio vemos cómo Rawls mismo liga su operación y aceptación por parte de los ciudadanos a la posibilidad misma de la tolerancia dentro de una sociedad bien ordenada.

Otro recurso que muestra cómo es posible y relevante la tolerancia en una sociedad liberal de acuerdo con Rawls (2005), es la idea de que los principios de justicia de una sociedad liberal igualitaria pueden ser objeto de un consenso entrecruzado (pp. 133-168). Esto es, los ciudadanos en ella aceptan los principios básicos de cooperación de acuerdo con sus propias razones, emanadas y embaladas con las ideas de su propia doctrina comprensiva.

En nuestro debate, esta idea es expresamente señalada por Lizárraga (2015). Sin embargo, me parece que Lizárraga se equivoca al sostener que la tolerancia opera solamente cuando en una sociedad existe un *modus vivendi*:

[...] cuando se trata del problema de la estabilidad como veremos en el acápite siguiente—, el consenso traslapado no se alcanza entre personas tolerantes, sino entre personas razonables. Una persona tolerante solo apostaría al *modus vivendi*, y no al consenso profundo entre doctrinas razonables. (Lizárraga, 2015, p. 79).

Esta afirmación me parece equivocada. Recordemos que, de acuerdo con Rawls (2005), un *modus vivendi* es un estado de cosas en el cual los ciudadanos aceptan la existencia de las doctrinas comprensivas de los demás exclusivamente debido a razones prudenciales; si el equilibrio de fuerzas cambiara, exigirían al Estado que fomentara con el uso coercitivo de sus instituciones su propia doctrina comprensiva y suprimiera las demás. En cambio, un consenso entrecruzado es un estado de cosas en el cual cada persona acepta los mismos principios de justicia por razones

compatibles con su doctrina comprensiva y en el que nunca se tiene la motivación de imponer dicha doctrina en detrimento de las demás con los medios coercitivos del Estado. Por ello, el segundo estado de cosas, y no el primero, hace a la sociedad estable por las razones correctas (Rawls, 2005, p. xli).

Que Lizárraga se equivoca al sostener que la tolerancia es necesaria en un *modus vivendi* y no cuando hay un consenso entrecruzado alrededor de los principios de justicia puede mostrarse señalando la relación de la tolerancia con la razonabilidad. Como bien señala González de la Vega: “para esta clase de filósofos la tolerancia es una virtud de la justicia a la que sólo tienen acceso aquellas personas razonables que han desarrollado un sentido de la justicia” (2015a, p. 26). Esto es, ser razonable, en mucho es ser tolerante con las doctrinas comprensivas razonables de los demás. En el caso rawlsiano, esto queda asentado por la relación ya mencionada entre la posibilidad de la tolerancia y la aceptación de las cargas del juicio, uno los rasgos más importantes de la razonabilidad de acuerdo con Rawls. Y debe recordarse que una forma de entender la distinción entre *modus vivendi* y consenso entrecruzado es, precisamente, que en el primer caso los ciudadanos aceptan la pluralidad en su sociedad porque son racionales, mientras que en el segundo lo hacen porque son razonables.

En cambio, Lizárraga sostiene que una diferencia entre un *modus vivendi* y un consenso entrecruzado es que en el segundo caso los ciudadanos ya no toleran las doctrinas comprensivas de los otros, sino más bien las valoran debido a un “consenso más profundo”. Pero si hay un consenso más profundo en el segundo caso, éste es alrededor de los principios de justicia mismos aceptados por todos, y no en la supuesta validez moral de las doctrinas comprensivas de todos. Sigue siendo el caso, pues, que cuando existe un consenso entrecruzado profundo alrededor de los principios de justicia, los ciudadanos creen que su doctrina es correcta y las otras no –a pesar de que éstas deban permitirse dado que también aceptan, defienden y se circunscriben a los mismos principios de justicia que la suya propia–.

Así, pues, *pace* Lizárraga, parece que la idea de consenso entrecruzado refuerza la suposición de que los ciudadanos de una sociedad bien ordenada son tolerantes. Aceptar que existen razones provenientes de otras doctrinas comprensivas que validan los mismos principios de cooperación social,

fomenta el aceptar la convivencia con las personas que profesan dichas doctrinas comprensivas –aunque éstas se consideren incorrectas–.⁷

Una última noción rawlsiana en la que la tolerancia adquiere peso central es la propia idea de la razón pública (Rawls, 2005, pp. 440-490). Como se sabe, bajo esta idea Rawls sostiene que los ciudadanos, a la hora de justificar las políticas públicas que regirán la vida y cooperación de todos (en particular aquellas relacionadas con las esencias constitucionales), están dispuestos a ofrecer razones exclusivamente aceptables para todos; esto es, a ofrecer razones cuya fuerza normativa no dependa de una doctrina comprensiva particular. Estas son las razones que provienen de los valores políticos básicos –como la libertad, la igualdad, la solidaridad, la eficiencia, la estabilidad, etc. –. La deliberación pública tiene que darse bajo el marco que ofrecen estas razones. Sin embargo, Rawls (2005, pp. 479-481) es claro en que no siempre se llegará a un acuerdo en todos los temas relevantes de la vida pública y que en ocasiones habrá que recurrir a votaciones. En estos casos podemos suponer que los ciudadanos razonables que perdieron la votación toleran dicha política pública, pues la aceptan, aunque les parezca equivocada.

Estas tres ideas (las cargas del juicio, la posibilidad del consenso entrecruzado y la razón pública) muestran cómo al menos idealmente una sociedad liberal-igualitaria fomenta y necesita la tolerancia entre sus integrantes.

⁷ A favor de la interpretación de Lizárraga podría argüirse que, de acuerdo con Forst (2017), hay un sentido de tolerancia que aplica precisamente a un *modus vivendi*. Forst lo denomina “la concepción de coexistencia” de la tolerancia. Sin embargo, dicha noción es ajena a la teoría rawlsiana, pues la tolerancia en esta teoría se asemeja más a la concepción que Forst denomina “la concepción del respeto” –en la que las personas toleran los modos de vida que les parecen incorrectos no por consideraciones de racionalidad instrumental (como en el caso de la concepción de coexistencia), sino porque es lo correcto entre iguales–. Que esta noción es propia del liberalismo político rawlsiano lo atestigua el pasaje de Rawls (2005, p. 58) citado anteriormente, que fundamenta la tolerancia en la aceptación de las cargas del juicio –y no en las ventajas contingentes de ser tolerante dadas determinadas situaciones de correlación de fuerzas–. Además, incluso si suponemos que hay cierta idea de “tolerancia como coexistencia” en un *modus vivendi*, esto no altera el hecho de que hay “tolerancia como respeto” en un consenso entrecruzado (cosa que Lizárraga niega debido a que, como vimos, sostiene equivocadamente que en un consenso entrecruzado los ciudadanos tienen un consenso más profundo sobre la validez de sus distintas y divergentes doctrinas comprensivas). Agradezco a un dictaminador anónimo por presionar esta idea.

En el fondo, todas ellas resultan incompatibles con el deontologismo rígido. Además, la tolerancia que fomentan estas tres ideas es tarea compleja. Como bien señala Montero (2015):

La decisión de tolerar o no un comportamiento que desaprobamos dependerá de una serie de variables difíciles de sopesar en su conjunto [...] Como consecuencia, la tolerancia no es para el liberalismo político una operación simple que se realiza una sola vez por cada creencia. Antes bien, requiere de una deliberación que sopesa numerosas variables en un análisis caso por caso. Algunas de esas variables se relacionan con hechos circunstanciales, otras con contextos sociales particulares, y otras suponen una consideración de las consecuencias que diversos cursos de acción podrían producir. Solo un verdadero phronimos, dotado de gran experiencia y capacidad para la reflexión moral, puede reconocer el justo medio entre extremos que la tolerancia representa. Acertar en este esquivo blanco no es en absoluto comparable a pasar un filtro sobre un sistema de creencias contradictorias. (pp. 63-64) [referencias suprimidas].

En este pasaje, Montero detalla lo complicado que puede resultar realizar una ponderación adecuada de consideraciones y variables para decidir cuándo una conducta que desaprobamos tiene que ser tolerada. Sin embargo, dichas ponderaciones son continuamente necesarias en una sociedad democrática, liberal e igualitaria –al punto de que, cuando no se logran, son una aspiración–. Por supuesto, puede criticarse si estas ideas (la aceptación de las cargas del juicio, la posibilidad del consenso entrecruzado y el uso exclusivo de la razón pública) reflejan el pluralismo que de hecho encontramos en las sociedades democráticas actuales y, con ello, si acaso la tolerancia en ellas es plausible más allá de estas idealizaciones.⁸ Pero este reto empírico es distinto al planteado por González de la Vega que, como hemos visto, sostiene que hay un problema conceptual en los compromi-

⁸ Para una crítica al valor de las idealizaciones en filosofía política véase Mills (2005) y Sen (2009). Para una defensa de dicho valor véase Valentini (2009); Lawford-Smith (2010) y Simmons (2010).

tos teóricos centrales, en el más alto nivel de abstracción, del liberalismo igualitario que hace que la tolerancia sea inoperante. El reto de González de la Vega, como hemos visto, viene de la dirección opuesta.

4. Una propuesta particular para resolver la paradoja

No es de extrañar, con las observaciones hechas por sus comentaristas para rescatar a la tolerancia (y que se complementan con las razones expresadas en la sección anterior), que González de la Vega mismo concediera en el texto final de esta discusión que la paradoja de la tolerancia que presentó puede encontrar solución. El autor trata de encontrar salida a ella apelando a una teoría moral concreta: a saber, el particularismo de Jonathan Dancy (1993). Con dicha teoría en mano, González de la Vega pretende argumentar que, contextualmente, una de las dos convicciones morales en pugna cede ante la otra y ello permite que la persona sea tolerante en esa ocasión sin dejar de mantener ambas convicciones. Nos dice el autor:

Lo que hasta aquí he argumentado es cómo parte del particularismo de Dancy apoya la idea de la repuesta contextual. La idea general ha sido que, en casos de tolerancia, las circunstancias y los contextos definen el peso específico de cada paquete de razones que tengamos para tolerar o dejar de hacerlo. (González de la Vega, 2015b, p. 136).

Me parece que González de la Vega tiene razón al sostener que en cada caso en donde una persona es tolerante con otra efectivamente una de sus convicciones en pugna cede ante otra, y el contexto puede ser determinante para saber qué peso conceder a cada convicción moral en juego. Sin embargo, creo que cualquier liberalismo comprometido con la tolerancia no necesita asumir la posición teórica específica defendida por Dancy (1993) para arribar y aceptar este mismo resultado.

Asumir que la tolerancia sólo es posible si el particularismo de Dancy (1993) es correcto es una tesis extremadamente problemática. Para empezar, deberíamos dilucidar si dicha tesis es de carácter descriptivo o normativo: ¿son los ciudadanos tolerantes particularistas y no lo saben, o deben serlo y saberlo? En el segundo caso, esto entraría en conflicto con la liber-

tad de pensamiento propia del liberalismo mismo, máxime el hecho permanente del pluralismo razonable que es inherente a las sociedades democráticas al que ya hemos aludido en varias ocasiones. Como bien detalla González de la Vega (2015b, p. 136), en su oposición al universalismo, el particularismo se compromete con tesis metaéticas robustas y profundas, como la idea de que de hecho no existen los principios morales como tal.

Otro problema de asumir el particularismo para explicar la posibilidad de la tolerancia, como también señala González de la Vega, es que usualmente el razonamiento práctico en general, y claramente el que se ejerce dentro de los contextos morales de las sociedades liberales-igualitarias, se rige también por principios morales de acción y cooperación política: la libertad, la igualdad, la solidaridad, son a la vez valores rectores fundacionales del sistema y también principios morales de acción concreta que tienen que sopesarse y respetarse en las interacciones que guían la cooperación social y las interacciones ciudadanas. Sin embargo, como hemos visto, el particularismo niega la existencia de principios morales como tal.

Debido al segundo problema mencionado, González de la Vega (2015b) acude a una distinción al interior del particularismo:

Garrett Cullity señala la existencia de dos tesis distintas del particularismo moral: por un lado, encontramos la tesis de que no existen principios morales tal y como suelen ser concebidos por el pensamiento universalista y, por otro lado, está la tesis de que al menos algunas de las circunstancias empíricas de un caso carecen de relevancia moral fija (siempre a favor de su corrección o siempre en contra), sino que estas pueden variar en función del contexto. El particularismo de Dancy defiende conjuntamente ambas tesis, mientras que la tesis que yo defiendo solo recoge la segunda de ellas: la que se podría denominar como particularismo de razones; en contraste con Dancy que defiende tanto un particularismo de razones como un particularismo de reglas. De esta manera, sostengo el valor moral de ciertos principios. Sin embargo, pretendo vincular a su actuación normativa una valoración del contexto en el que están siendo invocados. (pp. 136-137) [referencias suprimidas].

Con esta distinción en mano, González de la Vega trata de mantener la existencia de principios morales a la vez matizando su pertinencia en determinadas situaciones, y las razones que ofrecen para actuar, en función del contexto particular que se enfrente.

Me parece que esta posición es correcta. Sin embargo, creo que dicha posición, y también la idea de que una convicción moral puede ceder ante otra en una circunstancia determinada sin que renunciemos a ninguna de ellas, son compatibles con muchas formas de entender el razonamiento práctico humano. La mejor deontología kantiana⁹, el utilitarismo, el particularismo, la ética de la virtud, el realismo moral o las convicciones religiosas profundas deben poder acomodar ambas. Y ello es importante si hablamos en términos descriptivos, pues la libertad de pensamiento de una sociedad liberal-igualitaria permite y fomenta que cada ciudadano crea (en mayor o menor grado) en cada una de estas diferentes explicaciones del origen y estructura del valor moral. Por ello, me parece que esto es correctamente señalado por Vidiella (2015) cuando sostiene:

[...] la indeterminación cognitiva y, por tanto, la racionalidad imperfecta es algo con lo que hay que contar si se pretende construir una teoría moral que, aunque suponga condiciones ideales, sea realista. Creo que es posible ser un deontologista moral y admitir una racionalidad imperfecta capaz de acoger las indeterminaciones y los dilemas. (p. 104).

Ante este punto, quizás González de la Vega diría que su crítica omitió estas consideraciones porque su punto era todavía más general, presentado ante una descripción profusamente universalista de lo que llama liberalismo deontológico –aquella comprometida con el deontologismo rígido–. Así, quizás podamos entender el punto central de González de la Vega como una advertencia para los teóricos liberales: si acaso la tolerancia es una virtud central para una sociedad democrática, liberal e igualitaria, entonces es mejor renunciar teóricamente a un universalismo, digamos, un tanto irreflexivo, en el que las normas, principios o convicciones morales

⁹ Sobre cómo la tolerancia, la importancia del contexto y el kantismo (acaso la teoría deontológica por excelencia) son compatibles, véase Herman (1996).

se tomen como universales, absolutas e inderrotables. Dada la complejidad del razonamiento práctico en distintos contextos, incluidos algunos en los que la tolerancia es una virtud de pensamiento y conducta sobresaliente, cualquier teórico que quiera fundamentar un sistema liberal igualitario debe renunciar a dicha concepción rígida del razonamiento moral.¹⁰

5. El lugar de la tolerancia en las interacciones personales

Quisiera terminar aventurando una propuesta de corte rawlsiana sobre cómo podría extenderse esa virtud a la esfera de interacciones personales. Como sabemos, a pesar de todo lo que Rawls nos dice sobre la importancia de la práctica de la tolerancia en una sociedad liberal igualitaria bien ordenada, no nos dice mucho sobre cómo podría ejercerse en el dominio de interacción personal, o incluso si acaso debe hacerse. En esto, me sumo a la crítica central ofrecida por Lizárraga en contra de esta propuesta teórica. Una tajante división de lo público y lo privado, de la esfera política y la personal, hace que cualquier proyecto teórico de liberalismo igualitario no responda a problemas importantes que suceden y sucederán en todas las sociedades liberales.

Por ello, a pesar de que Rawls mismo no haya detallado sobre esto, creo que hay muchas razones para sostener que la tolerancia sí ocupa un lugar en el dominio personal dentro de la mejor descripción rawlsiana de una sociedad bien ordenada. De hecho, para decirlo en pocas palabras,

¹⁰ También coincido con Vidiella (2015, pp. 107-108) en que conviene adoptar en esta discusión la distinción de Lariguet y Martínez (2008) entre conflictos y dilemas morales. En el primer caso, existe un conflicto entre diferentes principios, normas o razones de acción, pero éste puede resolverse incluso sin abandonar la fuerza normativa de ambos principios en general. En el segundo caso, cuando existe un conflicto entre principios o cursos de acción, cualquiera que sea el camino que se elija habrá una pérdida moral, algo que lamentar. Como señala Vidiella, los problemas que competen a la tolerancia son casos de conflictos morales así estipulados y no dilemas. Esto es así porque cuando el agente resuelve ser tolerante ante una situación, a pesar de que dos principios de acción que acepta colisionan, no hay pérdida moral cuando se decanta por el principio que permite la acción que se condena moralmente. Con ello, Vidiella ofrece razones en contra de la posible “recalcitrancia” de la tolerancia. Dicha cualidad, asociada con el vértigo y la pérdida moral, puede ser más propia de los dilemas morales —en los cuales la tolerancia no juega ningún papel.

me parece que ésta es fundamental para asegurar tanto el respeto propio como el mutuo. Como es de todos conocido, estas dos formas de respeto son de extrema importancia para Rawls, pues a una se refiere como “el bien primario más importante” (Rawls, 1999, p. 386)¹¹ y a la otra como un deber natural (p. 297). Sin embargo, dichas nociones tienen que desarrollarse un poco más, pues las palabras originales de Rawls sobre ambas no son suficientemente específicas. Al hacerlo, me parece, nos damos cuenta de que la tolerancia ocupa un lugar central dentro de las sociedades liberales también en las interacciones personales.

En otras oportunidades,¹² he defendido que el respeto propio es una actitud moral que requiere (i) tener una valoración positiva de quien se es,¹³ (ii) intentar realizar el modo de vida que uno ha elegido¹⁴ y (iii) defenderse exigiendo respeto por uno mismo en tanto que igual ciudadano y tolerancia hacia el modo de vida propio.¹⁵ Por su parte, también considero que el respeto mutuo requiere (i) conducirse razonablemente en el dominio político y (ii) conferir respeto a los demás en tanto iguales ciudadanos y, por esa razón, tolerar su distinto modo de vida en el dominio de interacción personal.

Estas caracterizaciones engarzan directamente la tolerancia necesaria en una sociedad liberal con la misma posibilidad del respeto propio y el mutuo. De este modo, entienden a la tolerancia como una virtud de carácter que va más allá de la esfera estrictamente política, y que más bien debe operar también en la esfera de interacciones personales –dado que estas formas de respeto deben operar también en esa otra esfera–.

Por supuesto, este no es el lugar para detallar estas caracterizaciones de inspiración rawlsiana. Sólo quiero señalar, primero, cómo sintonizan firmemente con lo que Montero expresa en la discusión que nos ocupa:

A la luz de lo anterior se vuelve evidente no solamente que el liberalismo político puede acomodar perfectamente la virtud de la

¹¹ Sobre la importancia del respeto propio para sostener la prioridad del principio de las libertades sobre los demás en la teoría de Rawls, véase Sue, (1975).

¹² Véase Vaca (2021).

¹³ Véase Constance y Fox (2003).

¹⁴ Véase Rawls (1999, p. 386) y Hill (1995).

¹⁵ Véase Boxill (1976); Moody-Adams (1995) y Rawls (2001, p. 85).

tolerancia, sino además que esta virtud es una parte absolutamente constitutiva de este punto de vista. Como vimos, el desdoblamiento de perspectivas liberal no surge de una renuncia a nuestras convicciones éticas más profundas, ni de un compromiso pragmático con prácticas, conductas o actos que no tenemos la capacidad de suprimir. Es, en cambio, una instanciación de la idea de respeto hacia las personas que yace en el corazón mismo del programa liberal. (Montero, 2015, p. 64).

Coincido plenamente con este planteamiento. Como ya he mencionado, tolerar el modo de vida de una persona cuando este nos parece incorrecto es constitutivo de mostrar respeto hacia ella en tanto que igual ciudadano. Igualmente, exigir tolerancia a nuestro modo de vida es constitutivo de nuestro respeto propio.

Finalmente, en sintonía con lo anterior, quiero detenerme en cómo las caracterizaciones ofrecidas pueden ayudar a hacer frente a lo que en algunas ocasiones se considera como una crítica no a la posibilidad de la tolerancia en una sociedad democrática (como la que ha guiado el debate de González de la Vega y colegas), sino más bien a la pertinencia de ella. Tanto en el activismo como en las voces teóricas preocupadas por grupos minoritarios o vulnerables de distinto tipo, recurrentemente se escucha la siguiente consigna: “No queremos tolerancia, queremos respeto”. En la actualidad, dicha crítica ha cobrado relevancia en los discursos que ponen el acento en las distintas identidades de los ciudadanos, y no tanto en lo que el liberalismo igualitario tradicionalmente ha entendido como sus modos de vida –usualmente caracterizados como un conjunto de creencias y fines–. Considérese lo que menciona Jones a este respecto:

[E]l lenguaje de la identidad hunde las particularidades de las personas en su propio ser. Sus particularidades se convierten en sellos distintivos de quiénes son, en lugar de meras manifestaciones de lo que creen o lo que hacen. Por lo tanto, tolerar la identidad de alguien se vuelve equivalente a tolerar su propia existencia. Pero que la mera existencia de alguien sea objeto de nuestra tolerancia es una proposición que, con razón, nos desconcierta. (Jones, 2006, p. 140).

Creo que Jones tiene razón al sostener que la tolerancia no parece ser la relación moralmente adecuada que debe privar entre las identidades que

los ciudadanos recrean con sus propias vidas. En cambio, como la consigna mencionada anteriormente expresa, la relación moralmente adecuada entre ellas parece caracterizarse mejor bajo la idea de respeto. Y precisamente eso es lo que la definición que he ofrecido pretende permitirnos: relacionarse correctamente con otros en una sociedad democrática implica respetarlos sólo por el mero hecho de ser iguales ciudadanos en la comunidad política. Dicho respeto básico, que puede caracterizarse como una forma de lo que Darwall (1977) ha llamado “respeto del reconocimiento” (en oposición al “respeto valorativo”), fundamenta el que los ciudadanos toleren esas partes del modo de vida de los otros con las que están en desacuerdo. En este sentido, puede decirse que cada identidad tiene asociado un modo de vida, o variaciones reconocibles de éste, formado por creencias, acciones y fines particulares. Tolerar este modo de vida es compatible con (y necesario para) respetar irrestrictamente a esa persona y a su identidad, por el mero hecho de ser un igual ciudadano en la comunidad política.

Algo parecido a esto defiende el propio Jones, ubicando precisamente ahí el espacio en el que la tolerancia acaso continuará siendo relevante en las sociedades actuales ante la preeminencia de las identidades sociales:

¿Entonces, la tolerancia tiene futuro? Si lo hace, no es porque pueda transferirse fácilmente de un mundo de creencias a un mundo de identidades. Se debe a que las creencias y los valores diferentes y conflictivos siguen siendo una parte muy importante de nuestro mundo y porque las creencias y los valores deben tratarse como creencias y valores y no como meros marcadores de identidad. Si representamos creencias y valores como nada más que marcadores de identidad, los reconocemos erróneamente tanto a ellos como a sus titulares. (Jones, 2006, p. 143).

Así, en sintonía con estas ideas, podemos decir que en una sociedad democrática no hay que decidir entre el fomento del respeto o de la tolerancia. Hay que procurar ambos en sus dimensiones respectivas. De hecho, como vimos, asegurar el respeto requiere asegurar la tolerancia. Y el Estado ocupa un lugar central en esta tarea, pero sobre ello ya no puedo extenderme en estas páginas.

Bibliografía.

- Boxill, B. (1976). Self-Respect and Protest. *Philosophy and Public Affairs*, 6(1), 58-69.
- Constance, R. y Foxx, R. (2003). Self-Respect. A Neglected Concept. *Philosophical Psychology*, 16(2), 247-288.
- Dancy, J. (1993), *Moral Reasons*. Oxford y Cambridge: Blackwell.
- Darwall, S. (1977). Two Kinds of Respect. *Ethics*, 88(1), 136-149.
- Forst, R. (2017). Toleration. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.). Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/toleration>
- Garzón Valdés, E. (2000). 'No pongas tus sucias manos sobre Mozart'. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia. En *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política* (pp. 181-198). México: Paidós/Facultad de Filosofía y Letras-UNAM.
- González de la Vega, R. (2010). ¿Es posible hablar de tolerancia entre iguales? Algunas consideraciones críticas. *Diánoia. Revista de Filosofía*, LV(64), 109-126.
- González de la Vega, R. (2015a). Legalismo moral y tolerancia. Crónica de una muerte anunicada. *Discusiones*, 16(1), 15-54.
- González de la Vega, R. (2015b). Universalismo generalista y particularismo moderado. *Discusiones*, 16(1), 115-144.
- Harman, B. (1996). Pluralism and the community of judgment. En D. Heyd (ed.). *Toleration. An Elusive Virtue* (pp. 60-80). New Jersey: Princeton University Press.
- Hill, T. (1995). Self-Respect Reconsidered. En Dillon, R. (ed). *Dignity, Character, and Self-Respect* (pp. 76-93). Londres: Routledge.
- Kymlicka, W. (1996). Two models of pluralism and tolerance. En D. Heyd (ed.), *Toleration. An Elusive Virtue* (pp. 60-80). New Jersey: Princeton University Press.
- Lariguet, G. y Martínez, D. 2008. *Els dilemes morals*. Barcelona: UOC.
- Lawford-Smith, H. (2010). Debate: Ideal Theory—A Reply to Valentini. *The Journal of Political Philosophy*, 18(3), 357-368
- Lizarraga, F. (2015). Tolerancia, modus vivendi y consenso en el liberalismo rawlsiano. *Discusiones*, 16(1), 73-97.

- Montero, J. (2015). El liberalismo deontológico vuelve a la vida (y mucho antes de lo pensado). *Discusiones*, 16(1), 55-72.
- Mills, C. (2005). Ideal Theory as Ideology. *Hypatia*, 20(3), 165-184.
- Moody-Adams, M. (1995) Race, Class, and the Social Construction of Self-Respect. En R. Dillon (ed.). *Dignity, Character, and Self-Respect* (pp. 271-289). Londres: Routledge.
- Ortiz Millán, G. (2016). Sobre la distinción entre ética y moral. *Isonomía*, 45, 113-139.
- Quong, J. (2011). *Liberalism without Perfection*. Oxford: Oxford University Press.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, M.: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge, M.: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2005). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press.
- Simmons, J. (2010). Ideal and Non-Ideal Theory. *Philosophy and Public Affairs*, 38, 5-36.
- Sen, A. (2009). *The Idea of Justice*. Cambridge, M.: Harvard University Press.
- Sue, H. (1975). Liberty and Self-Respect. *Ethics*, 85(3), 195-203.
- Vaca, M. (2021) El respeto y sus bases sociales. *Revista latinoamericana de filosofía política*, X(1), 1-36.
- Valentini, L. (2009). On the Apparent Paradox of Ideal Theory. *The Journal of Political Philosophy*, 17, 332-355.
- Vidiella, G. (2015). Comentario a “Legalismo moral y tolerancia. Crónica de una muerte anunciada” de René González de la Vega. *Discusiones*, 16(1), 99-113.
- Williams, B. (1996), Toleration: An Impossible Virtue? En D. Heyd (ed.). *Toleration. An Elusive Virtue* (pp. 18-27). Nueva Jersey: Princeton University Press.

Instrucciones
para autoras/es

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista consta de dos secciones. La primera sección, titulada *Discusiones Principal*, está dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de comentarios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La segunda sección, titulada *Otras Discusiones*, incluye los siguientes tipos de contribuciones: reseñas que discutan una idea central presente en un libro o conjunto de artículos considerados clásicos o de reciente aparición; balances de discusiones que hayan tenido lugar en esta revista o en otras sedes, intentando proyectarlas hacia el futuro; análisis críticos de fallos nacionales o internacionales o de líneas jurisprudenciales de una Corte o Tribunal de relevancia; o cualquier modalidad de artículo académico que aborde temas de interés de la revista.

Envío y evaluación

Discusiones: sección principal. Para ser considerado para su publicación, todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado a la revista registrándose en nuestro sitio web. De todas formas, un envío preliminar puede realizarse al correo electrónico de la revista: revistadiscusiones@gmail.com

El contenido de esta sección surgirá de la decisión del Director, por propuesta del Comité Científico o por una propuesta externa. Las propuestas de discusión para esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del/de la editor/a y los/las discutidores/ras. La propuesta será evaluada por el Director solicitando opinión del Comité Científico. En caso de ser aceptada, el texto principal será remitido por la Secretaría de redacción para su referato ciego por dos pares externos. Si hay desacuerdo se remitirá a un tercer par externo. Finalizado el proceso de evaluación, corresponderá

al/a la editor/a propuesto/a la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de las personas indicadas como comentaristas y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal; además escribe la introducción. Comentarios y réplicas serán evaluados de manera abierta por el editor/a invitado/a y/o el director. Los textos propuestos para esta sección no deberán exceder las 10.000 palabras (incluyendo bibliografía y notas al pie) y deberán respetar las normas editoriales de la revista.

Otras Discusiones. La participación en la sección resultará mediante invitación del Director o mediante envío del artículo, a través de la página web de la revista, de acuerdo con los términos y las fechas indicadas en las convocatorias periódicas. La propuesta debe incluir los siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría; (3) en su caso, archivo word o pdf de la/s sentencia/s analizada/s. Tanto en el caso de invitación como en el de respuesta a convocatoria, el texto será remitido por la Secretaría de redacción para su referato ciego por dos pares externos. Si hay desacuerdo se remitirá a un tercer par externo. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras (incluyendo bibliografía y notas al pie) y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

En todos los casos, el Director y las Secretarías de redacción verificarán que el par externo encargado de la evaluación no pertenezca a la misma institución que el autor/la autora.

Instrucciones generales de escritura y citado

Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente Times New Roman 12. En todas las secciones, a partir del segundo párrafo se utilizará sangría izquierda de 0,5 cm. en la primera línea (el primer párrafo no lleva sangría). Se debe evitar el uso de tabulación, lista y viñetas.

El título principal, en español, estará redactado en negrita, con interlineado a espacio y medio, alineado a la derecha y en letra fuente Times New Roman 14. Debajo (sin dejar espacio) deberá incluirse, en cursivas, sin negritas y alineado a la derecha, el título en inglés.

Inmediatamente (sin dejar espacio) bajo el título principal de cada trabajo (alineado a la derecha), en letra fuente Times New Roman 12, las/os autoras/es pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico (título máximo), de su pertenencia institucional (incluyendo ciudad y país) y de su correo electrónico.

A dos espacios (abajo) del nombre, se ubicará, en español y en inglés, el resumen, de no más de 150 palabras, y las palabras claves (entre 3 y 6). Deben redactarse en letra tamaño 10, interlineado sencillo y con sangría izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas. Primero se incluirá la versión en español y, a un espacio (abajo), se incluirá la versión en inglés. Los títulos “Resumen”, “Palabras clave”, “Abstract” y “Keywords” deben ir en negrita. Las palabras clave irán separadas por medio de comas.

A dos espacios (abajo) se ubicará el primer título. Los títulos y subtítulos estarán redactados en negrita y tamaño 14, dejando un espacio entre el (sub) título y el primer párrafo. La numeración de los títulos y subtítulos se hará en números arábigos. Ej: 1. Mujeres al poder; 2.1. Feministas a la cabeza. Debe evitarse utilizar el formato de tabulación, numeración y viñetas para la enumeración de títulos y subtítulos (y también dentro del cuerpo del texto).

Entre los títulos (o subtítulos) y el primer párrafo de cada sección debe dejarse un espacio.

Las citas textuales, de una extensión menor a tres renglones, se indicarán entre comillas voladas dobles y se usarán comillas voladas simples si la cita incluye comillas.

Las citas textuales de una extensión mayor a tres renglones se deberán indicar en párrafo separado, sin comillas, con sangría izquierda de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, y deberán estar redactadas en fuente Times New Roman 11, redondas, interlineado simple. Debe dejarse un espacio antes y después de la cita.

En caso de que la/el autor/a decida insertar argumentos en párrafo separado fuera del cuerpo del texto, el formato será en Times New Roman 12, interlineado 1,5, con sangrías izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, sin uso del formato de tabulación, numeración y viñetas. Debe dejarse un espacio antes y después.

Referencias

Las referencias se realizarán siguiendo el sistema de la American Psychological Association (Normas APA 6ta edición), por lo que se incluirán en el cuerpo del texto y deben ir entre paréntesis, indicando el apellido de la autora o autor, la fecha de publicación y el número de página(s) antecedido por la abreviatura “p.” si se trata de una sola página. Ejemplo: “Como se ha dicho, el derecho es doblemente indeterminado” (Guastini, 2014, p. 55).

Si se trata de más de una página utilizar la abreviatura “pp.” y un guion entre los números de páginas. Ejemplo:

“Desde un punto de vista exclusivamente lógico optar por reconstruir la noción de derecho a partir de la noción de sistema abierto, es tan admisible como hacerlo a partir del modelo de sistema cerrado” (Redondo, 2000, pp. 43-44)

Si se hace una mención general, se hará constar solamente el apellido de la autora o autor y el año de publicación de la obra. Ejemplo:

Este tema ya ha sido abordado otras veces (Bayón, 1994; Redondo, 1996).

Si se cita de la traducción, debe indicarse primero el año de publicación del original y luego, separado por barra, el año de publicación de la traducción: Schauer (1991/2004)

Las referencias bibliográficas se harán en notas a pie de página únicamente cuando sea inadecuado para el desarrollo del texto hacerlo en el cuerpo del texto. Se indicará la referencia siguiendo el siguiente formato: Véase apellido del autor/a (año, página). Ejemplo:

Véase Celano (2013, pp. 135-136).

Los números que reenvían a las notas se ubicarán luego del signo de puntuación, a excepción del guion –como aquí se muestra¹–. Las notas al pie de

página deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo, formato de párrafo justificado.

La bibliografía se incorporará al final del artículo, antecedida por el título “Bibliografía” en fuente Times New Roman 14, en negritas, y deberá contener exclusivamente las obras citadas (tanto en el cuerpo del texto como en las nota a pie de página). Debe dejarse un espacio entre el título “Bibliografía” y la primera referencia. Las referencias, ordenadas alfabéticamente según el apellido del autor o autora, se harán de la siguiente manera (para más indicaciones consultar directamente las Normas APA 6ta edición):

Si se trata de un libro: Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.

Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B. (2013). What can Plans do for Legal Theory?. En D. Canale y G. Tuzet (eds.), *The Planning Theory of Law* (pp. 129-152). London: Springer.

Si se trata de un artículo en revista: Redondo, M. C. (2006). Sobre la completitud de los sistemas jurídicos. *Análisis Filosófico*, 26(2), 294-324.

Si se ha citado de la traducción debe indicarse del siguiente modo: Foucault, M. (1976). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (Trad. A. Garzón del Camino). Barcelona: Siglo Veintiuno Editores. (Obra original publicada en 1975).

Las obras de un mismo autor o autora se listarán en orden descendente por fecha de publicación y usando letras cuando haya más de una publicación para un año (2010, 2001, 1997a, 1997b, etcétera).

La bibliografía estará redactada en letra Times New Roman 12, interlineado de 1,5 y llevará sangría francesa de de 0,5 cm.

Cuando se cita Normativa y Jurisprudencia, se citarán aparte, luego de la bibliografía. Deberán ir antecedidas del título “Normativa” o “Jurispruden-

cia”, en negritas, Times New Roman 14. Deberá seguirse el mismo formato que se utilizó para el citado de Bibliografía.

Para citar normativa

Órgano que la expidió, (fecha). Nombre. [número de ley o resolución, año].
Ejemplo:

Congreso de la Nación argentina (29 de octubre de 1921). Código Penal Argentino. [Ley 11179, 1921].

Para citar jurisprudencia

- Tribunales internacionales: nombre de la resolución, número (órgano que la expidió y fecha). Ejemplo:

The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08 (Corte Penal Internacional 21 de marzo de 2016).

En el cuerpo del texto se indicará: (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, 2016).

- Tribunales nacionales: órgano que expidió la resolución, número de resolución, fecha, “*nombre de la causa*”. Ejemplo:

Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba, A.I. n° 238, 26/08/2008, “*Gualda, Jorge Alberto p.s.a usurpación, etc.*”.

En el cuerpo del texto se indicará: (Gualda, 2008).

Lenguaje inclusivo

La Revista Discusiones recomienda y valora positivamente el seguimiento de las siguientes reglas de lenguaje inclusivo:

(i) Evitar el uso del masculino de manera genérica (*i.e.*, evitar “el refugiado” y usar, en cambio, “la persona refugiada”) y el uso de falsos genéricos (*i.e.*, evitar “los hombres” y usar, en cambio, “las personas” o “la humanidad”).

(ii) Preferir el uso de genéricos terminados en A, E o L (*i.e.* “la/el pianista”, “las/los asistentes”, “la/el profesional”) o, en su defecto, el correspondiente desdoblamiento (*i.e.*, “las/os niñas/os”, “la/el deportista”). En este último caso, se podrá apelar a las perífrasis o giros para evitar sobrecargas (*i.e.*, “Las personas interesadas” en lugar de “las/los interesadas/os”).

(iii) Evitar el uso de denominaciones sexuadas (*i.e.*, evitar “una mujer policía” y usar, en cambio, “una policia”).

(iv) Al proponer ejemplos, evitar aquellos que reproduzcan y refuercen un estigma, paradigma, sesgo, canon o dispositivo de opresión cuando, obviamente, no estén destinados a ejemplificar alguna de estas circunstancias.

