

¿Cómo encontrar normas jurídicas? Una revisión a la ontología desde la identificación

*How to Find Legal Rules?
A Revision of Ontology from the Identification*

SEBASTIÁN AGÜERO-SANJUAN

Resumen: Si la teoría del derecho persigue suministrar herramientas a los operadores jurídicos para gestionar los problemas de la práctica, resulta necesario disminuir la actual separación entre la actividad teórico-jurídica y la práctica del derecho. De ahí que, este trabajo persiga contribuir a reducir dicha distancia mediante el análisis de las principales propuestas en materia de ontología de las normas. Esta revisión se realiza a la luz de un extendido problema de los ordenamientos jurídicos contemporáneos: la identificación del derecho y sus limitaciones conceptuales. El examen explicita cierta concomitancia entre las propuestas teóricas y presenta una serie de consideraciones necesarias para identificar el derecho y, en concreto, contribuir a la solución del citado problema. De esta manera, se sugiere girar la discusión sobre la ontología de las normas hacia la identificación de ellas y evaluar las discusiones teórico-jurídicas con base en las exigencias de la práctica normativa.

Palabras clave: ontología de las normas, identificación del derecho, limitaciones conceptuales, conflictos normativos, derogación expresa

Abstract: If theory of law seeks to provide legal practitioners with tools to manage problems of practice, it is necessary to diminish the current distinction between the theoretical-legal activity and the practice of law. In this context, this piece of work expects to contribute

Sebastián Agüero-SanJuan, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.
Correspondencia: Campus Isla Teja s.n., Valdivia, Chile. sebastian.aguero@uach.cl

to reduce such distance through the analysis of the main proposals in terms of ontology of the norms. This review is developed in the light of a widespread problem of the contemporary legal systems: the identification of law and its conceptual constraints. The review signifies certain concomitances between the theoretical proposals and introduces a number of considerations needed to identify the law and, in particular, to help solve the aforementioned problem. In this manner, it is suggested to focus the discussion on the ontology of the norms towards their identification and evaluate the theoretical-legal discussions based on the requirements of the normative practice.

Keywords: ontology of the norms, identification of law, conceptual constraints, normative conflicts, express repeal

I. Introducción

En la actualidad, es posible constatar cierta disociación entre la manera en que se presentan los derechos positivos contemporáneos y la finalidad perseguida por las propuestas explicativas o reconstructivas provenientes de la teoría del derecho.

Por un lado, estos derechos contemporáneos, en el aspecto estructural, se caracterizan por una debilitada división de poderes, múltiples órganos de creación y aplicación normativa, y una importante distribución de competencias.¹ Además, en el aspecto material, se caracterizan por una profusa dictación de textos normativos —hipertrofia legislativa— y un excesivo remanente de elementos normativos no aplicados dentro del ordenamiento y/o cuya eliminación resulta prácticamente imposible —contaminación legislativa—.² Este último aspecto empeora considerablemente cuando se vincula con una elaboración normativa desprolija a través de prácticas legislativas tales como: (i) el uso de la deslegalización; (ii) los frecuentes reenvíos legislativos; (iii) la práctica de insertar cláusulas derogatorias generales; (d) la generalización de la

¹ Al respecto, véase Bermejo (2005), Muñoz Machado (2006), Mazzaresse (2007) y Zapatero (2009).

² Revisar Martino (1977), García de Enterría (1999) y Pérez-Luño (2000).

delegación legislativa; y (iv) la dictación de leyes *ad hoc*, entre muchas otras.³

Por otro lado, dentro de la teoría del derecho, algunos autores sugieren que sus trabajos deberían proporcionar a los operadores jurídicos un entramado conceptual acorde con sus necesidades y problemáticas, a través de la elucidación y/o redefinición de los conceptos empleados en la práctica. Así, proponen que la actividad teórica se dirija al estudio de la dogmática jurídica y/o de la jurisprudencia, por considerar que en ellas se plasman los conceptos y problemas propios de la práctica jurídica.⁴

De esta manera, si a partir de sus características estructurales y materiales, en los señalados ordenamientos jurídicos el principal problema de la práctica jurídica radica en la identificación del derecho, las propuestas iusfilosóficas debiesen ser deferentes con ello.⁵ Sin embargo, lo anterior no siempre ocurre, y esta disociación entre la teoría y la práctica se presenta de manera más marcada en la noción de norma.

Por consiguiente, este trabajo persigue girar la discusión sobre la ontología de las normas hacia la identificación de ellas y evaluar las discusiones teórico-jurídicas con base en las exigencias de la práctica normativa, pues de esta manera se da un primer paso hacia una mayor deferencia de la teoría con la práctica jurídica. Así, para alcanzar dicho propósito, la estructura interna del artículo desarrolla: (II) los criterios que permiten revisar las propuestas teórico-jurídicas sobre la ontología de las normas a la luz de las exigencias de la práctica jurídica y sus limitaciones conceptuales; (III) las propuestas ontológicas más influyentes en la teoría jurídica de manera evaluativa; (IV) las citadas propuestas a luz de la identificación del derecho y sus limitaciones conceptuales; y, a modo de recapitulación, (V) las principales conclusiones del trabajo.

³ Considerar, Viver i Pi-sunyer (1989); Peñaranda Ramos (1989); García de Enterría (1997) y Carbonell (2000).

⁴ Estas ideas en Kelsen (1919, p. 46), Scarpelli (1987, p. 2), Bulygin (1991, p. 363), Moreso (2002, p. 634) y Guastini, (2008, p. 256).

⁵ A modo de ejemplo, Riccardo Guastini (2014, p. 9) sostiene que “precisamente, un problema de la dogmática jurídica consiste en: identificar las normas jurídicas válidas o existentes” (traducción propia).

II. Criterios de revisión

De esta manera, para comenzar a atenuar esta disociación, resulta pertinente evaluar las principales propuestas ontológicas a luz de dos exigencias estrechamente vinculadas entre sí. Por un lado, un caso de gran relevancia capaz de ejemplificar los problemas de identificación de normas en los derechos positivos contemporáneos y, por otro lado, una propuesta de los alcances de nuestro entramado conceptual en materia de identificación.

A. Exigencia de la práctica jurídica

En abstracto, es posible formular un sinnúmero de inquietudes en torno a los problemas de nuestros derechos positivos contemporáneos y, a partir de ellos, testear las diversas propuestas sobre la ontología de las normas. Sin embargo, si una teoría del derecho adopta como finalidad proporcionar a los operadores jurídicos un entramado conceptual acorde con sus necesidades y problemáticas, resulta indiscutible revisar dichas teorías a la luz de un problema propio de la práctica jurídica en un ordenamiento determinado y no aceptar como suficientes o adecuadas las propuestas estrictamente abstractas.

Con su configuración actual, el conjunto de países que integran la Unión Europea (en adelante UE) constituye una representación apropiada que, en mayor o menor medida, cumple con todas las características atribuidas a los derechos positivos contemporáneos. Por lo cual, resulta apropiado recurrir al derecho de la UE como un caso paradigmático de derecho positivo contemporáneo y, a partir de él, presentar un problema de identificación que afecta a sus operadores jurídicos con relación a la integración del derecho de la UE con el derecho de sus estados miembros.⁶

⁶ Una visión similar acerca del derecho español en Muñoz Machado (2006, pp. 226 y ss). A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (01.12.09), la UE se hace cargo de las competencias anteriormente conferidas a la Comunidad Europea, y de este modo, el Derecho Comunitario pasa a ser el Derecho de la UE en la medida en que este último integra todas las disposiciones adoptadas en el pasado.

En los estados miembros, la preeminencia del derecho de la UE se consagra mediante el principio *pro comunitate*. Este establece que el derecho de la UE presenta una prioridad aplicativa frente al derecho interno de los estados miembros, la cual se plasma a través de la inaplicabilidad de estos últimos.⁷ En esta línea, algunas cortes nacionales han sostenido que el derecho de la UE no solo produce la inaplicabilidad del derecho interno contrario a él, sino también su derogación e inclusive han sostenido que el derecho de la UE, junto con producir la inaplicabilidad del derecho interno, produce también la anulación de los reglamentos de derecho interno posteriores y contrarios a él.⁸

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), por consideraciones de seguridad jurídica, ha estimado que las soluciones propuestas no satisfacen el estándar que deben cumplir los derechos internos. Es más, ha establecido una obligación a los Estados miembros de derogar todas las normas internas que induzcan a confusión o dificulten la plena e incondicionada aplicación del derecho de la UE. En palabras del TJUE:

el mantenimiento sin cambios, en la legislación de un Estado miembro, de un texto incompatible con una disposición del Tratado, aunque sea directamente aplicable en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, da lugar a una situación de hecho ambigua, que mantiene a los sujetos de derecho interesados en una situación de incertidumbre en cuanto a sus posibilidades de recurrir al Derecho comunitario y que dicho mantenimiento constituye, por lo tanto, en lo que se refiere a dicho Estado, un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado [...] La incompatibilidad de la legislación nacional con las disposiciones del Tratado, aunque sean directamente aplicables, solo puede quedar definitivamente eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que aquellas que deben modificarse.

⁷ Este principio se encuentra consagrado en sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Costa-ENEL 06/64 de 15 de julio de 1964 y Simmenthal 106/77 de 09 de marzo de 1978.

⁸ Por ejemplo, esto se constata en las sentencias del Tribunal Supremo español sobre excluir y derogar de 10 mayo 1993, y anular de 03 de noviembre de 1997 y de 26 de enero de 2000.

Se deduce de ello que la República Federal de Alemania tenía la obligación de no solo no incluir en su legislación normas contrarias a las disposiciones comunitarias, sino además la de derogar tales normas inmediatamente después de su adopción.⁹

De las palabras del tribunal, es posible extraer la exigencia de derogar expresamente todas las disposiciones internas de carácter obligatorio que estén en oposición con el derecho de UE, ya que solo de esta forma es posible eliminar de modo definitivo la incompatibilidad entre el derecho interno y el derecho de la UE. La exigencia del TJUE involucra la consideración de dos cuestiones vinculadas entre sí: (i) derogación expresa, para dar cumplimiento a la exigencia; y (ii) oposición normativa, para dar sustento o justificar la derogación.¹⁰ De esta manera, los conflictos normativos entre el derecho interno y el derecho de la UE son el sustrato de la exigencia del TJUE, y solo su determinación posibilita la realización de una derogación expresa para satisfacer la exigencia de la UE.

No obstante, al intentar cumplir la exigencia del tribunal, la principal dificultad que deben enfrentar los operadores jurídicos de los estados miembros radica en identificar cuáles son los elementos internos en conflicto con el derecho de la UE, pues solo así podrán especificarlos en una disposición que expresamente los derogue. En otras palabras, si de acuerdo con Moliner (2008, p. 294), en los actuales usos del español, el sustantivo de verbal “identificación” y el verbo del cual deriva “identificar” indican la acción de “comprobar que una persona o cosa es la misma conocida en otras circunstancias o de la que se poseen ciertos datos”, surge la pregunta respecto a qué noción u ontología de las normas jurídica posibilita su identificación para realizar su derogación expresa a partir de su oposición con otra norma del ordenamiento jurídico.

⁹ La obligación de derogar se encuentra en sentencias del TJUE Comisión contra Italia 168/85 de 15 de octubre de 1986, y de 26 de abril de 1988 Comisión contra República Federal de Alemania 74/86, respectivamente.

¹⁰ Si bien algunos autores consideran que la locución “derogación expresa” es ambigua, en este trabajo solo alude a los casos en que, de manera expresa y precisa, el legislador individualiza la disposición que será derogada.

B. Limitaciones conceptuales¹¹

A mediados del pasado siglo, la Metafísica resurge de uno de los tantos ataques que ha sufrido a lo largo de su historia. Esta vez, el nuevo impulso se posiciona dentro del movimiento analítico gracias a los trabajos de P. F. Strawson. Él propuso una metafísica descriptiva como ámbito de estudio de la disciplina y, para obtener conclusiones sobre la realidad, utilizó el discurso entre hablante y oyente al momento de identificar particulares.¹²

La propuesta del filósofo oxoniense se funda en los criterios empleados para la identificación de los componentes de nuestro mundo con base en nuestro uso del lenguaje. Según su visión, este uso resulta relevante para cualquier actividad identificadora, de manera que sus planteamientos contribuyen a determinar cuáles son los alcances de nuestro entramado conceptual en materia de identificación a partir de nuestro uso del lenguaje.

P. F. Strawson (1959, pp. 16 y 31) sostiene que el término “identificar” puede tener tres sentidos distintos: (i) cuando un hablante refiere o menciona un cosa o persona; (ii) cuando el oyente sabe de qué cosa o persona se habla; y (iii) cuando algo encontrado en una ocasión es identificado como el mismo particular que fue encontrado en una ocasión anterior. No obstante, la identificación solo se produce cuando el oyente logra identificar un particular con base en la referencia identificadora del hablante.

En el primer sentido, el hablante realiza una identificación “relativa a un relato”, es decir, el oyente solo identifica una cosa dentro de un relato contado por un hablante, pues fuera del mismo, no la puede identificar. Por ejemplo, si el legislador señala: “Las disposiciones de esta ley, relativas a negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la otra ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposi-

¹¹ Un tratamiento similar de estas ideas en Agüero-SanJuan (en prensa).

¹² Estas ideas en Gracia (1998, p. 14); Velarde (1998, p. 331); Butchvarov (1999, p. 563); y Hamlyn (2001, p. 724). El término “particular” debe ser entendido en un sentido amplio, como aquello susceptible de ejemplificar algún concepto. “Ejemplificar” significa que ocurre en algún tiempo o lugar en nuestro entramado espacio-temporal común. En este sentido, los particulares pueden ser tanto materiales como abstractos.

ción”, es posible sostener que las palabras “esta” y “otra” aluden a las leyes particulares y generales respectivamente, pero esto solo se aplica a dicho relato y, en consecuencia, más allá del relato, el oyente no puede identificar a dichas leyes dentro de su propio cuadro general del mundo. También, se presenta cuando el hablante utiliza una identificación “no-demostrativa” como un nombre o una descripción, si bien el primer caso necesita el respaldo de algunas descripciones para que su aplicación tenga sentido, ni siquiera una descripción garantiza una identificación, porque esta podría no aplicarse singularmente en otro sector del universo, a otros particulares que respondan a la misma descripción. Por ejemplo, si un legislador dispone: “Autorízase la erección en Valdivia de un monumento a Strawson” el uso del nombre solo tiene sentido si se sabe de quién se habla y en caso contrario, será necesario recurrir a descripciones, aunque estas tampoco son garantía de identificación, v.gr., filósofo analítico inglés cuya obra aborda temáticas metafísicas. Por lo cual, en estos casos no se presenta una identificación, el hablante solo hace referencias identificadoras sin lograr identificar al particular (Strawson, 1959, pp. 18-22).

En el segundo sentido, el oyente puede identificar al particular aludido por el hablante a través de su localización directa (discriminar sensiblemente) al momento de la referencia (o en uno anterior a ella). En estos casos, cuando el hablante realiza una identificación “demostrativa”, solo se identifica un ámbito entero de particulares sensiblemente presentes, i.e., se identifica solo una escena entera del universo. Por ejemplo, si un diputado señala demostrativamente a su asesor parlamentario: “Este es el texto que debemos derogar”, dicha alusión no garantiza que efectivamente el oyente conozca los alcances de dicha enunciación demostrativa (Strawson, 1959, pp. 20-22).

Por consiguiente, la identificación solo se presenta cuando el particular al cual refiere el hablante es idéntico al particular respecto del cual el oyente conoce un hecho individuante, es decir, un hecho que solo es verdadero de ese particular y de ningún otro en lo absoluto. Sin embargo, para que esto tenga sentido, se necesita un cuadro único de relaciones comunes, el cual es proporcionado por el sistema de relaciones espacio-temporales. Este sistema entrega el entramado dentro del

cual se organiza nuestro pensamiento individualizador sobre particulares (Strawson, 1959, p. 29).

Dicho sistema se sustenta en objetos que perduran en el tiempo y son públicamente observables. Estos son los particulares básicos de nuestro pensamiento (cuerpos materiales y personas), al presentar un aspecto temporal y tres espaciales (largo, ancho y alto); su identificación no depende de la identificación de particulares pertenecientes a otras categorías; en cambio, los particulares de otras categorías no pueden ser identificados sin referencia a estos objetos materiales, v.gr., los particulares abstractos. De este modo, la posibilidad de identificar particulares de un tipo parece ser una condición necesaria para la inclusión de este tipo en nuestra ontología (Strawson, 1959, p. 20-22).

En el sistema unificado espacio-temporal, todo particular tiene un lugar, y una vez que se tiene un lugar, este es único, aunque en algunos casos este lugar se obtiene por referencia a particulares de otro tipo. El sistema proporciona puntos de referencia común y ejes comunes de dirección espacial, a partir de los cuales es posible la descripción de cualquier otro particular en el espacio y el tiempo como singularmente relacionado con un punto de referencia. Si bien no todos los particulares están a la vez en el tiempo y en el espacio, es posible aceptar que todo particular que no lo esté se relaciona singularmente de algún modo con alguno que lo está, y así los nuevos particulares se conectan al entramado de manera identificadora (Strawson, 1959, p. 22-26).

De este modo, cuando el hablante realiza una referencia identificadora sustentada en el sistema espacio-temporal, el oyente puede efectivamente identificar el particular aludido a partir de su localización directa o posición relativa a otros. En los casos en que se realiza la misma referencia identificadora en ocasiones diversas, es posible hablar de una misma cosa identificada previamente con base en ciertas posiciones espaciales relativas a cosas que no cambian. Así, es posible el tercer sentido de identificación o reidentificación, pues el sistema espacio-temporal, al estar sustentado en particulares básicos, se extiende más allá de las discontinuidades y los límites de nuestra capacidad observacional. Este, sin revelarse completamente en ningún momento a la observación, aloja a los objetos que existen continuamente, más allá de ser

observados y a partir de los cuales es posible la reidentificación (Strawson, 1959, p. 33-39).

En definitiva, a partir del análisis strawsoniano de los tres sentidos de “identificación”, es posible extraer algunas conclusiones para este trabajo:

(i) La posibilidad de creer en la existencia de particulares espacio-temporales deriva de la relación entre nuestra estructura conceptual y su ontología en activo (la manera en que realmente son usados los conceptos).

(ii) La capacidad de pensar identificadoramente sobre algunos particulares (abstractos) es lógicamente dependiente de la capacidad para hablar identificadoramente de otros particulares (materiales).

(iii) La posibilidad de identificar algo parece ser una condición necesaria para la inclusión de ese algo en nuestra ontología, pues, en caso contrario, ese algo no desempeñaría ningún papel significativo en nuestro esquema general de conocimiento sobre particulares.¹³

La primera conclusión sugiere construir nuestra ontología a partir de nuestra capacidad para identificar particulares, y no realizar esta elaboración en abstracto. Esto en virtud de los límites de nuestra estructura conceptual. La segunda conclusión presenta una prioridad ontológica de los particulares materiales frente a los abstractos, ya que no resulta posible identificar un particular del segundo tipo ni sus ejemplificaciones, sin recurrir a los particulares del primer tipo. Por último, la tercera conclusión muestra cómo funciona nuestro concepto de lo real y, en este sentido, cómo algo completamente separado de nuestro entramado espacio-temporal no desempeñaría ningún papel en nuestro esquema general de conocimiento, es más, no sería posible saber nada nuevo acerca de él, y obviamente dudaríamos de su existencia.¹⁴

¹³ Es posible encontrar estas conclusiones strawsonianas en: Strawson (1974, pp. 14-18 y 1992, pp. 57-59).

¹⁴ Esta caracterización del concepto de realidad no niega que dicho concepto podría haber sido diferente si la naturaleza de nuestra experiencia hubiera sido fundamentalmente diferente. Lo cual recuerda que los postulados strawsonianos de metafísica descriptiva persiguen esclarecer cuáles son los límites de nuestro entramado conceptual, en materia de identificación desde lo ineludiblemente humano. Un mayor desarrollo del “ineludible punto de vista humano” en Strawson (1985).

Finalmente, las propuestas de la teoría del derecho deberían ajustar sus postulados a las problemáticas propias de la práctica jurídica y las limitaciones conceptuales derivadas de ellas. Sin embargo, por un lado, no es claro cómo los planteamientos en torno a la ontología de las normas pueden entregar herramientas conceptuales a los operadores jurídicos para la resolución de las dificultades derivadas de la identificación del material normativo nacional contrario al derecho UE para su posterior exclusión. Y, por otro lado, es difícil determinar cómo las propuestas teórico-jurídicas sobre ontología de las normas han considerado nuestras limitaciones conceptuales en materia de identificación. Así, resulta aconsejable revisar dichas propuestas ontológicas a la luz de la identificación de normas, pues no se debe olvidar el célebre *dictum* de Guillermo de Ockham “*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*”.

III. Propuestas ontológicas

El debate en torno a la ontología de las normas se ha desarrollado a partir de concebir la dictación de normas como un acto comunicativo. En gran medida el derecho es un fenómeno lingüístico, en el cual un sujeto emite oralmente o por escrito un mensaje dirigido a uno o varios sujetos con el propósito de que estos últimos motiven su comportamiento con base en el mensaje. De este modo, las propuestas ontológicas transitan por las figuras de un emisor (autoridad normativa), un código (lenguaje natural), un receptor (destinatario/s), un mensaje (norma) y un canal de transmisión (señales orales o escritas) (Mendonca, 2000, pp. 52-56).

En los derechos contemporáneos esta concepción lingüística de las normas presenta un gran poder explicativo, pues estos derechos aún están fuertemente influenciados por una concepción moderna de los derechos estatales. En esta concepción, los derechos estatales adoptan la certeza o seguridad jurídica como directriz y, en consecuencia, la mayoría de las normas integrantes del ordenamiento constituyen una manifestación de un monopolio estatal o supraestatal, y constituyen una expresión lingüística generalmente escrita emanada de un legislador,

entendido este en un sentido amplio como toda autoridad centralizada de creación normativa (Diez-Picazo, 1990, pp. 38-45).

A partir de estas precisiones, el presente trabajo excluye de su análisis a fuentes del derecho que no cumplen con las exigencias recién atribuidas al estado moderno, v.gr., la costumbre jurídica. Esta exclusión no desconoce la relevancia y el carácter controvertido en el plano nacional e internacional de la costumbre, sino más bien persigue que los planteamientos teórico-jurídicos en materia de ontología de las normas contribuyan a explicar y aplicar, al menos, la mayoría de las fuentes de derecho de un ordenamiento contemporáneo. Además, siguiendo a von Wright (1963, p. 106), este escrito admite que la cuestión ontológica se presenta a través de la determinación de la naturaleza de los hechos que configuran la realidad de las prescripciones, i.e., el problema ontológico a resolver es ¿qué significa decir que existe una norma a tales y cuáles efectos?

No obstante, para tener un recorrido más didáctico, es posible desglosar la pregunta ontológica en: (i) cuál es el estatus ontológico de las normas; (ii) cuáles son las condiciones de existencia de las normas; y (iii) cuál es el concepto de existencia de las normas. De este modo, en lo que sigue, se desarrolla cómo las propuestas más influyentes dentro de nuestra tradición teórico-jurídica, como son las formuladas por George H. von Wright, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Rafael Hernández-Marín y Riccardo Guastini, responden las preguntas sobre el estatus ontológico, las condiciones de existencia y el concepto de existencia, para luego evaluar cómo sus respuestas se ajustan a las limitaciones conceptuales previamente presentadas.¹⁵

A. Propuesta de manifestación de voluntad

G. H. von Wright (1963, pp. 93-106) sugiere distinguir entre las “normas” (*norms*) y su “formulación” (*norm-formulation*), pues estas últimas son los símbolos o palabras empleados para enunciar a las primeras.

¹⁵ El orden en que se presentan las interrogantes responde únicamente a consideraciones sistémicas, y no significa la adopción de una posición en relación con cierta prelación entre ellas (estatus ontológico, condiciones de existencia, concepto y evaluación). Un recorrido similar en Mendonca, 2000.

Propone entender la relación entre las normas y su formulación de manera diversa según el tipo de norma a que se refiera, ya que la palabra “norma” expresa diversos sentidos. Se decanta por las normas dictadas por el Estado y dentro de estas, el subtipo denominado “prescripciones” (*prescriptions*): órdenes o permisos emanados de alguien que está en una posición de autoridad hacia otro que está en una posición de destinatario. Sugiere que la relación entre las prescripciones y su formulación se caracteriza por una fuerte dependencia del lenguaje, porque la existencia de una prescripción necesariamente presupone el uso del lenguaje en su formulación. Y finalmente, añade que, en el uso que se realiza de una expresión, está la diferencia entre las formulaciones de normas y los enunciados normativos (*normative statement*), de manera que, la proposición normativa (*normative proposition*), que es expresada por un enunciado normativo acerca de la existencia de una norma determinada, es verdadera o falsa según si la norma aludida existe o no.¹⁶

Estatus ontológico. El estatus ontológico de las prescripciones manifiesta conformidad con una teoría voluntarista (*will-theory of norm*), sin comprometerse con una concepción antropomórfica del Estado. Las normas son manifestaciones de la voluntad de una autoridad normativa respecto de la conducta de algún sujeto y con la pretensión de que se realice lo prescrito. Por tanto, una autoridad normativa podría manifestar una voluntad de obligar a hacer o de abstenerse de hacer determinadas cosas (obligar y prohibir), así como, también, una voluntad de tolerar para el caso de las permisiones (von Wright, 1963, pp. 120-121).

¹⁶ De manera preliminar, explícito estas precisiones por su gran influencia en la teoría-jurídica actual y, además, por ciertas ideas derivadas de ellas que son expresamente admitidas por von Wright: (i) si el sentido de una oración descriptiva es la proposición expresada por ella, y su referencia es el hecho que hace verdadera la proposición expresada por la oración, resulta dudoso pensar que las normas constituyen un tipo de proposición, por ejemplo, una prescripción no es la referencia ni el sentido de su respectiva formulación normativa; (ii) la noción de norma es primaria a la noción de formulación, pues con base en la primera se determina cuando se está frente a la segunda; y (iii) en el caso de “reglas” (*rules*), “costumbres” (*customs*) y “directivas” (*directives*), la dependencia entre ellas y su formulación es más atenuada que en el caso de las prescripciones.

Condiciones de existencia. Es posible diferenciar entre dar y recibir una prescripción; el primero es un acto verbal consistente en promulgar una norma y el segundo es la habilidad de poder cumplirla. La ejecución exitosa de dar una norma tiene como resultado la existencia de la prescripción, pero la mera formulación de oraciones en un uso prescriptivo del lenguaje no establece una prescripción, i.e., no constituye por sí misma un acto de prescribir. Por lo mismo, solo en los casos en que la autoridad normativa y el destinatario establecen una vinculación bajo la norma (*relationship under norm*), el acto normativo se ha ejecutado con éxito y la norma cobra existencia. Por consiguiente, las prescripciones dejan de existir cuando se disuelve dicha vinculación bajo la norma y, mientras dura esta vinculación, se sostiene que la prescripción está en vigor (*in force*), es decir, la existencia de la norma es el hecho de que esté en vigor (von Wright, 1963, pp. 113-116).

Existe una relación conceptual entre el contenido de una prescripción y la capacidad del destinatario de ella para poder hacer lo prescrito. Solo una vez que se han examinado los hechos relativos a las habilidades humanas (acciones genéricas), es posible sostener que hay o no una norma. Esto se funda en que la obediencia solo es posible cuando hay habilidad de hacer lo que se exige, de manera que no hay desobediencia cuando la obediencia no es posible (von Wright, 1963, pp. 107-113).

Si bien es adecuado distinguir entre mandar e intentar mandar, en ambos casos siempre se tendrá como resultado la formulación de una norma, pues este es el rasgo más sobresaliente (*conspicuous*) de la existencia de las normas. Sin embargo, junto con su formulación, deben concurrir otros elementos para determinar su existencia, a saber: (i) dar a conocer el contenido de la norma a sus destinatarios a través del uso del lenguaje (promulgación) y (ii) establecer una sanción eficaz para el caso de desobediencia; ambos involucrados en la acción de crear una prescripción. Así, solo cuando se dan todas las condiciones previamente señaladas se establece una relación normativa entre la autoridad y el o los destinatarios de la norma (von Wright, 1963, pp. 125-126).

Concepto de existencia. Una norma (prescripción) existe cuando se realiza el acto normativo de creación de manera exitosa y este es exitoso al cumplir las siguientes exigencias: (i) dar a conocer el contenido de la

norma a sus destinatarios a través del uso del lenguaje (promulgación); (ii) el destinatario tiene la habilidad de hacer lo que se exige (obedecer o desobedecer); y (iii) se establece una sanción eficaz para los casos de desobediencia. Cumplidas las exigencias, se establece una vinculación normativa entre la autoridad y el destinatario de la norma, la cual genera la existencia de esta, de manera que, cuando se disuelve dicha vinculación normativa, la prescripción deja de existir. Durante su existencia, la norma está en vigor, i.e., la existencia de la norma es el hecho de estar vigente.

Evaluación. Para efectos de identificación, dentro de la propuesta de von Wright destacan dos elementos: (i) la fuerte dependencia entre las prescripciones y su formulación en algún lenguaje; y (ii) la exigencia de un vínculo normativo entre autoridad y destinatario para la existencia de normas. El primero captura la necesidad de ciertos particulares en el entramado espacio-temporal para identificar a las prescripciones, pero no diferencia entre formulaciones escritas u orales. A su vez, el segundo reconoce la relevancia conceptual de que el oyente logre identificar algo con base en la referencia identificadora del hablante para que se produzca la identificación. Así, solo puede haber una prescripción cuando el destinatario identifica lo prescrito a partir de la formulación emitida por la autoridad. Es a partir de estas exigencias compatibles con las limitaciones conceptuales que el autor finlandés logra diferenciar las prescripciones de otros tipos de normas y dar un contenido diferenciado a las nociones de intentar, dar, y recibir una prescripción.

B. Propuesta de contenido conceptual o hilética

Estatus ontológico. En el terreno de las prescripciones, se pueden distinguir distintos sentidos del término “norma”: (i) norma-comunicación, el acto por el cual se prescribe; (ii) norma-prescripción, aquello que es prescrito en dicho acto; y (iii) norma-sentido, la prescripción posible de un estado de cosas (exigido, prohibido o permitido). Por ende, esta concepción de contenido conceptual se compromete con la existencia de una norma-sentido, la cual se presenta en el nivel semántico, es decir, el compromiso es con algo así como proposiciones cuyo contenido conceptual contiene lo normativo (Alchourrón y Bulygin, 1979, pp. 13-38).

Una concepción hilética se compromete ontológicamente con la existencia de entidades abstractas como la base de su propuesta en torno a las normas: contenidos conceptuales normativos. Para esta concepción, el componente descriptivo de toda norma está formado por una proposición acerca de una acción o estado de cosas; mientras que el componente normativo está formado por el contenido conceptual de las normas. Lo normativo es el significado de un enunciado prescriptivo, el cual se puede representar mediante modalizadores deónticos: ‘O’ obligatorio, ‘Ph’ prohibido y ‘P’ permitido (Alchourrón y Bulygin, 1984, p. 454; Caracciolo, 1993, pp. 505-507).

Condiciones de existencia. El aspecto normativo forma parte del contenido conceptual de algunas expresiones, y este debe ser entendido como un tipo de entidad abstracta parecida a las proposiciones. De ahí que, en esta concepción, estas expresiones tienen un sentido normativo puramente conceptual con independencia del lenguaje en el cual son expresadas. Las normas tienen una existencia atemporal, carecen de dimensión espacio-temporal, son independientes de su formulación en algún lenguaje e inclusive de su enunciación por alguna autoridad. Por ende, las normas no comienzan ni dejan de existir y, obviamente, su existencia no puede ser afectada por algún hecho (Alchourrón y Bulygin, 1979, pp. 15 y 38).¹⁷

Las citadas condiciones de existencia se oponen a la idea de existencia temporal de las normas jurídicas, generalmente, vinculada con los derechos positivos. Por lo mismo, Alchourrón y Bulygin (1979, pp. 57-58) proponen vincular esta noción de existencia temporal con la “pertenencia” de las normas a un sistema jurídico dinámico, i.e., un sistema sujeto a cambios en el tiempo, a través de la introducción y eliminación de sus normas. De esta manera, reconducen la atemporal existencia de las normas jurídicas hacia su pertenencia en un sistema jurídico y, de esta manera, es posible dar cuenta de una existencia temporal de ellas a través de su pertenencia a un sistema dinámico.

Sin embargo, de acuerdo con Caracciolo (1997, p. 167-171), una vez se acepta que las normas son entidades conceptuales, no tiene sentido

¹⁷ Además, estas propuestas en Alchourrón y Bulygin (1981, p. 96) y Caracciolo (1997, p. 166).

hablar de su inexistencia, pues esta solo procede respecto de entidades empíricas que tienen una dimensión espacio-temporal. Además, la noción de pertenencia descansa en la noción de existencia, pues la existencia de una norma es una condición necesaria de su pertenencia a un sistema. Por lo cual, la propuesta de Alchourrón y Bulygin de concebir la existencia de las normas-sentido como pertenencia, solo constituye un uso metafórico para elaborar sistemas normativos, i.e., ciertos hechos o actos son empleados para constituir conjuntos de entidades.

Concepto de existencia. Las normas son los contenidos conceptuales de algunas expresiones. Su existencia no depende de su formulación ni de otros criterios empíricos, como constituir el significado de una formulación normativa establecida por una autoridad. Al ser entidades, las normas obtienen su identidad de la identidad del significado expresado por alguna formulación normativa. Por ende, al cambiar el significado vinculado con una formulación, cambia la norma, aunque no haya cambiado la formulación que la expresa (Alchourrón y Bulygin, 1983, p. 15).¹⁸

Evaluación. La propuesta de contenidos conceptuales de Alchourrón y Bulygin parece no satisfacer ninguna de las limitaciones conceptuales propias de la actividad de identificación y, consecuentemente, no constituiría una herramienta apropiada para los problemas de la práctica jurídica. En esta concepción, la existencia de las normas está completamente desvinculada del mundo empírico, inclusive de las formulaciones que las expresan, de modo que, a partir de las limitaciones conceptuales, es posible cuestionar la existencia de normas-sentido completamente desprendidas de nuestro sistema espacio-temporal.

Sin embargo, no ajustarse a las limitaciones conceptuales debe ponderarse con el hecho de que esta propuesta se sustenta en asunciones jurídicas compartidas, a saber: (i) el derecho presenta diversas relaciones en el plano de los contenidos significativos de las formulaciones normativas, v.gr., los conflictos normativos; y (ii) la dinámica de los sistemas jurídicos se construye mediante los actos de introducción (promulgación) y exclusión de normas (derogación). Por lo cual, su ade-

¹⁸ También es sostenido por Caracciolo (1997, p. 166).

cuación con la problemática de la práctica jurídica se vincula más bien con posibilitar la reconstrucción de las antinomias, mediante contenidos conceptuales normativos, y explicar su exclusión del sistema u ordenamiento, mediante actos de derogación. Ambas cuestiones directamente involucradas en la problemática de la práctica jurídica que adopta este trabajo.

C. Propuesta de uso prescriptivo o expresiva

Estatus ontológico. En esta concepción, el componente descriptivo de las normas está formado por una proposición acerca de una acción o estado de cosas, y el componente normativo se obtiene de la fuerza pragmática generada al emitir una oración. Lo normativo únicamente se presenta en relación con un determinado “uso” que se realiza de ciertas oraciones, pues no hay proposiciones con sentido normativo o normas-sentido. En consecuencia, las normas son actos que usan oraciones para prescribir, es decir, lo normativo se produce cuando, quien emite una oración, realiza el acto de prescribir. Todo con la pretensión de reducir los compromisos ontológicos mediante el rechazo de la existencia de entidades abstractas y, en una versión imperativista, la reducción de los actos de prescribir al de ordenar (Alchourrón y Bulygin, 1984, p. 454).¹⁹

Condiciones de existencia. En esta concepción, el elemento prescriptivo o normativo está vinculado a determinados usos del lenguaje. Las expresiones pueden ser usadas de diversas maneras (descriptiva, prescriptiva o interrogativa), de forma tal que su representación debe considerar algún indicador de la fuerza pragmática de dichas enunciaciones. Así, solo es posible determinar si están afirmando ‘⊢’, interrogando ‘?’ u ordenando ‘!’ algo cuando las palabras son utilizadas, y los símbolos (‘⊢’, ‘?’ y ‘!’) solo indican qué hace el hablante cuando formula ciertas palabras. Por ejemplo, una autoridad ordena la norma ‘!p’ cuando formula la oración *p* a través del uso prescriptivo ‘!’, y dicha norma se integra por:

¹⁹ Asimismo, en Bulygin (1985, pp. 146-148) y Caracciolo (1993, pp. 505-507). Esta versión de la concepción expresiva rechaza la posibilidad de normas permisivas, pero no es claro si se acepta o no la existencia de actos de prohibir como distintos del de ordenar.

(i) un componente que describe una acción o estado de cosas resultante de una acción (oración de acción p), y (ii) un componente prescriptivo que indica las funciones pragmáticas realizadas por aquellos que usan las oraciones de acción para prescribir (Alchourrón y Bulygin, 1979, pp. 37-40).²⁰

Sin embargo, una concepción expresiva no logra explicar satisfactoriamente la duración de las normas en el tiempo, porque los actos de ordenar tienen una existencia instantánea. En otras palabras, si la existencia temporal de las normas es una idea central de los derechos positivos actuales y, en esta concepción, su existencia depende de la realización de determinados actos lingüísticos, esta no es capaz de explicar adecuadamente la relativa estabilidad de las normas frente al paso del tiempo (Caracciolo, 1997, p. 174).

Por lo mismo y nuevamente, para evitar consecuencias contraintuitivas, Alchourrón y Bulygin (1981, pp. 100-101; 1984, p. 455) proponen vincular la existencia de las normas con la pertenencia de las oraciones/proposiciones ordenadas a un conjunto determinado. El acto de promulgar describe al acto de ordenar necesario para el surgimiento de una norma, pues las normas son oraciones significativas utilizadas de manera imperativa ' p ' cuyo contenido es la proposición expresada ' p '. Así, la promulgación de diversas normas por una autoridad genera el conjunto de las proposiciones ordenadas por ella, y cada vez que sea promulgada una norma se forma un nuevo conjunto con la nueva proposición ordenada —esto porque la identidad de cada conjunto depende de sus componentes—. Estos diversos conjuntos forman una secuencia que plasma la existencia de las normas en el tiempo, porque una vez que una proposición ordenada integra un conjunto, continuará integrando los conjuntos sucesivos.

La noción de existencia de las normas se equipara con la de pertenencia a un conjunto, aunque en este caso es al conjunto de los contenidos normativos ordenados. La instantaneidad del acto de ordenar es suplida con la pertenencia del contenido proposicional ordenado a diversos conjuntos que forman una secuencia en el tiempo. Esta idea de

²⁰ También en Alchourrón y Bulygin (1981, pp. 96-97; 1984, p. 454).

secuencia permite determinar los contenidos proposicionales que son ordenados en diversos momentos temporales, y diferenciar entre los conjuntos que integran la secuencia depende de los actos de promulgar, que al añadir nuevas proposiciones al conjunto forman un nuevo conjunto. En definitiva, dentro de esta concepción, esta idea de secuencia de conjuntos integrados por contenidos proposicionales permite explicar la duración de las normas en el tiempo. Aunque al final sea un modo metafórico de hablar, pues las normas ‘*p*’ siempre tendrán una existencia instantánea vinculada con el acto lingüístico que realiza un uso prescriptivo de determinadas oraciones o proposiciones (Alchourrón y Bulygin, 1981, p. 101).

Concepto de existencia. Hay una norma cuando se realiza un uso prescriptivo de una oración, ya que las normas dependen de la realización de ciertos actos y la duración de su existencia es coetánea con ellos. Al ser oraciones empleadas en el uso prescriptivo del lenguaje, las normas obtienen su identidad del acto que las formula; consecuentemente, dos actos pueden usar de manera prescriptiva la misma oración y constituirán normas distintas, ya que cada acto se individualiza por su ubicación espacio-temporal.

Evaluación. La propuesta de uso prescriptivo de Alchourrón y Bulygin parece capturar la importancia de los actos de autoridad para determinar la existencia de las normas. A partir de dichos actos es posible reconducir la identificación de las normas a particulares públicamente observables, como son los actos de prescribir realizados por la autoridad. Así, el uso prescriptivo del lenguaje por parte de la autoridad sería aquello que podemos identificar dentro de nuestro entramado espacio-temporal.

No obstante, los eventos, procesos, estados y actos pueden ser públicamente observables, pero no directamente identificables. Esta clase de particulares debe ser concebida como soportada por particulares de otros tipos, especialmente, cosas que son o tienen cuerpos materiales, dado que estos últimos suministran ocupantes de espacio duraderos que poseen relaciones suficientemente estables para sustentar el entramado espacio-temporal (Strawson, 1959, pp. 46-53).

Por lo tanto, las proposiciones ordenadas son entidades (particulares abstractos), y como tales, no pueden ser identificadas sin una alusión a los actos de uso prescriptivo del lenguaje, los cuales, como particulares públicamente observables, pueden ser localizados directamente en algunas ocasiones por algunos participantes. Sin embargo, dadas sus características, la identificación de estos últimos es dependiente de los particulares materiales, pues solo ellos tienen una existencia espacial duradera en el tiempo, que permite sustentar el entramado espacio-temporal.²¹

D. Propuesta de enunciados inscripción-jurídico

Estatus ontológico. Hernández-Marín (2002, pp. 48-51) diferencia entre “entidades factuales” y “entidades ideales” en atención a si presentan o no una existencia espacio-temporal sometida a relaciones de causa y efecto, y si son cognoscibles a través de nuestros sentidos. A su vez, utiliza la expresión “entidad proposicional” para designar cuatro categorías ontológicas como pertenecientes al mismo género, a saber:

(i)Proposiciones. Las entidades semánticas son los sentidos de las expresiones entendidas como entidades ideales o abstractas. Por ejemplo, un concepto es el sentido expresado por un término y una proposición es el sentido expresado por un enunciado. Así, los enunciados están compuestos por términos, y constituyen entidades lingüísticas; mientras que las proposiciones están integras por conceptos y son entidades semánticas;

(ii)Cuasiproposiciones. Es una entidad cuasisemántica, una cuasientidad, similar a una proposición, pero con la diferencia de que puede existir sin que exista un enunciado que la exprese;

(iii)Enunciados tipo. Las entidades lingüísticas ideales son tipos y constituyen el correlato ideal de las entidades lingüísticas factuales;

(iv)Enunciados inscripción. Las entidades lingüísticas factuales son inscripciones. Cualquier símbolo del lenguaje considerado de manera aislada o en una cadena de símbolos, con o sin sentido completo, constituye una

²¹ En sentido similar, las palabras de Caracciolo: “parece admisible una condición para identificar normas en forma semejante a las proposiciones: sólo pueden ser expresadas en formas lingüísticas, de manera que esa posibilidad de identificación depende de que puedan ser expresadas en algún lenguaje” (1997, p. 169).

entidad lingüística. Cuando esta entidad lingüística es inscrita o es enunciada, se establece una inscripción. Así, toda inscripción de un enunciado es distinta de cualquier otra inscripción del mismo enunciado.²²

Bajo esta nomenclatura, consideradas como las entidades jurídicas por antonomasia, las leyes son entidades proposicionales que forman parte de un cuerpo jurídico, es decir, integran cuerpos legales publicados. Esto último se deriva de que los cuerpos jurídicos son cuerpos legales que han sido publicados y, en consecuencia, los cuerpos jurídicos publicados por la autoridad se integran por leyes. Las leyes son entidades jurídicas y toda entidad jurídica es una ley. Las leyes son entidades proposicionales que forman parte de cuerpos jurídicos. Estas entidades proposicionales se identifican con las entidades proposicionales que integran el texto de los cuerpos jurídicos. Por lo cual, las leyes o disposiciones son entidades proposicionales factuales: hechos (Hernández-Marín 2002, pp. 60-67 y 135-136).

Las leyes o disposiciones son entidades lingüísticas factuales, es decir, enunciados inscripciones. Al ser enunciados, son expresiones bien formadas con sentido completo, y al ser inscripciones, están plasmadas (inscritas) en un soporte que, dada la configuración de nuestros derechos positivos, generalmente es un texto escrito. Por tanto, el texto de la ley, o la ley, es un hecho lingüístico (Hernández-Marín 2002, pp. 136-138).²³

Condiciones de existencia. Hernández-Marín presenta su concepción ontológica en cuatro tesis: (i) el derecho se identifica con el derecho positivo; (ii) el derecho positivo se identifica con la ley; (iii) la ley se identifica con el texto de la ley; y (iv) el texto de la ley es un hecho lingüístico.

La primera tesis niega la existencia del derecho natural y de sus cuasientidades (derechos subjetivos y valores) con base en diversas razones

²² Enunciado es una oración o una fórmula. Una oración es expresión bien formada con sentido completo de un lenguaje natural; mientras que, una fórmula es expresión bien formada con sentido completo de un lenguaje artificial. Son las reglas sintácticas de un lenguaje las que permiten distinguir entre las expresiones de ese lenguaje que son correctas y bien formadas, y las incorrectas o mal formadas.

²³ Generalmente, todas estas consideraciones no son capturadas al momento de reconstruir la posición de Hernández-Marín, lo cual genera versiones distorsionada y, a veces, caricaturizadas de sus postulados.

que configuran su posición ontológica. Solo se puede reconocer la existencia de cosas inobservables cuando las hipótesis que las formulan tienen consecuencias cuya verdad o falsedad pueda ser determinada empíricamente, pues solo así es posible verificar por vía indirecta la verdad o falsedad de las hipótesis de las cuales han sido deducidas dichas consecuencias. El uso de términos generales, como “justo”, no nos obliga a aceptar la correspondiente entidad abstracta “justicia”, y si bien en ocasiones el derecho natural es establecido por los legisladores positivos o los jueces, aquello no prueba su existencia (Hernández-Marín 2002, pp. 112-121).

La segunda tesis sostiene que toda ley es derecho positivo y que todo derecho positivo es ley. Por un parte, todas las entidades proposicionales que forman parte de un cuerpo jurídico son entidades jurídicas positivas, de modo que toda ley es derecho positivo, con independencia de su carácter coactivo o eficaz. Por otra parte, todo el derecho positivo es ley, porque la costumbre y los principios generales no existen, debido a las mismas razones esbozadas contra el derecho natural. Así, se presenta una identificación de las entidades jurídicas (elementos del conjunto derecho) y la ley (entidad proposicional que forma parte de un cuerpo jurídico) (Hernández-Marín 2002, pp. 122-131).

A su vez, según la tercera tesis, las leyes son entidades proposiciones de un tipo que excluye el espíritu de la ley, la finalidad de la legislación, la voluntad del legislador, la función de la ley y cualquier otra cuasi-entidad. Por ende, todas las entidades jurídicas son entidades proposicionales que integran cuerpos legales, y las leyes se identifican con las entidades proposicionales que integran el texto de los cuerpos legales, esto es, las leyes se identifican con las disposiciones. Por lo cual, los cuerpos legales se identifican con sus textos, la ley se identifica con su texto (Hernández-Marín 2002, pp. 131-134).

La última tesis sostiene que el texto de la ley es un hecho lingüístico. Con ello, se afirma que las entidades proposicionales que integran los cuerpos legales son hechos en razón de que: (i) para conocer los textos legales, es necesario recurrir a la observación empírica, pues no basta un análisis racional propio del conocimiento de entidades ideales (números o figuras geométricas); (ii) solo las entidades factuales pueden cambiar

con el transcurso del tiempo y los textos legales que integran un derecho positivo determinado tienden a dejar de pertenecer a este en momentos posteriores; y (iii) únicamente las entidades factuales están inmersas en relaciones de causalidad, y en los textos legales influyen factores de diversa naturaleza, así como también ellos influyen en diversas situaciones. Por tanto, como las leyes tienen propiedades características de las entidades factuales y ausentes de las entidades ideales, ellas deben ser pensadas como un hecho (sus textos) (Hernández-Marín 2002, pp. 134-135).

Concepto de existencia. El derecho está únicamente integrado por entidades jurídicas positivas y estas entidades jurídicas son leyes. Estas últimas son entidades proposicionales integrantes de los cuerpos jurídicos y constituyen enunciados inscripción. De este modo, el derecho se integra de enunciados jurídicos y estos son hechos lingüísticos. Los enunciados jurídicos entendidos de esta manera son las inscripciones (entidades lingüísticas factuales) realizadas sobre un soporte físico (papel u otro material), de modo que tienen todas las propiedades de las entidades físicas como: existencia espacio-temporal, cognoscibilidad empírica y sometimiento a la causalidad. Por lo tanto, las entidades jurídicas son enunciados-inscripción-jurídicos y, como tales, pueden tener tanto un carácter general como particular, así como también abarcar tanto a mandatos como a definiciones (Hernández-Marín 2002, pp. 138-143).²⁴

Evaluación. Los planteamientos de Hernández-Marín, al menos, capturan dos límites de nuestro conocimiento. Por un lado, al afirmar que solo se pueden aceptar las hipótesis ontológicas cuyas consecuencias tengan alguna repercusión que pueda ser evaluada como verdadera o falsa y, por otro, al insistir en reconducir lo normativo a hechos, porque ellas explicitan cómo nuestra capacidad para conocer entidades abstractas, como los significados, está condicionada por los particulares materiales. Por ejemplo, si desaparecieran todos los soportes en que constan y se ma-

²⁴ Por ejemplo, según Hernández-Marín, una ley determinada es un documento y, como tal, un objeto físico integrado de otros objetos físicos (disposiciones), pero el conjunto de enunciados inscripciones que integran una ley es una entidad abstracta o ideal, pese a que sus miembros sean entidades factuales.

nifiestan los distintos elementos que integran el derecho de la UE, ¿habría alguna manera de conocer y determinar qué ha desaparecido?²⁵

Así, la compatibilidad con las limitaciones conceptuales se expresa a través de la noción de enunciado inscripción-jurídico, la cual alude a expresiones bien formadas, con sentido completo, e inscritas en un soporte escrito. Los atributos de “bien formado” y “sentido completo” solo son atribuibles a entidades abstractas, las cuales es posible identificar mediante la inscripción en un soporte escrito del conjunto de palabras que las expresan. Consideraciones que, a diferencia de la propuesta anterior, parecen asumir que el legislador es quien atribuye el significado a dicho conjunto de palabras y no los operadores jurídicos en su labor de interpretar y aplicar el derecho.

E. Propuesta de la conjunción escalonada²⁶

Estatus ontológico. Guastini considera que tanto disposiciones como normas son enunciados, porque no hay otro modo de expresar una disposición o norma si no es mediante su formulación a través de un enunciado. Así, “enunciado” es una expresión lingüística de forma gramaticalmente completa, y “norma” es un enunciado normativo que reformula el enunciado interpretado o disposición y que el intérprete asume como sinónimo de este último. Por lo cual, interpretar es reformular los textos normativos de las fuentes mediante la atribución de significado, de manera que, la palabra “significado” desempeña la función de establecer una relación de sinonimia entre dos enunciados (disposición y norma). Desde esta perspectiva, la norma, el enunciado interpretativo y la disposición son entidades ontológicamente homogéneas, ya que la disposición es un enunciado del discurso de las fuentes,

²⁵ Este ejemplo deriva de una de las tantas y fructíferas conversaciones con Diego Papayannis sobre la ontología de las normas.

²⁶ Esta reconstrucción de los planteamientos de Riccardo Guastini constituye una interpretación diversa de la realizada en otro contexto (Aguero-SanJuan, en prensa). A partir del arbitraje de la revista, he elaborado esta nueva interpretación, y gracias a la siempre amable y precisa respuesta del propio Riccardo Guastini, sugiero entender ambas interpretaciones como dos miradas distintas de un mismo objeto.

la norma es un enunciado del discurso del intérprete y el enunciado interpretativo es el puente entre ambos (Guastini, 1990, pp. 18-19).

Así, se adopta un concepto de norma estrechamente vinculado con el lenguaje, pues no hay normas sin enunciados y, adicionalmente, se distingue entre normas atribuidas a una disposición (interpretación en sentido estricto) y no atribuidas a una precisa disposición (construcción jurídica). Esta distinción se obtiene a partir de las actividades de interpretar los documentos normativos, por un lado, e integrar el derecho, por el otro, ya que las normas sin disposición son frutos de esta última y no de la primera. En cualquier caso, siempre se necesitará de un enunciado (Guastini, 1990, pp. 25-33; 1992, pp. 30-61).

Sin embargo, una comprensión más precisa de la señalada “homogeneidad ontológica” requiere diferenciar los tres niveles de análisis en los cuales se presenta, a saber: (i) el conjunto de textos conformado por las formulaciones normativas (disposiciones) que emanan de actos del legislador y que constituyen las fuentes del derecho; (ii) el conjunto de normas conformado por las entidades lingüísticas extraídas de las disposiciones dictadas por el legislador mediante su interpretación, ya sea el resultado de la interpretación en sentido restringido o la construcción jurídica; y (iii) el conjunto de normas vigentes conformado por las normas efectivamente aplicadas en el pasado o predeciblemente utilizadas en un futuro por los órganos de aplicación (tribunales de justicia, administración pública y tribunal constitucional, entre otros) (Guastini, 2013, pp. 169-179).

Condiciones de existencia. A partir de lo anterior, el derecho se constituye por el conjunto de las normas extraídas de los textos normativos mediante la interpretación y construcción jurídica, de modo que su existencia depende de la combinación de dos actividades diversas, por un lado, la formulación de textos y, por otro, su interpretación o construcción. Y respecto del derecho vigente, como un subconjunto del anterior, su existencia depende de la efectiva aplicación de ciertas normas por parte de los órganos de aplicación y previsible aplicación en un futuro.

De esta forma, las normas jurídicas que constituyen el derecho vigente requieren para su existencia de la conjunción de: (i) “actos norma-

tivos”; un acto normativo es un acto lingüístico productivo, porque se ejecuta solo al proferir ciertos enunciados que están dirigidos a modificar la conducta humana y/o producir o alterar un estado de cosas; (ii) “enunciados normativos”; un enunciado adquiere el adjetivo de normativo cuando es usado por la autoridad para llevar a cabo un acto lingüístico de prescribir, ya que dicho carácter es una propiedad de las enunciaciones y no de los enunciados, de modo que el carácter normativo de un documento es proporcionado por contener enunciados normativos; y (iii) “interpretación en sentido amplio”; esta incluye, por un lado, la interpretación en sentido estricto que consiste en la actividad de atribuir/constituir un significado a los textos normativos y, por otro lado, la construcción jurídica que son las operaciones que tienen por objeto acreditar la existencia en el ordenamiento de una o más normas implícitas. Así, las normas jurídicas se extraen mediante la interpretación o la construcción a partir de los enunciados normativos que integran el discurso de las fuentes (Guastini, 1990, pp. 15-18 y 37-47).²⁷

Concepto de existencia. A partir de lo anterior, la existencia de las normas se presenta como una conjunción escalonada. Una “fuente” tiene existencia jurídica cuando es formulada mediante un acto normativo que cumple, al menos, algunas de las metanormas que regulan la producción normativa, en concreto, las metanormas formales de producción jurídica. Por consiguiente, su existencia posibilita su pertenencia al ordenamiento y una vez que se determina la pertenencia de una fuente al ordenamiento, es posible concluir la pertenencia de las normas contenidas en ella. Además, una “norma” necesita de actos lingüísticos de adscripción de significado (interpretación), porque las formulaciones normativas se caracterizan por expresar un rango de significados posibles. Adicionalmente, una “norma vigente” necesita de la interpretación dominante, pues ella refleja cuáles son las normas aplicadas de manera general y efectiva por los tribunales y la administración. Es importante destacar que la consideración de esta última es de suma relevancia para determinar las normas sin disposición, es decir, los productos de la construcción jurídica, porque ellas existen en el ordenamiento solo a

²⁷ Considerar igualmente Guastini (1996, p. 100 y 203; 2010, p. 36; 2013, pp. 42-43).

partir de su aplicación general y efectiva en un momento determinado (Guastini, 1992, p. 124).²⁸

Evaluación. La propuesta de conjunción escalonada defendida por Guastini se funda en una ontología empirista que realiza un análisis escalonado respecto del derecho a partir de los diversos tipos de hechos que lo conforman. Si bien en esta concepción lo normativo descansa en el uso del lenguaje, las normas no son coincidentes con estos, ya que solo adquieren este carácter los enunciados usados por la autoridad para llevar a cabo un acto lingüístico de prescribir. Específicamente, es la concurrencia de particulares de diverso tipo la que posibilita la ocurrencia del fenómeno jurídico, y solo uno de ellos corresponde a las normas, a saber: (i) particulares públicamente observables como los actos de prescribir realizados por la autoridad, o bien, los actos de aplicación por parte de los tribunales de justicia y la administración pública; (ii) particulares materiales como son los enunciados normativos en el sentido de los textos jurídicos producidos por los órganos de creación y aplicación; y (iii) particulares abstractos como son las normas, entendidas como los significados extraídas de los textos normativos.

Por tanto, la concurrencia de diversos tipos de particulares y la explicitación de las relaciones que presentan entre sí contribuyen al proceso de identificación de las normas jurídicas, ya sea de manera insuficiente mediante particulares públicamente observables, a través de la identificación de estos últimos mediante particulares materiales, o bien, directamente recurriendo a los particulares que tienen una existencia espacial duradera en el tiempo: los textos normativos. Además, a través de las resoluciones (documentos escritos) emanadas de los tribunales y la administración, es posible identificar el conjunto de normas general y efectivamente aplicado, de manera que la noción de vigencia entrega el elemento sincrónico que posibilita diferenciar e identificar los diversos significados atribuidos a una misma disposición a lo largo del tiempo.

²⁸ Considerar igualmente Guastini (1996, p. 312; y 2013, pp. 147-152).

IV. Revisión de las propuestas ontológicas

Este trabajo asume que la finalidad de la teoría de derecho es proporcionar a los operadores jurídicos un entramado conceptual acorde con sus necesidades y problemáticas a través de la elucidación y/o redefinición de los conceptos empleados en la práctica. Así, a partir de un ordenamiento jurídico concreto, como el derecho de la UE, la identificación de normas se constituye en uno de los principales problemas de la actual práctica jurídica, problema que debe ser revisado con base en ciertas limitaciones conceptuales en materia de identificación.

Por lo anterior, este artículo pretende revisar la utilidad de las teorías sobre ontología de las normas en relación con las problemáticas de identificación, propias de los derechos contemporáneos y, sobre la base de ello, bosquejar algunas ideas sobre la cuestión ontológica. Así, este apartado realiza una recapitulación conciliadora de los principales aspectos presentados en la exposición de las teorías, revisando en qué medida las teorías presentadas se ajustan a la señalada exigencia de la práctica jurídica y, finalmente, a partir de lo anterior, propone algunas ideas dirigidas al debate ontológico.

A. Limitaciones conceptuales: evaluación como conciliación

Una presentación centrada en el ajuste de las teorías con las limitaciones conceptuales explicitó las distintas intuiciones que logran capturar cada una de ellas en el ámbito jurídico. Así, el porqué aún constituyen propuestas en pugna, en gran medida, deriva de que logran aprehender y presentar ordenadamente algunas de nuestras intuiciones en torno a la existencia de las normas, pero ninguna de ellas logra capturar todas estas intuiciones.

Por consiguiente, a partir del énfasis que las teorías atribuyen a algunos de sus elementos integrantes, habría cierta concomitancia entre ellas en relación con las siguientes limitaciones conceptuales:

(i) La prevalencia ontológica de las formas del lenguaje frente a cualquier entidad abstracta expresada por ellas, a saber: propuesta de manifestación de voluntad, propuesta de enunciados inscripción-jurídico y propuesta de la conjunción escalonada;

(ii) La relevancia de actos lingüísticos concretos para formular expresiones en sentido prescriptivo y, dado su carácter de públicamente observables, contribuyen a la identificación de entidades abstractas, a saber: propuesta de uso prescriptivo y propuesta de la conjunción escalonada;

(iii) La trascendencia de la inscripción de enunciados concretos en textos específicos para la identificación y el conocimiento de las normas, a saber: propuesta de enunciados inscripción-jurídico y propuesta de la conjunción escalonada;

(iv) La importancia de vincular determinadas expresiones lingüísticas con determinados significados a través de diversos textos jurídicos (enunciados normativos) en un tiempo y lugar determinados, a saber: propuesta de enunciados inscripción-jurídico y propuesta de la conjunción escalonada; y finalmente,

(v) La posibilidad de que solo se produzca la identificación normativa cuando el destinatario de la norma logra identificarla a partir del enunciado emanado de la autoridad, a saber: propuesta de manifestación de voluntad.

El ejercicio de presentar las teorías sobre ontología de las normas a luz de las limitaciones conceptuales se convierte en una actividad de conciliación, porque, más que hacer compatibles propuestas disímiles, únicamente persigue mostrar la concordancia de ellas con algunas consideraciones ontológicas derivadas de los rasgos centrales de nuestro entramado conceptual en materia de identificación. Por consiguiente, esta conciliación no persigue ocultar las importantes diferencias que pueden existir entre estas propuestas, sino más bien mostrar cómo las propuestas capturan nuestras intuiciones conceptuales y explicitar bajo qué condiciones estas se presentan en el ámbito jurídico, junto con esbozar una explicación de por qué la pugna entre ellas continúa vigente.

B. Problemática de la práctica: derogación y oposición

En materia de identificación, la exigencia del TJUE involucra la identificación de la oposición normativa entre el derecho interno y el derecho del UE, para luego, con base en ella, realizar la correspondiente derogación expresa. Así, la oposición sirve de base a la determinación expresa y precisa de qué será derogado.

Derogación expresa. A diferencia de las cláusulas derogatorias generales, las disposiciones derogatorias determinan lo derogado mediante términos precisos y determinados. Por ejemplo, a través de una detallada descripción de la ley, o bien, de las partes de estas que son derogadas mediante la alusión a su número, año, capítulo, sección y/o artículos o apartados de estos.

Si bien una precisa descripción de lo derogado persigue evitar dificultades al tiempo de su identificación, como se señaló, toda descripción puede aplicarse a más de un particular que responda a ella. Por ende, a través de la dictación de una disposición derogatoria, que contiene una descripción identificadora de lo que se pretende derogar, la mención descriptiva realizada por la autoridad no siempre logra que el destinatario identifique con base en ella lo derogado. Por ejemplo, si el legislador español mediante una ley de armonización únicamente enuncia “Deróguese el art. 1 en materia de fuentes del derecho civil”, dicha descripción de lo derogado es perfectamente aplicable al derecho civil catalán, gallego, balear y todos ellos en conjunto. En este caso, no se satisface la exigencia strawsoniana de identificación, i.e., el oyente no logra identificar un particular con base en la referencia identificadora del hablante.

A su vez, si el legislador español dispone “Deróguese el art. 2.2 del Código Civil sobre la derogación de las leyes”, claramente la misma formulación puede arrojar resultados diferentes en ocasiones diversas. Si dicha formulación es emitida en 1915 se realiza una referencia identificadora inexacta; en cambio, si se dicta en 2017 resulta perfectamente correcta. Esto en razón de que, antes de la reforma del título preliminar de 1974, el art. 5º del Código Civil español de 1886 contenía la regulación en materia de derogación.

En ambos ejemplos, aquello que permite afirmar su inexactitud es la insuficiente descripción de lo derogado, la cual no posibilita o dificulta el proceso de identificación. Por lo mismo, en el ámbito jurídico, para subsanar lo anterior, generalmente, se recurre a otros elementos que permiten alcanzar la identificación. Así, adquiere una especial relevancia el contexto de emisión, el cual involucra información sobre las convenciones lingüísticas de la enunciación, los antecedentes sobre su tiempo, lugar y situación de la emisión, junto con la identidad del

emisor, ya que a partir de ellas es posible desprender la ubicación de lo derogado. Sin embargo, estos elementos adicionales solo pueden ser identificados gracias al entramado espacio-temporal unificado, pues solo en él todo particular tiene un lugar y, una vez tiene un lugar, este es único, aunque en algunos casos este lugar se obtenga por referencia a particulares de otro tipo.

La singularidad de los ejemplos anteriores muestra que, incluso en materia de derogación expresa, la simple emisión de una referencia identificadora no produce necesariamente la identificación de lo derogado, sino más bien es la consideración de su enunciación bajo ciertas circunstancias y en un contexto determinado, aquello que la produce. La simple formulación de una disposición derogatoria no se debe considerar como suficiente para configurar una derogación expresa, ya que las descripciones realizadas por el legislador mediante disposiciones derogatorias siempre dependen del contexto de su emisión para determinar su aplicación. La relación de derogación se configura cuando podemos situar la enunciación en algún punto del marco espacio-temporal, puesto que solo esta posición entrega los elementos necesarios para determinar e identificar qué se está derogando.

Por lo tanto, siguiendo la terminología de Strawson, las disposiciones derogatorias pueden ser entendidas como descripciones individualizadoras cuasipuras, porque dependen del contexto para lograr su pretensión. Si bien este conjunto de consideraciones no siempre es enfatizado por los trabajos ontológicos de la teoría jurídica, algunos de ellos entregan algún tipo de relevancia al contexto, como son las propuestas de enunciados inscripción-jurídico y de conjunción escalonada. Aunque la propuesta de manifestación de voluntad, dada su exigencia explícita de una vinculación bajo la norma entre la autoridad-normativa y el destinatario, probablemente, es la teoría que entrega una mayor relevancia al contexto y sobre todo cuando exige que el destinatario identifique lo prescrito a partir de la formulación emitida por la autoridad.

Oposición normativa. Las relaciones de inconsistencia son esencialmente abstractas, por lo cual resulta necesario entregar herramientas a los operadores jurídicos para que puedan distinguir y discriminar cuáles

son los particulares materiales que sirven de sustento a los significados que entran en conflicto.

Si la identificación descansa en la posibilidad de tener elementos para identificar un particular encontrado en una ocasión o descrito con respecto a una ocasión, como el mismo que es encontrado en otra ocasión o descrito con respecto a otra ocasión, en materia de oposición normativa, resulta problemático. En otras palabras, si para hablar de identificación, es necesario reconocer la posibilidad de reidentificación, ¿cómo reidentificar entidades abstractas? Por ejemplo, si aceptamos que los significados expresados por una formulación normativa pueden ser diacrónicamente cambiantes ¿en qué sentido dicha formulación sería reidentificable?, i.e., si en un tiempo T_1 , la formulación normativa F_n expresa las normas N_1 , N_2 y N_3 , y luego, en un tiempo T_2 , la misma formulación F_n expresa las normas N_1 , N_4 y N_5 , ¿en qué sentido es la misma formulación normativa?

Una respuesta a lo anterior consiste en rechazar la idea de que la identidad de la formulación normativa depende de la identidad de las normas que expresa. Por ejemplo, como los particulares materiales (textos) son identificados y diferenciados a partir de sus relaciones dentro del sistema espacio-temporal, su identificación solo descansa en el marco espacio-temporal y no en los significados expresados por él. Aunque estos últimos solo sean identificados a través de la referencia a los particulares del primer tipo (texto). Sin embargo, una opción de este tipo se centra exclusivamente en lo factual y olvida que la inconsistencia se presenta en el plano de los sentidos; mientras que una solución centrada en los significados hace imposible la reidentificación, surgiendo así un dilema.

El dilema radica, entonces, en que, si para hablar de identificación es necesario reconocer la posibilidad de reidentificación, las normas no pueden ser concebidas únicamente como entidades abstractas, sean proposiciones cuyo contenido conceptual contiene lo normativo o el significado atribuido al discurso de las fuentes, así como tampoco deben ser pensadas como particulares espacio-temporales, sea mediante actos que usan oraciones para prescribir o como enunciados-inscripción-jurídicos. En el primer grupo de casos, no es posible hablar de reidentificación, y en el segundo, de oposición normativa.

Es en la propuesta hilética o de contenido conceptual donde se manifiesta de manera explícita el dilema recién aludido. Sin ajustarse a las limitaciones conceptuales, esta teoría descansa firmemente en la incuestionable asunción de que el derecho presenta diversas relaciones en el plano de los contenidos significativos de las formulaciones normativas. Es más, conscientes de postular una concepción de la existencia de las normas completamente desvinculada del mundo empírico, sus autores proponen emplear la noción de pertenencia como existencia, pues de otro modo, no sería posible dar cuenta del carácter dinámico de los sistemas jurídicos.

En resumen, la revisión de las teorías a luz de las exigencias conceptuales y de la práctica jurídica, muestra cuáles intuiciones conceptuales logran capturar algunas de ellas, cuáles propuestas se ajustan de mejor manera a los requerimientos de una derogación expresa y cómo la oposición normativa explicita un dilema difícilmente salvable por las propuestas presentadas. El carácter insalvable del dilema deriva de asumir de un modo “dogmático” una posición dicotómica en relación con qué son las normas, ya que serían particulares espacio-temporales o particulares abstractos, pero en ningún caso una combinación de ambos o una categoría distinta.²⁹

C. Problemas de la práctica y sus limitaciones conceptuales

Si se mantiene la distinción dicotómica adoptada por las propuestas ontológicas y, por un lado, hay formulaciones normativas como textos y, por otro, normas como significados, es necesario admitir, al menos, tres planteamientos: (i) aceptar que una derogación expresa solamente limita la aplicación de una formulación normativa, es decir, ella no puede ser usada para derivar normas utilizadas en el razonamiento normativo; (ii) admitir que este tipo de derogación solo determina la exclusión de un texto y no la regulación de una materia, es decir, mediante ella no se excluye la posibilidad de usar normas internas contrarias al derecho

²⁹ Otros autores que igualmente han explicitado esta tensión son Caracciolo (1997) y Vilajosana (2010; 2017).

de la UE cuando es posible extraerlas de otras formulaciones normativas no derogadas; y (iii) reconocer que, eventualmente, en un futuro, no sea posible extraer, de la formulación normativa derogada, la norma que motivó su derogación, porque los significados expresados por las formulaciones son diacrónicamente cambiantes.

En consecuencia, si en su sentido usual “identificar” es comprobar que una cosa es la misma conocida en otras circunstancias, como sugiere Strawson entender “reidentificar”, los planteamientos sustentados en una ontología dicotómica no posibilitan una identificación y exclusión fundada del material normativo de los Estados miembros. Si bien una formulación normativa derogada expresamente es posible identificarla en otras circunstancias, su derogación puede perder sentido si, al cambiar las convenciones lingüísticas en un futuro, no es posible extraer la norma que justificaba su exclusión. A su vez, sin una vinculación clara y estable entre textos y significados, la identificación de estos últimos resulta compleja, porque al cambiar la formulación normativa que expresa un determinado significado o el significado expresado por la formulación ¿en qué sentido es posible hablar de la misma norma conocida en otras circunstancias? Al entender las disposiciones derogatorias como descripciones individualizadoras cuasipuras y el contexto de las formulaciones normativas como clave para lograr la identificación de la oposición normativa, ¿qué sentido tiene hablar de formulaciones, normas, oposición y derogación sin aludir a su contexto? Asimismo, si la derogación tácita resulta insuficiente para identificar y excluir efectivamente determinados contenidos normativos, ¿qué sentido tiene recurrir a la derogación expresa si la norma en oposición con el derecho de la UE aún es posible extraerla de las restantes formulaciones normativas de los Estados miembros?

Frente a lo anterior, si la exigencia de la práctica reside en la oposición de contenidos normativos, un primer paso es reconocer que su identificación y posterior reidentificación es posible cuando se alude a una formulación normativa y su contexto de emisión y/o aplicación, a saber: su tiempo, lugar, identidad del emisor y las convenciones lingüísticas pertinentes. Por ejemplo, “En un tiempo T_2 en el ordenamiento jurídico O_{j1} , la autoridad A_1 emite la formulación normativa F_{n2} , que según el contexto C_2 , expresa la norma N_2 , que se opone a la norma

N₁ expresada por la formulación normativa F_{n1} con base el contexto C₁". Según corresponda, el contexto de emisión o aplicación de una formulación es el que proporciona la información necesaria para determinar la oposición, ya que posibilita identificar cuál es el significado atribuido a una formulación normativa y establece una vinculación entre ambos elementos. Solo a partir de estos es posible que el aplicador del derecho logre identificar aquello que se pretende eliminar con base en las referencias identificadoras del legislador y efectivamente excluya de su razonamiento jurídico una determinada formulación vinculada directamente a una norma con base en su contexto.

Por ejemplo, en un tiempo T₁ se promulga la formulación normativa F_{n1} que se compone de una secuencia gramaticalmente completa de términos (t₁, t₂, t₃,... t_n), cuyo significado es S₁ (por convenciones lingüísticas Cl₁) y su consideración conjunta produce la norma N₁. En un tiempo T₃ la misma secuencia gramaticalmente completa de términos (t₁, t₂, t₃,... t_n) tiene por significado S₃ (por variación de las convenciones lingüísticas Cl₃), lo cual produce una norma distinta N₃. En el tiempo intermedio (T₂) se promulga la formulación normativa F_{n2}, compuesta de una secuencia gramaticalmente completa de términos (t₆, t₇, t₈,... t_n), cuyo significado -S₁ (por convenciones lingüísticas Cl₂) y su producto es la norma N₂. La oposición de N₁ con N₂ únicamente se presenta mientras se mantiene Cl₁ en relación con F_{n1}, solo en T₂ tiene sentido hablar de oposición normativa entre N₃ y N₂, y solo resulta fundada la derogación expresa de F_{n1} al establecer un vínculo directo con N₁ a través del citado contexto.

Las exigencias de identificación del derecho aconsejan aceptar una categoría jurídica capaz de capturar la idea de expresión lingüística de forma gramaticalmente completa, cuyo significado está determinado por un contexto específico. Esto es adoptar una propuesta ontológica que entiende las normas jurídicas como la unión de una formulación normativa y un significado determinado a partir de un contexto. En consecuencia, dentro de la teoría jurídica, parece adecuado admitir que el concepto de norma jurídica tiene o debe tener un carácter primitivo. Entendido este como un tipo de entidad a cuyas ejemplificaciones son igualmente aplicables tanto predicados que adscriben relaciones lógicas como predicados que adscriben características espacio-temporales. Este

carácter primitivo imposibilita un cierto tipo de análisis conceptual e impide entender a las normas jurídicas como un género secundario de entidad en relación con dos géneros primarios, v.gr., texto y un significado. De esta manera, a partir del marco espacio-temporal, es posible diferenciar variadas ejemplificaciones de un mismo concepto de norma jurídica, ya que dos particulares pertenecientes a la misma categoría ontológica o concepto sortal no podrían ocupar exactamente el mismo tramo espacio-temporal y, al mismo tiempo, admiten la oposición normativa entre ellos.³⁰

En este punto, no se puede desconocer que, bajo cierta interpretación, la propuesta de enunciados-inscripción-jurídicos y la propuesta de conjunción escalonada son compatibles con la tesis aquí defendida, ya que ambas se sustentan en la misma idea de “enunciado”. Por un lado, un enunciado normativo es entendido como una expresión bien formada con sentido completo de un lenguaje natural; y por otro, como una expresión lingüística de forma gramaticalmente completa. Por ende, como el carácter de “bien formado” o “completo” de un enunciado no es algo predicable de los textos o formulaciones normativas, resulta plausible sostener que dicho predicado corresponde a un conjunto de palabras que, con base en las reglas del lenguaje, logra expresar algo con sentido, es decir, un texto unido a un significado.³¹

En suma, la finalidad adoptada es la que determina el tipo de teoría y los problemas de la práctica jurídica que condicionan sus planteamientos. Entre ellos, destaca la interrogante sobre cuáles son los constituyentes más básicos de derecho, ante lo cual no se deben olvidar las palabras de W. O. Quine: “una teoría está obligada a admitir aquellas entidades —y solo aquellas entidades— a las cuales tienen que referirse las variables ligadas a la teoría para que las afirmaciones hechas en esta sean verdaderas” (1961, pp. 53).³²

³⁰ Una categoría ontológica o concepto sortal se presenta cuando dos individuos diferentes, ocupando exactamente el mismo espacio y tiempo, no pueden caer bajo el mismo concepto sortal o categoría ontológica.

³¹ En Agüero-SanJuan (en prensa), atribuyo esta propuesta ontológica a Riccardo Guastini.

³² Esta alusión a Quine no desconoce la relevancia del debate metaontológico, sino más bien asume que su tratamiento excede ampliamente las pretensiones del trabajo. Sobre la discusión en metaontología, ver Bricker (2014).

V. Algunas conclusiones

Existe una disociación entre cómo son nuestros ordenamientos jurídicos contemporáneos y cómo son las propuestas explicativas o reconstructivas provenientes de la teoría del derecho. Esta disociación se hace patente en relación con el tratamiento de la ontología de las normas jurídicas y los crecientes problemas prácticos en materia de identificación de normas en el contexto de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Este trabajo adopta una finalidad teórico-jurídica deferente con la práctica, i.e., pretende proporcionar a los operadores jurídicos un entramado conceptual acorde con sus necesidades y problemáticas. Por lo mismo, revisa las teorías sobre ontologías de las normas, a la luz de un problema propio de la práctica jurídica en un ordenamiento determinado. En concreto, la exigencia establecida por el TJUE, consistente en obligar a los Estados miembros a derogar de manera expresa las normas internas contrarias al derecho de la UE. Por lo mismo, para abordar de manera adecuada este problema, se consideraron las limitaciones conceptuales existentes en materia de identificación, porque el problema de la identificación del derecho es la problemática de la práctica jurídica actual.

A partir de lo anterior, se realizó una presentación evaluativa de las principales propuestas provenientes de la teoría del derecho en materia de ontología de normas. Allí se explicitó que no es claro cómo dichas propuestas logran suministrar herramientas conceptuales a los operadores jurídicos para afrontar sus dificultades en el terreno de la identificación normativa. A pesar de ello, se mostró cómo cada una de dichas propuestas captura algún aspecto o intuición relevante sobre las limitaciones conceptuales en materia de identificación. Esto permitió sugerir cierta concomitancia entre ellas en relación con las señaladas limitaciones conceptuales y algunas de nuestras intuiciones en torno a la existencia de las normas. Elementos que contribuirían a explicar por qué aún constituyen propuestas en competencia. A su vez, como un problema de identificación, se precisaron cuáles son los elementos que integran la exigencia establecida por el TJUE: derogación expresa y oposición nor-

mativa, junto con señalar como las propuestas ontológicas reconstruidas se ajustan a estas exigencias.

Así, con el objeto de capturar los elementos que integran la exigencia establecida por el tribunal y considerar las limitaciones conceptuales derivadas de la identificación, se propusieron algunas ideas dirigidas al debate ontológico. Dentro de ellas destaca entender a las normas jurídicas como la unión de una formulación normativa y un significado determinados a partir del contexto correspondiente. Esta concepción considera al concepto de “norma jurídica” como primitivo, al no ser susceptible de análisis ni dependiente de otras categorías ontológicas primarias. Además, esta visión presenta algunas ventajas explicativas para desempeñar el papel de pieza central en la elaboración de una teoría del derecho deferente con los problemas de la práctica jurídica.

En definitiva, este trabajo persigue contribuir a cambiar la discusión en materia de ontología de las normas hacia una discusión de identificación de normas jurídicas y, también, comenzar a revisar las discusiones teórico-jurídicas con base en las exigencias de la práctica normativa. El giro en la discusión se sustenta en la propuesta de una “metafísica descriptiva strawsoniana”, la cual persigue obtener conclusiones sobre la realidad a partir del discurso entre hablante y oyente. En cambio, la revisión se vincula con asumir como “finalidad de la teoría del derecho” el suministro de herramientas conceptuales a los operadores jurídicos para gestionar los problemas de la práctica. De este modo, el trabajo adopta ambos sustentos (metafísica y finalidad), desarrolla la segunda actividad pretendida (revisar las propuestas) y sugiere realizar la primera (cambiar la discusión), pues, quizás, de este modo, sea posible disminuir la brecha entre la actividad teórico-jurídica y la práctica del derecho.

Referencias bibliográficas

Agüero-SanJuan, Sebastián (2019): “Una opción metafísica en la obra de Riccardo Guastini. Algunas ventajas de su compromiso ontológico”, en Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci y Giovanni Battista Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*. Madrid, Marcial Pons.

- Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, 1979: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México, D.F., Fontamara.
- , 1981: “Expressive conception of norms”, en R. Hilpinen (ed.), *New studies in deontic logic. Norms, actions, and the foundations of ethics*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 95-124.
- , 1983: “Definiciones y normas”, en Eugenio Bulygin, Martin Farrell, Carlos S. Nino y Eduardo A. Rabossi (eds.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrio*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 11-40.
- , 1984: “Pragmatic foundations for a logic of norms”. *Rechtstheorie*, núm. 15, pp. 453-464.
- Bermejo, José, 2005: *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Madrid, Civitas.
- Bricker, Phillip, 2014: “Ontological Commitment”. Recuperado el 20 de enero de 2017 desde *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. URL: <https://plato.stanford.edu/entries/ontological-commitment/>
- Bulygin, Eugenio, 1985: “Norms and logic”. *Law and Philosophy*, núm. 4, pp. 145-163.
- , 1991: “Sentencia judicial y creación de derecho”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (eds.), *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 355-369.
- Butcharov, Panayot, 1999: “Metaphysics”, en Robert Audi (ed.), *The Cambridge dictionary of philosophy* (2ª ed.). Cambridge, Cambridge University Press, pp. 563-566.
- Caracciolo, Ricardo, 1993: “Entrevista a Eugenio Bulygin”. *Doxa*, núm. 14, pp. 499-513.
- , 1997: “Existencia de normas”. *Isonomía*, núm. 7, pp. 159-178.
- Carbonell, Miguel, 2000: “Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas”, en M. Carbonell y Susana T. Pedroza de la Llave (eds.), *Elementos de técnica legislativa*. Ciudad de México, UNAM, pp. 209-224.
- Diez-Picazo, Luis M., 1990: *La derogación de las leyes*. Madrid, Civitas.
- García de Enterría, Eduardo, 1997: “La democracia y el lugar de la ley”, en Eduardo García de Enterría y Aurelio Menéndez (eds.), *El derecho, la ley y el juez*. Madrid, Civitas.
- , 1999: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, Civitas.
- Gracia, Jorge, 1998: “Presentación”, en Id. (ed.), *Concepciones de la metafísica*. Madrid, Trotta, pp. 11-16.
- Guastini, Riccardo, 1990: *Dalle fonti alle norme*. Torino, Giappichelli.
- , 1992: *Quindici lezioni di diritto costituzionale*. Torino, Giappichelli.
- , 1996: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino, Giappichelli. Citado por la traducción castellana de Jordi Ferrer: *Distinguendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona, Gedisa, 1999.
- , 2008: “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”. *Isonomía*, núm. 29, pp. 15-31.
- , 2010: *Le fonti del diritto*. Milano, Giuffrè.
- , 2013: *Distinguendo ancora*. Madrid, Marcial Pons.
- , 2014: *La sintassi del diritto* (2ª edición). Torino, Giappichelli.

- Hamlyn, David W., 2001: "History of Metaphysics", en Ted Honderich (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*. Oxford, Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de García Trevijano, Carmen: *Enciclopedia Oxford de Filosofía*. Madrid, Tecnos, pp. 721-724.
- Hernández-Marín, Rafael, 2002: *Introducción a la teoría de la norma* (2ª edición). Madrid, Marcial Pons.
- Kelsen, Hans, 1919: "Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob". *Annalen der Philosophie*, núm. 1. Citado por la traducción castellana de J. Hennequin: "Reflexiones en torno a la teoría de las ficciones jurídicas. Con especial énfasis en la filosofía del 'como si' de Vaihinger", en Daniel Mendonca y Ulises Schmill (eds.), *Ficciones jurídicas*. México, D.F., Fontamara, 2006, pp. 23-56.
- Martino, Antonio, 1977: "La contaminación legislativa". *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, pp. 47-73.
- Mazzarese, Tecla, 2007: "Iuspositivismo y globalización del derecho: ¿Qué modelo teórico?", en José Juan Moreso, y María Cristina Redondo (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Madrid, Marcial Pons, pp. 61-71.
- Mendonca, Daniel, 2000: *Las claves del derecho*. Barcelona, Gedisa.
- Moliner, María, 2008: *Diccionario de uso del español* (2ª edición, Vol. II). Madrid, Gredos.
- Moreso, José Juan, 2002: "Cuestiones persistentes y microteorías". *Doxa*, núm. 25, pp. 629-636.
- Muñoz Machado, Santiago, 2006: *Tratado de derecho administrativo y derecho público general* (vol. II). Madrid, Iustel.
- Peñaranda Ramos, José Luis, 1989: "Las disposiciones derogatorias de las leyes", en Fernando Sáinz Moreno y Juan Carlos da Silva Ochoa (eds.), *La calidad de las leyes*. Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra Parlamento Vasco, pp. 229-248.
- Pérez-Luño, Antonio, 2000: "Seguridad jurídica", en Ernesto Garzón Váldez y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, pp. 481-492.
- Quine, Willard Van Orman, 1961: *From a logical point of view* (2ª edición). New York, Harper & Row. Citado por la traducción castellana de Manuel Sacristán: *Desde un punto de vista lógico*. Barcelona, Paidós, 2002.
- Scarpelli, Uberto, 1987: "Premesse", en Claudio Luzzati (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*. Milano, Giuffrè, pp. 1-2.
- Strawson, Peter F., 1959: *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics*. London, Routledge.
- , 1974: *Subject and Predicate in Logic and Grammar*. London, Methuen & Co Ltda.
- , 1985: *Skepticism and Naturalism: Some Varieties*. London, Methuen.
- , 1992: *Analysis and Metaphysics: an Introduction to Philosophy*. Oxford, Oxford University Press.
- Velarde, Víctor, 1998: "El concepto de metafísica en la filosofía analítica", en Jorge Gracia (ed.), *Concepciones de la metafísica*. Madrid, Trotta, pp. 311-339.

- Vilajosana, Josep Maria, 2010: *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*. Madrid, Marcial Pons.
- , 2017: “Ontología y normas jurídicas”, en Pablo Navarro y Maria Cristina Redondo (eds.), *La filosofía desde el derecho. Homenaje a Riccardo Caracciolo*. México D.F., Fontamara, pp. 85-98.
- Viver i Pi-Sunyer, Carles, 1989: “La parte final de las leyes”, en GRETEL, Curso de técnica legislativa. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 135-172.
- von Wright, Georg Henrik, 1963: *Norm and Action*. London, Routledge and Kegan Paul.
- Zapatero, Virgilio, 2009: *El arte de legislar*. Cizur-Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi.

Agradecimientos

Agradezco los comentarios realizados por los asistentes al seminario “Ontología e identificación de normas”, realizado en la Universitat de Girona en marzo de 2017, e igualmente, a los participantes en el seminario “Diálogos trasandinos de Filosofía del Derecho”, realizado en la Universidad Nacional de Mar del Plata, especialmente, a Pablo Perot, quien con su contraponencia ha contribuido significativamente a mejorar este trabajo. También, debo agradecer la atenta lectura y comentarios de José Víctor García Yzaguirre. Fondecyt Iniciación N^o 11160737 “Seguridad Jurídica a través del estudio de las antinomias: una propuesta de explicitación de los criterios y conceptos empleados por la jurisprudencia nacional” (nov. 2016 a nov. 2018).

Recepción 29/12/2017
Revisión 30/9/2018
Aceptación 5/10/2018