



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

CAPÍTULO TERCERO

LA TEORÍA SINTÁCTICA EN EL NACIENTE CONSTITUTIVISMO JURÍDICO

I. INTRODUCCIÓN

Al lado de las concepciones prescriptivistas (monistas o pluralistas) con que tradicionalmente se ha pretendido explicar el derecho, comienza a gestarse lentamente en los ámbitos especializados un nuevo paradigma teórico, heredero del pensamiento del segundo Wittgenstein, según el cual las reglas jurídicas no sólo orientan la conducta, sino que también “crean” cosas. Este movimiento, que a falta de mejor nombre denominaré *constitutivismo jurídico*, constituye un buen ejemplo de lo que he sostenido en otra parte: las teorías jurídicas no dan cuenta de invisibles entes metafísicos, sino que son el producto de construcciones mentales generadas a partir del modelo de mundo académico de ciertos hombres. Quienes en algún momento se han programado con determinados conceptos contemporáneos de filosofía del lenguaje han podido “ver” en el mundo del derecho cosas que antes no veían, de la misma manera que lo hicieron, en su tiempo, algunos iusnaturalistas que conocieron el pensamiento de Tomás de Aquino.

Entre las pocas teorías que intentan presentar una concepción sobre el derecho en general, basada en estas aportaciones, corresponde un lugar a la teoría de Robles. De ella, no obstante, cabe señalar algunas peculiaridades: contrariamente a lo que sucede con trabajos análogos, es expuesta con una terminología ajena a la de la filosofía lingüística contemporánea. El lenguaje empleado es más característico de un seguidor de Kelsen y de la filosofía tradicional que de la filosofía analítica contemporánea, de Austin o de Searle. Expresiones como: ‘ente’, ‘óntico’, ‘formalismo’, etcétera, son buenos ejemplos de ello. A esto hay que sumar una gran cantidad de neologismos que, en ocasiones parecen duplicar conceptos de la

filosofía contemporánea como sucede con ‘reglas ónticas’ en algún sentido equiparable a ‘norma constitutiva’ o ‘regla constitutiva’. Si se me apurara a catalogar de alguna manera a la teoría de Robles en orden al paradigma al que pertenece, respondería que, al igual que los virus, las bacterias y las estrellas de mar, es difícilmente catalogable en un esquema rígido. Parece como si la hubiera escrito un Kelsen estudioso de la filosofía lingüística contemporánea, que no puede dejar de ser neokantiano. Por todas estas razones, la teoría de Robles corre, a mi juicio, el riesgo de ser catalogada como un auténtico rompecabezas a la vista ya de un kelseniano puro o ya de un analítico puro. Sin embargo, creo que ubicándola en un justo medio y considerada como una construcción teórica autónoma de características propias proporciona un modelo de realidad muy interesante.

Antes de comenzar el desarrollo del capítulo me parece oportuno reproducir un pasaje de una recensión aparecida sobre la teoría sintáctica en *Sociologia del diritto*: “*Mancava tuttavia un'opera che, come il lavoro qui recensito, trattasse in moddo sistematico il rapporto tra giochi e diritto, facendo dell'analogia tra contesti ludici e contesti giuridici, lo strumento per l'analisi di classici temi della filosofia e della teoria del diritto (l'«ontologia» del diritto, la tipologia delle regole...)*”.³⁵⁵

II. ANTECEDENTES DEL CONSTITUTIVISMO JURÍDICO

1. *El segundo Wittgenstein: ¿el germen?*

Es frecuente la calificación del constitutivismo jurídico como una especie de nieto (y en ocasiones bisnieto) del pensamiento del segundo Wittgenstein. La razón estriba en que en su árbol genealógico también suelen aparecer como antepasados la teoría de las preferencias realizativas de Austin y/o la teoría de los actos de habla de Searle.³⁵⁶

³⁵⁵ “Falta todavía una obra que, como el trabajo que reseño, tratase de manera sistemática la relación entre juegos y derecho, haciendo de la analogía entre contexto lúdico y contexto jurídico, el instrumento para el análisis de temas clásicos de la filosofía y de la teoría del derecho”, *la «ontología» del derecho, la tipologia de las reglas..., cit.*, p. 2.

³⁵⁶ Sobre esto, véase Conte, Amadeo, “Regola constitutiva in Wittgenstein”, en Castellani (ed.), *Uomini senza qualità. La crisi del linguaggio nella grade*, Viena, Tempsky, 1981.

Calificar al constitutivismo jurídico como heredero de Wittgenstein implica, desde luego, sostener que el pensamiento de Austin deriva directamente de las *Investigaciones filosóficas* y de *Los cuadernos azul y marrón*. Ello, sin embargo, aunque frecuente, no está libre de toda duda como han puesto de manifiesto Genaro Carrió y Eduardo Rabossi en su nota preliminar a *Palabras y acciones*: “No es fácil determinar con aceptable certeza en qué medida las enseñanzas del nuevo Wittgenstein influyeron en los filósofos de la línea oxoniana. En el próximo apartado trataremos de demostrar que no influyeron en Austin”.³⁵⁷

Además de algunos datos de la biografía académica de Austin, como son el haber sido discípulo de Prichard (quien a su vez lo fue de Cook Wilson) y no directamente de Wittgenstein, estos autores resaltan algunas de las actitudes teóricas de Austin incompatibles con una actitud puramente wittgensteiniana. En primer lugar, resaltan que mientras este filósofo limitó el ámbito de reflexión al lenguaje común, aquél lo considera como un punto de partida admitiendo también la posibilidad y en ocasiones necesidad de recurrir a lenguajes técnicos. Ello se puede ver en su *Alegato en pro de las excusas*:

En realidad el lenguaje común es poco más que la metafísica de la Edad de Piedra... Si una distinción funciona bien para las cuestiones prácticas de la vida corriente (lo cual no deja de ser una hazaña, pues la vida corriente está llena de casos difíciles), entonces es seguro que hay algo en ella, es seguro que no está vacía; sin embargo, esto no es el mejor modo de arreglar las cosas si nuestros intereses son más amplios o intelectuales que los corrientes.³⁵⁸

Esta actitud, sin embargo, no debe ser calificada como una defensa de la metafísica, ya que el mismo Austin, como resultado de su formación con Prichard, trataba con gran respeto al lenguaje común, al cual consideraba el punto de partida de toda investigación seria: “Es cierto, por tanto, que el lenguaje común no es la última palabra: en principio debe ser complementado, mejorado y superado. Con todo, hay que recordar

³⁵⁷ Austin, John, *Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con las palabras*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Paidós, 1982, p. 12.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 67.

que se trata de la primera palabra”.³⁵⁹ Otra de las grandes diferencias que separan a Austin de Wittgenstein, según los autores citados, fue su actitud frente al lenguaje y los problemas filosóficos. Mientras al segundo le interesa conocer el lenguaje sólo para disolver el halo que suele encantar a nuestra inteligencia cuando las palabras son empleadas de manera extraña, el segundo lo considera un fin en sí mismo. En otras palabras, mientras Wittgenstein busca disolver seudoproblemas filosóficos, Austin busca resolver problemas filosóficos donde aquél veía seudoproblemas.³⁶⁰ Una tercera diferencia radica en la manera de investigar de Austin, sin parangón en Wittgenstein, consistente en recurrir al uso del diccionario y en trabajar en equipo para asegurar la objetividad de los resultados obtenidos en las investigaciones.³⁶¹

Un último argumento esgrimido en favor de la independencia de Austin es de índole más personal que académica: “Wittgenstein no influyó en las ideas de Austin. Esto se debió parcialmente a factores idiosincráticos: a Austin le disgustaba el personalismo y el carácter oracular que caracterizaba a muchos filósofos, rasgos que en Wittgenstein se encontraban sumamente acentuados”.³⁶²

Frente a los autores que no ven en Wittgenstein el antecedente directo del pensamiento de Austin, otros sostienen lo contrario ofreciendo a su favor argumentos igualmente plausibles. Así, por ejemplo, Hierro Pescador nos dice, refiriéndose a Austin tras haber analizado a Wittgenstein:

Sus declaraciones metodológicas no parecen apartarse de las que hemos visto en el segundo Wittgenstein. Así reconoce que las palabras son herramientas, que debemos estar preparados contra las trampas que nos tiende el lenguaje y que el conjunto de las expresiones que usamos incorpora todas las distinciones y las conexiones que los hombres, a lo largo de muchas generaciones, han creído que valía la pena hacer.³⁶³

³⁵⁹ *Idem.*

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 23.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 20.

³⁶² *Ibidem*, p. 23.

³⁶³ Hierro Pescador, *Principios de filosofía del lenguaje*, Madrid, Alianza, 1975, colección Alianza Universidad Textos, vol. 2, p. 160.

Los pasajes concretos en que parece estarse apoyando esta opinión, son tomados del mismo *Alegato en pro de las excusas* que es citado por la postura contraria. Reproduciré los que me parecen más representativos: “las palabras son instrumentos claros [Wittgenstein se refería a las palabras como herramientas]: debemos saber lo que significamos y lo que no significamos y estar prevenidos contra las trampas que nos tiende el lenguaje”.³⁶⁴ “Nuestro depósito común de palabras incorpora todas las distinciones que los hombres han creído conveniente trazar y las relaciones que han considerado conveniente establecer, durante la vida de muchas generaciones”.³⁶⁵

Un argumento peculiar en torno a la influencia de Wittgenstein sobre Austin podría sostener que, si bien es cierto que el segundo no se vio influido por el primero, entendiendo la “influencia” como un *seguir sus pasos* (*i. e.*, pensar como él, investigar como él, etcétera), sí se vio influenciado de otra manera: tomó el pensamiento Wittgensteiniano como punto de partida de sus investigaciones con el ánimo de criticarlo en algún sentido. Desde esta perspectiva, Austin aparece como un reformulador de algunos aspectos tratados *inadecuadamente* por Wittgenstein. Esta interpretación parece tener un buen apoyo en su famoso artículo *Emisiones realizativas*³⁶⁶ que ciertamente constituye el punto de arranque del constitutivismo jurídico. Ahí se puede leer:

la gente ha adoptado ahora un nuevo *slogan*, el *slogan* de los “diferentes usos del lenguaje”... Es más bien una pena el que la gente tienda a invocar un nuevo uso del lenguaje siempre que se sienten inclinados a hacerlo, para que los ayude a salir de éste, de aquel o del otro bien conocido enredo filosófico; necesitamos más de un entramado en el que discutir esos usos del lenguaje.³⁶⁷

La teoría de las preferencias realizativas es, para muchos, el entramado básico que, según Austin, hacía falta construir para discutir sobre *los infinitos usos del lenguaje*. Esta posición es sustentada, además de por Hierro y otros, por Acero:

³⁶⁴ Austin, John, *Palabras y acciones*, *cit.*, nota 357, p. 64.

³⁶⁵ *Idem.*

³⁶⁶ Austin, John, “Emisiones...”, *cit.*, nota 117.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 218.

Si hablar una lengua es meterse hasta el cuello en todo un sistema de prácticas y actividades, es jugar un juego de lenguaje tras otro, hablar una lengua es consiguientemente hacer cosas con las palabras. Como hemos visto, a L. Wittgenstein le debemos el habernos refrescado estas cosas, por muy obvias que parezcan. Al filósofo oxoniense J. L. Austin (1911-1960) le debemos los primeros pasos sistemáticos en este género de cosas que llevamos a cabo por el hecho de usar nuestras palabras.³⁶⁸

El próximo punto a desarrollar es, desde luego, una breve exposición del pensamiento de Austin relevante para el constitutivismo jurídico: su teoría de las preferencias realizativas.

2. *Las preferencias realizativas de Austin: el punto de partida*

Las fuentes principales del pensamiento austiniano en que son expuestos los conceptos antecedentes del constitutivismo jurídico son *emisiones realizativas y palabras y acciones* (traducción poco afortunada del título original: *How to Do Things with Words*).³⁶⁹

En ambos trabajos parece subyacer una intención de someter a revisión las dos grandes vertientes de la filosofía analítica en que Wittgenstein jugó un papel relevante. Por una parte, tal como hemos visto, pareciera que busca subsanar alguna deficiencia de la filosofía del lenguaje común. Por la otra, criticar profundamente el postulado del neopositivismo lógico según el cual lo único de lo que vale la pena ocuparse es de los enunciados descriptivos que, como tales, son susceptibles de evaluación en términos de verdad o falsedad. Así, tras aludir a la indudable revolución filosófica que han generado tanto el *movimiento verificacionista* como el *movimiento del uso del lenguaje* nos dice:

³⁶⁸ Acero, Juan José y Quesada, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, cit., nota 105, p. 204.

³⁶⁹ Austin, John, *Palabra y acciones*, cit., nota 357; Alf Ross se ha ocupado del tema de las preferencias realizativas desde un punto de vista crítico. Al respecto, véase Ross, Alf, *Ascensa e caduta della teoria dei performativi, critica del diritto e analisi del linguaggio*, Febbraio, Alberto e Guastini, Riccardo (eds.), Bologna, Società Editrice il Mulino, 1982. Savoini Gian, Pietro, "Performativi in Alf Ross", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, junio de 1982, pp. 167-186.

Pues bien, es una de esas suertes de uso del lenguaje la que quiero examinar aquí. Quiero discutir un tipo de emisión que parece un enunciado y supongo que gramaticalmente sería clasificada como un enunciado, que no es carente de sentido y sin embargo no es verdadera o falsa... estos tipos de emisiones son las que llamamos emisiones *realizativas*.³⁷⁰

Tal y como dice Austin, por su apariencia externa nada distingue una preferencia realizativa de un enunciado descriptivo o un constatativo, como él les llama. Un buen ejemplo serían: ‘Bautizo este barco la *Reina Sofía*’ y ‘Preparo el examen de teoría del derecho que presentaré mañana’. En ambos casos la estructura sintáctica se caracteriza por la presencia de un verbo en la primera persona del presente del indicativo en la voz activa y sin embargo, mientras que el segundo describe un estado de cosas y puede ser verdadero o falso (el enunciado será verdadero si efectivamente estoy preparando un examen que presentaré mañana) el primero ni registra hecho alguno ni puede ser verdadero o falso.³⁷¹ No es lo mismo decir ‘Bautizo este barco *Reina Sofía*’ que ‘Estoy bautizando este barco *Reina Sofía*’.

Lo que caracteriza a las preferencias realizativas respecto de los enunciados descriptivos es que, al decirlas en determinadas circunstancias, hacemos algo *ipso facto*. Por ejemplo, al decir “Bautizo este barco *Reina Sofía*” no sólo estoy diciendo las palabras ‘Bautizo este barco *Reina Sofía*’, sino que, de hacerlo cumpliendo con ciertos requisitos, como puede ser romper una botella en proa, lo bautizo. Algunos de los ejemplos de emisiones realizativas dadas por Austin son: “«Sí, juro (desempeñar el cargo con lealtad, honradez, etcétera)»”, expresado en el curso de la ceremonia de la asunción de un cargo»; “«Lego mi reloj a mi hermano»”, como cláusula de un testamento»; “«te apuesto cien pesos a que mañana va a llover»”.³⁷² Como puede verse, ninguna de las preferencias puede ser verdadera o falsa, ni describe nada del mundo empírico. En todos los casos, al decir algo, algo es hecho: “jurar”, “legar”, “apostar”.

De primera impresión podría parecer que un buen criterio de identificación de preferencias realizativas estaría en el verbo. Al parecer, existen ciertos verbos caracterizados porque al ser empleados en primera persona

³⁷⁰ Austin, John, “Emisiones...”, *cit.*, nota 117, p. 219.

³⁷¹ Austin, John, *Palabras y acciones*, *cit.*, nota 357, p. 45.

³⁷² *Ibidem*, p. 46.

del singular del presente del indicativo, más que describir la acción asociada al verbo, permiten llevar a cabo justamente la acción. Siendo así las cosas, bastaría hacer una lista de verbos *realizativos* para poder identificar toda preferencia realizativa y distinguirla de un constatativo. Sin embargo, el mismo Austin hace notar que hay casos en los que no habiendo verbo alguno en una preferencia, hay un realizativo. Por ejemplo, en la expresión ‘cuidado con el perro’ con la cual se está *advirtiendo*. La estructura sintáctica prototípica que hasta ahora habíamos empleado no sólo no es absolutamente fiable, sino que, ni siquiera tiene el privilegio de ser la forma más socorrida para emitir realizativos ya que hay preferencias de ese tipo en las que el verbo se encuentra en segunda o tercera persona del singular o plural y en voz pasiva. Por ejemplo, “Por la presente usted está autorizado a pagar”.³⁷³

Por otra parte “el verbo puede ser «impersonal» en casos que llevan la voz pasiva. Por ejemplo: ‘Por la presente se hace saber que los intrusos serán encausados’. Este tipo aparece habitualmente en circunstancias formales o vinculadas al derecho”.³⁷⁴ A las preferencias realizativas que no cumplen con la estructura prototípica, Austin las denomina preferencias implícitas.

Como puede verse, Austin parece haber tenido muy presente al derecho para la formulación de la teoría de las preferencias realizativas. En otro pasaje él explica lo que entiende por ‘realizativo’, nos dice: “La palabra que más se aproxima a lo que necesitamos es, quizás, el término técnico inglés ‘operative’ (‘operativo’) en el sentido estricto que le dan los abogados para aludir a aquellas cláusulas de un instrumento que sirven para realizar la transacción”.³⁷⁵

A pesar de que emitir una preferencia realizativa es, fundamentalmente, una cuestión lingüística, para poder hacer cosas con ellas es necesario que su emisión se efectúe en determinadas condiciones: “Apostar no es simplemente, como hemos dicho, pronunciar las palabras ‘te apuesto, etcétera’, basta considerar —por ejemplo— el caso de la persona que anuncia su apuesta cuando la carrera ya ha terminado”.³⁷⁶

³⁷³ *Ibidem*, p. 100.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 101.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 48.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 55.

De la misma manera que un enunciado (o constativo en la terminología austiniana) puede ser evaluado como verdadero o falso, según que *efectivamente* en el mundo real corresponda a lo que él afirma o no; una preferencia realizativa puede ser afortunada o desafortunada en función de que efectivamente algo sea hecho con ella o no. Las condiciones de que depende la *fortuna o infortunio* de un realizativo, según Austin, son:

A.1) Tiene que haber un procedimiento convencional aceptado, que posea cierto efecto convencional; dicho procedimiento debe incluir la emisión de ciertas palabras por parte de ciertas personas en ciertas circunstancias. Además;

A.2) En un caso dado, las personas y circunstancias particulares deben ser las apropiadas para recurrir al procedimiento particular que se emplea.

B.1) El procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes en forma correcta y

B.2) En todos su pasos.

r.1) En aquellos casos en que, como sucede a menudo, el procedimiento requiere que quienes lo usan tengan ciertos pensamientos o sentimientos, o está dirigido a que sobrevenga cierta conducta correspondiente a algún participante, entonces quien participa en él y recurre así al procedimiento debe tener en los hechos tales pensamientos o sentimientos, o los participantes deben estar animados por el propósito de conducirse de la manera adecuada y, además;

r.2) Los participantes tienen que comportarse así en su oportunidad.³⁷⁷

La violación de cualquiera de estas seis reglas trae por consecuencia el *infortunio* del realizativo. Sobre esta base, Austin construye toda una teoría de los infortunios en función de la violación de cada tipo de regla: la violación de las reglas “A” y/o “B” da lugar a desaciertos,³⁷⁸ mientras la realizada respecto de las reglas “A” origina un abuso.³⁷⁹ Dentro de los desaciertos se distinguen las malas apelaciones³⁸⁰ (violación de las reglas “A”) y las malas ejecuciones³⁸¹ (violación de las reglas “B”). Dentro de las malas apelaciones se distinguen los infortunios

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 56.

³⁷⁸ *Ibidem*, pp. 57 y ss.

³⁷⁹ *Idem*.

³⁸⁰ *Idem*.

³⁸¹ *Idem*.

producidos por violación de las reglas “A.1” (no denominadas por Austin con un nombre propio),³⁸² de las malas aplicaciones (violación de las reglas “A.2”).³⁸³ Las malas ejecuciones se dividen en Actos viciados (violación de las reglas “B.1”)³⁸⁴ y actos inconclusos (violación de la regla “B.2”).³⁸⁵ No obstante lo interesante de esta teoría, no volveremos sobre ella, por no ser relevante para nuestros fines. Mas centraremos la atención en ejemplificar los distintos tipos de reglas.

Regla “A.1”: “Tiene que existir un procedimiento convencional aceptado, que posea cierto efecto convencional y que debe incluir la expresión de ciertas palabras por ciertas personas en ciertas circunstancias”.³⁸⁶

Un ejemplo de procedimiento convencional aceptado es el rito del matrimonio por la Iglesia católica (o de cualquier otra religión), cuyo efecto convencional es la producción de un nuevo estado de cosas. Quienes se casan como es debido dejan de ser vistos como amigos para ser vistos como esposos con todas las consecuencias que ello trae aparejado. Si relacionamos las consecuencias del éxito de este procedimiento con alguno de los conceptos expuestos en el primer capítulo, diríamos que el *nuevo estado de cosas* no es otra cosa sino una realidad hermenéutica, una programación mental, que condiciona en cierto sentido los pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas de quienes han sido programados con ella.

La aceptación del procedimiento podemos explicarla adecuadamente como una *convergencia hermenéutica* entre las personas que están precondicionadas, de tal suerte que, ante la realización del procedimiento en forma adecuada, admitirán el *programa* de la realidad hermenéutica correspondiente al nuevo estado de cosas, *i. e.*, a considerar esposos a quienes antes eran amigos. Desde luego, quien no comparte la convergencia hermenéutica, tampoco puede programarse de la misma manera con la nueva realidad.

Aunque dos miembros de una comunidad mahometana realicen los mismos actos externos que requiere el rito del matrimonio católico, no producirán ningún *nuevo estado de cosas* entre los demás miembros de la comunidad a que pertenecen y ni siquiera lo harán para ellos mismos en

382 *Idem.*

383 *Idem.*

384 *Idem.*

385 *Idem.*

386 *Ibidem*, p. 67.

cuanto mahometanos. El ejemplo más representativo de la expresión de ciertas palabras en el caso del matrimonio católico sería: ‘Os declaro marido y mujer’, las cuales tienen que ser dichas por cierta persona (el sacerdote y no el acólito, por ejemplo) y en ciertas circunstancias (durante la ceremonia de una misa y no, por ejemplo, durante el medio tiempo de un partido de fútbol).

Regla “A.2”: “En un caso dado, las personas y circunstancias particulares deben ser las apropiadas para apelar o recurrir al procedimiento particular que se emplea”.³⁸⁷

Mientras que la regla “A.1” se refiere al procedimiento en cuanto *type*, esta se refiere al procedimiento en cuanto *token*, *i. e.*, alude a un procedimiento determinado, a un texto interpretado a través del *type*. Siguiendo con el ejemplo anterior, podemos decir que el sujeto Juan Jiménez podrá ser novio en un matrimonio concreto sólo si no es un hombre ya casado por la Iglesia.

Regla “B.1”: “El procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes en forma correcta”.³⁸⁸

Se encuentra al mismo nivel *token* que la regla anterior, y consiste en que, existiendo un procedimiento y siendo las personas adecuadas quienes apelan a ese procedimiento, se den las circunstancias apropiadas, el procedimiento no es respetado. Por ejemplo, supongamos que el sacerdote celebra una misa común y corriente, en vez de celebrar una misa matrimonial, o que quien contesta “Sí, acepto” no es la novia, sino una de sus madrinas, o la niña que lleva la cola del vestido.

Regla “B.2”: “El procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes en todos sus pasos”.³⁸⁹

Pensemos en una boda en la que el novio permanece inmóvil detrás de la puerta de la iglesia y sin hablar durante la ceremonia nupcial, o que ha satisfecho todas las exigencias del rito, excepto al momento de prestar juramento de fidelidad.

Regla “A.2” y “B.2”: “En aquellos casos en que, como sucede a menudo, el procedimiento requiere que quienes lo usan tengan ciertos pensamientos o sentimientos, o está dirigido a que sobrevenga cierta conducta correspondiente de algún participante, entonces quien participa en él y

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 75.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 77.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 78.

recurre así al procedimiento debe tener en los hechos tales pensamientos o sentimientos, o los participantes deben estar animados por el propósito de conducirse de la manera adecuada (nivel *type*), los participantes tienen que comportarse así en su oportunidad (nivel *token*)".³⁹⁰

Ejemplo de casos como el aludido podrían ser “la felicitación”, “el juramento”, “el pésame”, etcétera. Según los cuales quien felicita debe sentirse complacido con la causa de su felicitación, quien jura debe sentir que se compromete al hacer el juramento, quien da el pésame, debe sentir pesar por la pérdida del difunto.³⁹¹

Una vez expuestos el concepto de realizativo y la teoría de los infortunios (conferencias I a IV), Austin dedica buena parte de su libro a ensayar criterios conforme a los cuales distinguir nítidamente los *realizativos* de los *constatativos* sin conseguirlo. No obstante, el tratamiento no es infructuoso ya que permite al lector familiarizarse con el problema y percatarse de su complejidad; además, pone de manifiesto que los *constatativos* también quedan comprendidos en la teoría de los infortunios, y que los *realizativos*, en algún sentido, tienen que ver con hechos. Una vez alcanzados estos logros, Austin reinicia la búsqueda de criterios de distinción entre *constatativos* y *realizativos*, trabajo al que se aboca a partir de la conferencia VIII.

El nuevo punto de partida es la famosa teoría de los actos de habla de Austin, según la cual siempre que emitimos una preferencia realizamos tres actos lingüísticos: *un acto locucionario*, *un acto ilocucionario* y *un acto perlocucionario*. En palabras de Kempson: “Austin señaló que al enunciar una oración, el hablante suele hallarse incurso en tres actos diferentes”.³⁹²

El acto locucionario consiste en decir algo, y se constituye por otros tres actos, que son: *a)* acto fonético consistente en emitir ciertos ruidos; *b)* acto fáctico consistente en que esos ruidos sean pertenecientes al léxico de un lenguaje determinado y conforme a la sintaxis de ese lenguaje, y *c)* acto rético consistente en que esas palabras tengan sentido y referencia. Conforme a esto, no pueden ser actos de habla las onomatopeyas, los sinsentidos, ni las reproducciones fonéticas (por ejemplo, las de los pericos australianos).

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 82.

³⁹¹ *Ibidem*, pp. 82 y ss.

³⁹² Kempson, Ruth, *Teoría semántica*, trad. de Ramón Cerdá, Madrid, Teide, 1982, p. 50.

El acto ilocucionario es aquello que realizamos por medio del acto locucionario, *i. e.*, prometer, informar, jurar, etcétera.³⁹³

El acto perlocucionario es el efecto causado en el auditorio con los dos actos anteriores. Es independiente de las intenciones del hablante.³⁹⁴ Ejemplos de actos perlocucionarios son convencer, persuadir, disuadir, sorprender, confundir, etcétera.³⁹⁵

Tras exponer las razones por las que deben distinguirse los actos locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios, Austin determina al fin la relación entre *constatativos* y *performativos*:

Enunciar, describir, etcétera, sólo son dos nombres, entre muchos otros que designan actos ilocucionarios... ellos no ocupan una posición única en cuanto estar relacionados con los hechos... salvo por virtud de una abstracción, que es siempre posible y legítima para ciertos fines, «verdad», «falsedad» no son nombres de relaciones, cualidades o lo que sea, sino que apuntan a una dimensión de apreciación”.³⁹⁶

Una vez conocida esta sorprendente conclusión, es fácil entender el porqué del fracaso de los intentos conforme a los cuales se había tratado de distinguir *constatativos de realizativos*.

En la última conferencia, Austin proporciona una clasificación de los distintos verbos realizativos, *i. e.*, que dan cuenta de las cosas que se pueden hacer con las palabras. La estrategia para identificarlos es una de las que había empleado con anterioridad y que había parecido poco eficaz: son verbos realizativos los que sirven para introducir una expresión realizativa explícita. El criterio de clasificación es según sus distintas fuerzas ilocucionarias. Las clases son cinco:

1) Verbos judicativos: dan cuenta de actos ilocucionarios cuya fuerza ilocucionaria es la de emitir un veredicto que no tiene que ser definitivo,

³⁹³ Austin, John, *Palabras y acciones...*, *cit.*, nota 357, pp. 138 y ss. Sobre el tema de los actos ilocucionarios, véase Searle, John, “Austin on Locutionary and Ilocutionary Acts”, *Philosophical Review*, vol. LXXVII, 1968. Vendler, Z., *Ilocutionary Suicide, Issues in the Philosophy of Language*, Mackay, A. F. y Merrill, D. D. (eds.), Londres, Yale University Press, 1976.

³⁹⁴ *Idem.*

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 153.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 196.

como puede suceder en el caso de una estimación. Son ejemplo de estos verbos: absolver, sentenciar, estimar, evaluar, etcétera.³⁹⁷

2) Verbos ejercitativos: se emiten en el ejercicio de potestades, derechos o influencia. Entre ellos se citan: designar, votar, ordenar, instar, aconsejar, prevenir, etcétera.³⁹⁸

3) Verbos compromisorios: son verbos característicos de preferencias realizativas por medio de las cuales uno se compromete. Por ejemplo: prometer, jurar, hacer voto de, etcétera.³⁹⁹

4) Verbos comportativos: “constituyen un grupo muy heterogéneo y tienen que ver con las actitudes y el comportamiento social. Por ejemplo: pedir disculpas, felicitar, elogiar, dar el pésame, maldecir y desafiar”.⁴⁰⁰

5) Verbos expositivos: “Ponen de manifiesto el modo como nuestras expresiones encajan en un argumento o conversación... En general, son recursos que utiliza un expositor. Por ejemplo, contesto, arguyo, concedo, ejemplifico, supongo, postulo”.⁴⁰¹

En todo caso, hay que decir que Austin declaró expresamente su insatisfacción con la lista expuesta y su clasificación, especialmente con las dos últimas categorías. Como veremos, a partir de esta insatisfacción surgiría el otro gran pilar sobre el que se apoya el constitutivismo jurídico: la teoría de los actos de habla de Searle.

Antes de exponer el pensamiento de Searle, quiero iluminar una idea que Austin no hace notar expresamente, pero que será de grandes consecuencias para el constitutivismo jurídico: la idea de que, independientemente de las distintas fuerzas ilocucionarias de los verbos realizativos y de la infinidad de cosas que podemos hacer con las palabras, siempre que hacemos algo con las palabras, en algún sentido, creamos algo: *un nuevo estado de cosas*:

El acto ilocucionario «tiene efecto» de ciertas maneras, como cosa distinta de producir consecuencias en el sentido de provocar estados de cosas en el modo «normal», esto es, cambios en el curso natural de los sucesos. Así, «Bautizo a este barco Queen Elizabeth» tiene el efecto de bautizar o dar

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 198.

³⁹⁸ *Idem*.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 199.

⁴⁰⁰ *Idem*.

⁴⁰¹ *Idem*.

un nombre al buque; después de ello ciertos actos subsiguientes, tal como referirse a él llamándolo el generalísimo Stalin, están fuera de lugar.⁴⁰²

3. Las reglas constitutivas y los hechos institucionales de Searle

A partir de algunas vaguedades de la teoría de los actos de habla de Austin, Searle ha propuesto una teoría y taxonomía alternativas. Las obras más representativas de su pensamiento son: *Una taxonomía de los actos ilocucionarios*⁴⁰³ y *Actos de habla*.⁴⁰⁴ Aquí centraremos nuestra atención primordialmente en la segunda, y aludiremos a la primera de pasada, sólo con el fin de ubicar a aquélla en su contexto teórico más inmediato.

En su obra *Una taxonomía de los actos de habla*,⁴⁰⁵ Searle rechaza la distinción trazada por Austin, entre acto locucionario o ilocucionario. Las razones principales son: a) los actos locucionarios pueden reducirse a un acto ilocucionario genérico: Decir. b) En las preferencias realizativas explícitas el significado del verbo implica necesariamente el acto. Así en «te juro que pasaré por ti», el verbo “jurar” determina que se trata de un juramento, siendo imposible separarlo de la preferencia misma.

Respecto de la clasificación de los actos ilocucionarios, Searle propone una serie de doce criterios conforme a los cuales poder distinguir unos actos

⁴⁰² *Ibidem*, p. 162.

⁴⁰³ Searle, John, “Una taxonomía de los actos ilocucionarios”, *Teorema*, trad. de Luis M. Valdés, vol. VI, 1976.

⁴⁰⁴ Searle, John, “Actos de habla indirectos”, *Teorema*, trad. de Luis M. Valdés, vol. VII, 1977. Original: Searle, John, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Londres, Cambridge University Press, 1969. Sobre el tema de los actos de habla, véase Searle, John, *What Is a Speech Act?*, en Black, M. (ed.), *Philosophy in America*, Londres, Allen and Unwin. Existe traducción al italiano, véase Searle, John, “Che cos’è un atto linguistico?”, en Giglioli, P. P. (ed.), *Linguaggio e Società*, Bolonga, Il Mulino, 1973. También existe traducción al castellano: véase Searle, John, “¿Qué es un acto de habla?”, *Cuadernos Teorema*, Valencia, núm. 15, 1980, Searle, John, “Meaning and Speech Acts”, en Lehrer, A. Y. K. (eds.), *Theory of Meaning*, New Jersey, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1970. Hare, “Meaning and Spech Acts”, *Philosophical Review*, vol. LXXIX, 1970. Ducort, O., “Atti linguistici”, *Enciclopedia Einuaudi*, Turin, 1977, Strawson, Peter, Frederick, “Intention and Convention in Speech Acts”, *The Philosophoical Review*, 73, 1964, pp. 439-460. Véase Cameron, J. R., “The Significance of Speech Acts and the Meaning of Words”, *The Philosophical Quarterly*, 23, pp. 301-315.

⁴⁰⁵ Hierro Pescador, José, *Principios de filosofía del lenguaje*, 2a. ed., Madrid, Alianza Universidad, p. 158.

ilocucionarios de otros. Sin embargo, son tres los principales: *a)* el propósito del hablante; *b)* la dirección de ajuste de las palabras al mundo o del mundo a las palabras; *c)* la «condición de sinceridad» o estado psicológico del emisor. Conforme a estos criterios, Searle ofrece la siguiente taxonomía de actos ilocucionarios (y no de verbos realizativos como hizo Austin):

1) Representativos: *a)* El propósito del hablante es comprometerse con algo; *b)* Su dirección de ajuste es de las palabras hacia el mundo y pueden ser verdaderos o falsos; *c)* La condición de sinceridad es la creencia. Dentro de esta categoría quedan incluidos los veredictivos y expositivos de Austin.

2) Directivos: *a)* El propósito es hacer que el oyente haga algo; *b)* El ajuste es del mundo a las palabras; *c)* La condición de sinceridad es el deseo.

3) Compromisorios: *a)* El propósito es comprometer al emisor con un comportamiento futuro; *b)* El ajuste es del mundo a las palabras; *c)* La condición de sinceridad es que el emisor tenga la intención de actuar como se compromete a hacer.

4) Expresivos: *a)* El propósito es expresar un estado emocional del emisor; *b)* Carecen de dirección de ajuste entre palabras y mundo; *c)* La condición de sinceridad es la correspondencia entre la preferencia y el estado de ánimo que expresa.

5) Declaraciones: Son el tipo de actos ilocucionarios que hay que poner de relieve para efectos del constitutivismo jurídico: *a)* El propósito es la modificación de un determinado estado de cosas para crear un nuevo estado de cosas; *b)* La dirección de ajuste es recíproca entre el mundo y la palabra ya que al ser afortunados crean algo nuevo en el mundo; *c)* Carecen de condición de sinceridad pues el estado psicológico del emisor es irrelevante. Dentro de esta categoría queda comprendidos actos ilocucionarios del tipo nombrar a alguien para un nuevo cargo, cesar a alguien, declarar marido y mujer a una pareja, etcétera. Como el mismo Searle hace notar: “los actos de este tipo declarativo suelen darse en el marco de instituciones sociales determinadas, especialmente jurídicas y políticas”.⁴⁰⁶

Entre las declaraciones, Searle distingue una subclase correspondiente a aquellas preferencias que pueden crear nuevos estados de cosas reco-

⁴⁰⁶ Sobre el tema de las reglas del lenguaje, véase Midgley, G. C. J., *Linguistic Rules*, *Proceedings of Aristotelian Society*, núm. 90, 1959, pp. 59-217.

nociendo oficialmente una determinada situación. Por ejemplo, el juez de línea que en un partido de fútbol anuncia que el balón ha salido del área de juego. Sin embargo, hay que destacar que declarativos de este tipo no deben ser confundidos con un simple reconocimiento. Aunque el balón no haya salido efectivamente, si el juez de línea declara que eso ocurrió, los efectos de su declaración son idénticos a los que ocurrirían si hubiera declarado una verdadera salida del balón. El nombre de estos declarativos es ‘declaraciones representativas’.

Como puede verse, aquella característica común que encontramos vagamente insinuada en Austin, según la cual los actos de habla crean estados de cosas, es retomada por Searle dándole forma consistente.

Por otra parte, hay que destacar el nada despreciable poder explicativo de los declarativos para la teoría del derecho (incluyendo a las declaraciones representativas). De hecho, en todo proceso jurisdiccional encontramos una infinidad de declarativos. Por ejemplo: “Se da entrada a la demanda”, “se sentencia al señor ‘x’ a cumplir una condena de 10 años de prisión”, “se declara sobreesido el procedimiento”, “se declara culpable de haber cometido el delito de robo al señor ‘x’ (aunque en realidad ‘x’ no haya robado nada), etcétera.

Cabe destacar que, como el mismo Searle pone de manifiesto, para que estos declarativos puedan tener lugar (en terminología austiniana “ser afortunados”) es necesario cierto marco de referencia, una cierta institución que sea la que determine el *type*, conforme al cual esos *token* puedan tener lugar. Pensando en el derecho como sistema de praxemas *type*, es claro que en él también son dables preferencias realizativas distintas de las que se dan en un procedimiento jurisdiccional. Por ejemplo, cuando el artículo transitorio de una ley dice: “Se derogan los artículos 2o., 34, 35 y 36 de la ley “x”, no sólo está “diciendo” que algo se deroga. Está derogando al decirlo.

La exposición hecha por Austin sobre los declarativos, se complementa con sus teorías de las reglas constitutivas y de los hechos institucionales, expuesta en *actos de habla*.

El contexto teórico en el que hay que ubicar los conceptos de regla constitutiva y hechos institucionales es, también, el de una investigación de filosofía del lenguaje, y la finalidad teórica con que los expone Searle es la de poner de relieve el hecho de que realizar un acto de habla es actuar conforme a reglas de cierto tipo (praxema *types*), en virtud de las

cuales ciertos actos (texto) son interpretados de cierta manera (como cierto praxema *token*).⁴⁰⁷

Como puede verse, esta tesis presenta *un cierto aire de familia* con una de las tesis más representativas de la filosofía del lenguaje común, según la cual sabemos el significado de una expresión cuando la sabemos emplear adecuadamente según las convenciones que rigen su uso. Así, por ejemplo, si digo ‘pásame la sal por favor’ cuando estoy en una mesa junto a otros comensales, hay un salero que no puedo coger con facilidad y está cerca de un tercero que es precisamente a quien me dirijo, conozco el significado de ‘pásame la sal por favor’. La consecuencia de saber usar las palabras conforme a las reglas pertinentes es “jugar un juego lingüístico”. La jugada que seguirá a mi solicitud será otra jugada consistente en que el tercero me dé el salero (se presume que él también conoce las reglas del juego). También presenta un cierto aire de familia con las condiciones determinantes de la fortuna de un realizativo en el pensamiento de Austin. Con estos antecedentes en mente estamos en posibilidad de exponer sin deformar los conceptos de regla constitutiva y hechos institucionales de Searle.

A. Las reglas constitutivas

Se distinguen de otro tipo de reglas que Searle llama reglas *regulativas*. Aunque el mismo Searle reconoce que puede no ser fácil distinguir entre unas y otras, presentan importantes diferencias: “las reglas regulativas regulan formas de conducta existentes independientes o antecedentemente... las reglas constitutivas no regulan meramente: crean o definen nuevas formas de conducta”.⁴⁰⁸ Como ejemplo de reglas constitutivas

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 161.

⁴⁰⁸ Searle, John, *Speech Acts, cit.*, nota 142, p. 42. Sobre el tema de las reglas constitutivas véase Twining, W., *How to Do Things with Rules*, Londres, 1976. Véase Pollastro, Pietro, *Regola costitutiva: saggio d'analisi*, Pavia, 1982, tesi laureada. Ferrari, Gianfranco, “Regole costitutive e validità”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XI, 1981, pp. 507-526. Guastini, Riccardo, “Far cose con regole costitutive, condizione, antinomia”, y Guastini, Riccardo, “Cognitivismo ludico e regole costitutive”, en Scarpelli, U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milán, Comunità, 1983. Böer, Steven, “Speech Acts and Constitutive Rules”, y Ransdell, Joseph, “Constitutive Rules and Journal of Philosophy”, *Journal of Philosophy*, 71, 1974, pp. 106-174. Sobre reglas constitutivas y reglas regulativas,

Searle cita las reglas de los juegos, tales como el ajedrez o el fútbol, que se caracterizan por hacer posible que ciertos hechos empíricos, como puede ser mover una pieza de madera con forma de caballo sobre un tablero de determinadas características (texto), puedan ser interpretados como determinado praxema *token*, *i. e.*, como una jugada de ajedrez. Consecuentemente, las reglas constitutivas no sólo crean, sino que al mismo tiempo regulan: “Las reglas constitutivas constituyen (y también regulan) una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de la regla”.⁴⁰⁹ Este doble carácter de las reglas constitutivas no debe perderse de vista. Más adelante regresaremos a él.

Por su aspecto externo, mientras las reglas regulativas pueden ser parafraseadas como un imperativo del tipo “Si Y haz X” o “Haz X”, las reglas constitutivas son reconducibles a la estructura de una proposición según la cual “X cuenta como Y en el contexto C” o simplemente “X cuenta como Y”.⁴¹⁰ Un ejemplo de regla constitutiva ofrecido por el mismo Searle es “Se hace un jaque-mate cuando el rey es atacado de tal manera que ningún movimiento lo dejará inatacado”.⁴¹¹ Reconduciendo esta regla a uno de los esquemas tipo tendremos que: en el juego de ajedrez (contexto C), que el rey sea atacado de tal manera que ningún movimiento lo deje inatacado (X), cuenta como jaque mate (Y).

Además de su alusión a la forma de ambos tipos de reglas, Searle proporciona un criterio conforme al cual distinguir las reglas regulativas de las constitutivas. Mientras que la acción realizada de conformidad con una regla regulativa podría ser descrita de igual manera si la regla no existiera, las conductas creadas por las reglas constitutivas no pueden ser descritas sin implicar la regla.

Por ejemplo, suponiendo que una de las reglas de etiqueta de una sociedad A establece que las invitaciones para las reuniones deben enviarse con cuando menos 15 días de antelación y alguien cumple la regla, la conducta del anfitrión podría ser descrita de la manera siguiente: “Envié las invitaciones con quince días de antelación”. Suponiendo que en una

véase Christopher, Cherry, “Regulative and Constitutive Rules”, *The Philosophical Quarterly*, XXIII, 1973, pp. 301-315. M. C. Closkery H. J., “Two Concepts of Rules. A Note”, *The Philosophical Quarterly*, 22, 1972, pp. 334-348. Rawls, John, “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, 64, 1955, pp. 3-32.

⁴⁰⁹ Searle, John, *Actos de habla*, *cit.*, nota 142, p. 43.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 44.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 43.

sociedad B no existe tal regla, pero alguien invita a una reunión con 15 días de antelación, su conducta podría ser descrita de la misma manera que la conducta del anfitrión de A: “Envío las invitaciones con 15 días de antelación”.⁴¹²

A diferencia de lo que sucede con estas reglas, la descripción de una conducta realizada de conformidad con una regla constitutiva presupone a la regla. Por ejemplo: “Anotó un gol”, sólo tiene sentido porque el hecho (texto) al que se refiere la expresión, describiéndolo, es interpretado a través de cierta regla del juego del fútbol (praxema *type*), como acción de fútbol (praxema *token*).

Una vez que las nociones de regla regulativa y constitutiva han sido presentadas, Searle vuelve sobre el aspecto formal de las reglas haciendo notar que la fórmula “X cuenta como Y en el contexto C” no debe considerarse un criterio formal conforme al cual distinguir ambos tipos de reglas, ya que una regla regulativa puede ser distorsionada de la siguiente manera: “El no enviar las invitaciones con 15 días de antelación cuenta como una falta de educación en la sociedad A”. A pesar de esto, y con sus debidas reservas, la fórmula parece ser un buen indicativo sobre como reconocer una regla constitutiva (en el ejemplo anterior la Y corresponde a una apreciación más que a una especificación).⁴¹³ No obstante, lo que da a una regla su carácter constitutivo es su pertenencia a un sistema de reglas constitutivas dentro del cual las Y tienen consecuencias intrasistemáticamente determinadas:

Cuando la regla puede ser parafraseada naturalmente de esta forma [“X cuenta como Y en el contexto C”] y cuando el término Y es una especificación, la regla ha de ser, con toda probabilidad constitutiva. Pero necesitamos hacer dos observaciones; en primer lugar, puesto que las reglas constitutivas aparecen en sistemas, puede que sea el sistema entero el que ejemplifique esta forma y no las reglas individuales dentro del sistema... Y, en segundo lugar, dentro de los sistemas, la frase que constituye el término Y no será una simple etiqueta. Esa frase marcará algo que tiene consecuencias.⁴¹⁴

⁴¹² *Ibidem*, p. 44. Sobre los actos de habla que presentan problemas para ser reducidos a la fórmula sintáctica expuesta por Searle, véase Searle, John, “Actos de habla indirectos”, *cit.*, nota 403.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 45.

⁴¹⁴ *Idem*.

Así, aunque una regla del ajedrez que diga: “El alfil se mueve en diagonal” no presente la forma canónica, el actuar de acuerdo con todas las reglas o con un subconjunto suficientemente extenso de las reglas del ajedrez cuenta como jugar al ajedrez.⁴¹⁵ Por lo que respecta a las consecuencias del término Y, es claro que mover el alfil conforme a la regla cuenta como jugada de ajedrez que puede producir una situación del rey tal que quede en completa indefensión, lo cual cuenta como jaque mate, el cual, a su vez, cuenta como haber ganado la partida.

B. *Los hechos institucionales*

Paralela a su distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas, y complementando esos conceptos, Searle propone otros dos: *hechos brutos* y *hechos institucionales*. A efecto de facilitar su comprensión clara en el poco espacio que les podemos dedicar en este trabajo, continuaré echando mano de los conceptos de *type* y *token*, de los cuales no habla Searle. Los hechos brutos son textos interpretados como *token* o *praxema-token* a partir de un esquema de interpretación que no es una institución social convencionalmente creada como lo es el matrimonio, el bautizo, el fútbol, etcétera. Por ejemplo, *patear una piedra*. Son hechos institucionales los *token* o *praxema-token* que tienen lugar gracias a la interpretación de un determinado texto a partir de una determinada institución social que funciona como su esquema de interpretación. Por ejemplo: anotar un *touchdown*, contraer matrimonio, bautizar a un niño, etcétera.

Para que en el mundo empírico algo pueda ser interpretado como un *hecho institucional* es necesario que exista una institución que constituya su esquema de interpretación. En párrafos anteriores ya hemos dado ejemplo de instituciones, veamos ahora el concepto de institución de Searle:

Estas «instituciones» son sistemas de reglas constitutivas. Todo hecho institucional tiene como base un(a) (sistema de) regla(s) de la forma «X cuenta como Y en el contexto C». Nuestra hipótesis de que hablar un lenguaje es realizar actos de acuerdo con reglas constitutivas, nos introduce

415 *Idem.*

en la hipótesis de que una persona que haya realizado cierto acto de habla, por ejemplo, haya hecho una promesa, es un hecho institucional.⁴¹⁶

C. Las “reglas constitutivas” en Von Wright

No obstante que el concepto de regla *constitutiva* es asociado a Searle, no ha sido él el único autor que se ha ocupado de exponer un modelo de regla que en vez de prescribir genere nuevos estados de cosas. Entre estos teóricos se encuentra Von Wright quien habla de cierto tipo de normas cuya función es *determinar* algo. El nombre con el que les bautiza es el de ‘reglas’, y como ejemplo prototípico de ellas ofrece las reglas de los juegos:

Las reglas de un juego son el prototipo y ejemplo clásico de un tipo importante de norma. Emplearemos en lo que sigue el nombre de regla como término técnico para dicho tipo... Jugar un juego es una actividad humana. Ésta se desarrolla con arreglo a patrones fijos, que se pueden llamar movimientos de juego. Diremos que las reglas del juego determinan estos movimientos o patrones —y de este modo también al juego «mismo» y la actividad de jugarlo—.⁴¹⁷

Como puede verse, en Von Wright encontramos también ideas análogas a los conceptos de regla constitutiva (las reglas determinan), institución (determinan al juego mismo) y hecho institucional (determinan la actividad de jugarlo) de Searle. Más próxima a esta concepción es la ofrecida por Alf Ross, incluso terminológicamente.

4. El constitutivismo jurídico

A. Algunos esbozos de constitutivismo jurídico

Algo que con relativa frecuencia suele suceder en el campo de las ciencias y, concretamente, en el de la filosofía y la teoría del derecho, es

⁴¹⁶ Searle, John, *Actos de habla, cit.*, nota 142, p. 60. Sobre los conceptos de hechos brutos y hechos institucionales, véase Genova, A. C., “Institutional Facts and Brute Values”, *Ethics*, 81, 1971, pp. 36-54.

⁴¹⁷ Wright, G. H., *Norma y acción, cit.*, nota 77, p. 26.

la utilización y adaptación de conceptos surgidos en otras disciplinas para la construcción de nuevas teorías. Baste como ejemplo citar a Hart (heredero de la filosofía lingüística oxoniana) o a Kelsen (perteneciente al neokantismo marburgués).

Como era de esperarse (en parte debido a las sugestivas alusiones de Austin y Searle al mundo jurídico), la teoría de los actos de habla no ha pasado desapercibida para los teóricos del derecho, quienes parecen estar generando el nuevo paradigma del normativismo: el ‘constitutivismo jurídico’. El lugar de la efervescencia de este *movimiento* es actualmente Italia, donde han sido escritos un buen número de artículos y algunas de las primeras teorías generales de corte constitutivista. Al lado de estas teorías (concretamente *Le norme constitutive*⁴¹⁸ y *La forza costitutiva delle norme*⁴¹⁹ de Gaetano Carcaterra), podemos ubicar a la teoría de Robles.

Sin embargo, a pesar de lo novedoso de este planteamiento, podemos encontrar algunas referencias aisladas a la función creadora de las reglas en el campo de la teoría del derecho de obras que no pueden ser catalogadas dentro de la categoría de teorías normativas jurídicas e, incluso, pertenecientes a una línea de pensamiento tan contraria al normativismo como es el realismo escandinavo. Por ejemplo, en *El derecho como hecho*, de Karl Olivecrona⁴²⁰ o la teoría de las normas que Alf Ross expone en *Directives and Norms*.⁴²¹

a. Los imperativos ejecutivos de Olivecrona

En su obra *El derecho como hecho*, Karl Olivecrona dedica todo un capítulo a trasladar al campo del derecho el concepto de proferencia realizativa de John Austin. El resultado en su concepto de *imperativos ejecutivos* como una clase de expresión ejecutiva (en la traducción de *Law as Fact* se ha traducido ‘utterance’ por ‘expresión’ en vez de ‘proferencia’ y ‘performative’ por ‘ejecutiva’ en vez de ‘realizativa’).

Olivecrona no proporciona criterios teóricos que permitan identificar a los imperativos ejecutivos de las demás expresiones ejecutivas (o profe-

⁴¹⁸ Carcaterra, Gaetano, *Le norme constitutive*, Milán, Giuffrè, 1974.

⁴¹⁹ Carcaterra, Gaetano, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, Bulzoni, 1979.

⁴²⁰ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de Luis López Guerra, Madrid, Labor, 1980.

⁴²¹ Ross, Alf, *Lógica de las normas*, cit., nota 148.

rencias realizativas). Su estrategia de definición es, más bien, la ejemplificativa. Así, cuando alguien emite preferencias del tipo: “Bautizo este buque *Queen Elizabeth*”, “Tomo a esta mujer como mi legítima esposa” o “Doy y lego mi reloj a mi hermano”, según Olivecrona, en realidad está emitiendo cierto tipo de imperativos ‘velados’: gramaticalmente, estas expresiones están en el modo indicativo.

Pero la forma del lenguaje es engañosa. Lo que la persona que bautiza un buque quiere decir es «¡Sea *Queen Elizabeth* el nombre de este barco!». En la ceremonia matrimonial el sentido de la fórmula utilizada por el novio es «¡Esta mujer será mi esposa legítima!». El testamento quiere decir: «¡El derecho de propiedad de mi reloj será transferido a mi hermano!». Así, el sentido de estas frases es que algo ha de ser llevado a cabo: el buque obtendrá un nombre, el novio una esposa y el hermano el derecho de propiedad sobre un reloj. Estas frases son, en realidad, imperativos velados”.⁴²² Que Olivecrona concibió sus imperativos ejecutivos como una especie de preferencia realizativa se pone de manifiesto en el siguiente pasaje:

Esto no quiere decir que todas las expresiones llamadas por Austin «ejecutivas» sean imperativas. Austin clasifica como «ejecutivas» una serie de expresiones como «te apuesto seis centavos a que lloverá mañana», «lo siento», «bien venido» y «en horabuena». Estas expresiones (exceptuando acaso la primera) no tienen un sentido imperativo. No tienen interés desde nuestra perspectiva y no las estudiaremos aquí.⁴²³

Debe destacarse que en Olivecrona no se distinguen los actos locucionario, ilocucionario y perlocucionario, ni la relación entre lo que se dice y lo que se hace es expuesta como una especie de relación causal: “El imperativo pretende producir el efecto de que el barco lleve el nombre X, la mujer sea la esposa del hombre y que el reloj pase a pertenecer al hermano”.⁴²⁴ Dichos efectos no se refieren al orden físico, sino que son efectos jurídicos: “Ticio se convertía realmente en heredero cuando así lo instituía el testador mediante la fórmula adecuada”.⁴²⁵

⁴²² Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho*, cit., nota 419, p. 208.

⁴²³ *Ibidem*, p. 298.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 208.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 211.

Estos efectos, al igual que muchos de los producidos en rituales mágicos no pueden ser sino de índole psicológica (¿acaso los efectos psicológicos no pueden entenderse como del orden físico?). La concepción causalista de Olivecrona presenta así una importante diferencia respecto de la teoría de Austin, donde los actos locucionario (incluyendo al acto fonético, el acto fáctico y al acto rético), ilocucionario y perlocucionario no son sino abstracciones teóricas sobre algo que es una unidad: la preferencia.

Otro rasgo original en Olivecrona es la introducción del concepto de *imperativo sin destinatario*. Un ejemplo de este tipo de imperativos está en el primer capítulo del *Génesis*, donde se dice que en un principio, Dios dijo: “Hágase la luz” y la luz se hizo. Característico de estos imperativos es que no van dirigidos a nadie, porque no exigen una acción (nótese lo contraintuitivo de la noción de imperativo de Olivecrona, salvada sólo por tener el carácter de estipulación lingüística para ‘imperativo ejecutivo’).

De la misma manera, en el campo del derecho es posible encontrar numerosos ejemplos de imperativos sin destinatario, incluso en el antiguo derecho romano: “Según Gaius (Inst. 2, 117), era la expresión correcta testamentaria: «Ticio será mi heredero» (*Titius heres esto*). Su significado no consiste en dictar una orden a nadie, sino en instituir a Ticio como heredero”.⁴²⁶ La presencia de estos imperativos en el derecho ha permanecido a lo largo de los siglos. Así, por ejemplo, en el artículo primero sección primera de la Constitución de los Estados Unidos se puede leer: “Todos los poderes concedidos en esta Constitución, residirán en un Congreso de los Estados Unidos, que estará compuesto por un Senado y una Cámara de Representantes”.⁴²⁷

Por último, no podíamos pasar por alto en esta exposición la sugestiva comparación hecha por Olivecrona entre el derecho y la magia. En ambos ámbitos, algo cambia en el mundo cuando ciertas palabras son dichas en las circunstancias apropiadas y por las personas apropiadas (recuérdese la teoría de los infortunios de Austin). Quizá la forma más económica y clara de poner de manifiesto lo que Olivecrona tenía en mente consista en citar sus propias palabras. Aludiendo a la historia de su propio pueblo, el célebre teórico dice:

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 209.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 210.

Cuando había que investir como rey al hombre designado en la pradera cercana a Upsala, ello se llevaba a cabo mediante un rito mágico. Se colocaba al candidato sobre una piedra sagrada (probablemente similar a la Piedra de Scone, aun existente en la Abadía de Westminster) y los *lawmen* recitaban las fórmulas que le conferían la realeza: el resultado era que ese individuo se convertía en rey, lo que sin duda significaba que entraba en posesión de poderes secretos. Por ello, debía ser obedecido mientras tales poderes existiesen.⁴²⁸

Ejemplos como éste, en el derecho primitivo, donde magia y derecho se entrecruzan, abundan en la historia jurídica. Sin embargo, los siglos no parecen haber cambiado mucho las cosas. La pregunta: ¿qué otra cosa puede ser más que magia, provocar un efecto mediante palabras recitadas solemnemente durante un acto ritual y estrictamente de acuerdo con un antiguo modelo?». ⁴²⁹ No parece distinguirse mucho de esta otra: ¿Qué otra cosa puede ser más que magia el hacer que un hombre sea un homicida al decir ciertas palabras por las personas adecuadas en los contextos adecuados?

b. El constitutivismo jurídico en Alf Ross

La función constitutiva de las reglas jurídicas es tocada por Ross de manera incidental cuando expone los directivos impersonales heterónomo-autónomos. Lejos de desarrollar una teoría de las reglas constitutivas en el derecho, se limita a referirlas como ejemplo de la categoría general de reglas constitutivas que presenta con un extraordinario paralelismo a la teoría de Searle, incluso en lo que respecta a su diferenciación de las reglas regulativas. Según Ross, existen ciertas reglas que prescriben como hay que realizar cierta conducta, cuando esa conducta es una actividad natural cuya ejecución es lógicamente independiente de las reglas que la gobiernan. Por ejemplo, “aparcarse un coche”:

Aparcarse un coche es una actividad «natural»; quiero decir con esto que es una actividad cuya ejecución es independiente lógicamente de las reglas que la gobiernan [por ejemplo, las establecidas por la policía]. Los coches eran aparcados antes de que existieran reglas de aparcamiento y sería un

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 214.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 217.

absurdo obvio si yo dijera que no podía aparcar mi coche a causa de no haber reglas de aparcamiento en esta ciudad.⁴³⁰

Al lado de las reglas del tipo de las de aparcar, otras, como las del ajedrez, son imprescindibles para poder hablar de determinado tipo de conducta:

En cambio, jugar al ajedrez no es una actividad «natural». Jugar al ajedrez es realizar ciertas acciones de acuerdo con las reglas del ajedrez. Las acciones del juego consistentes en «movimientos» que no tienen significado ni propósito excepto el ser reglas del ajedrez. Un movimiento se realiza moviendo una pieza de madera sobre un plano cuadrado. Que la pieza sea un peón y que su cambio de lugar sea un «movimiento» sólo puede entenderse si se interpreta la acción en términos de las reglas del ajedrez.⁴³¹

El paralelismo referido entre Ross y Searle se pone de manifiesto cuando éste dice textualmente: “Esta diferencia esencial puede expresarse llamando a las reglas de aparcar regulativas y a las del ajedrez constitutivas”.⁴³² “Después de escribir esto he encontrado la misma distinción en John R. Searle, «Ought» and «Is»...”.⁴³³

Su alusión al derecho es hecha cuando dice: “algunas reglas legales... son reglas constitutivas”.⁴³⁴ Como ejemplo concreto de este tipo de reglas, ofrece las que crean actos como la promesa jurídica, el testar, el legislar, el juzgar o resolver expedientes.

Una promesa no es un acto natural, sino un acto constituido por reglas legales. Un acto jurídico es una declaración que (normalmente), en virtud de reglas jurídicas constitutivas, produce efectos jurídicos según su contenido. Otros ejemplos son los testamentos, las leyes, los juicios y los actos administrativos. No son actos naturales ni testar, ni legislar, ni juzgar a alguien, ni resolver un expediente. Son actos jurídicos, concebidos solamente como constituidos por reglas jurídicas.⁴³⁵

430 Ross, Alf, *Lógica de las normas*, cit., nota 148, p. 57.

431 *Idem.*

432 *Idem.*

433 *Idem.*

434 *Ibidem*, p. 60.

435 *Idem.*

B. *Dos teorías jurídicas constitutivistas: Carcaterra y Robles*

a. El constitutivismo jurídico en Carcaterra

En contraste con los esbozos de Olivecrona y Ross, el profesor italiano Gaetano Carcaterra ha construido toda una teoría normativista del derecho, de corte constitutivista, basándose en las ideas de Austin. Las obras que contienen su pensamiento son *Le norme costitutive*⁴³⁶ y *La forza costitutiva delle norme*.⁴³⁷ “*Comune ad entrambi i lavori e il concetto di norma costitutiva (qui indicata anche come dispositiva o statutaria), ispirato alle c. d. «performative utterances»*”.⁴³⁸

Aquí nos referiremos sólo a su segundo trabajo, por contener su pensamiento más reciente.

Siguiendo a Carcaterra, podemos decir que la evolución del normativismo jurídico puede dividirse en tres etapas: *a)* el imperativismo de corte austiniano según el cual el derecho está integrado por órdenes dirigidas por un soberano a sus súbditos; *b)* el prescriptivismo jurídico, caracterizado por considerar que el *status* lógico-lingüístico de todas las normas jurídicas es el de proposiciones prescriptivas y *c)* el constitutivismo jurídico. La finalidad explicativa de la teoría de Carcaterra consiste en demostrar las insuficiencias del prescriptivismo para dar cuenta satisfactoriamente y sin retorcimientos clasificatorios de todas las reglas de un derecho moderno y proponer como vía alternativa una teoría de las reglas de corte constitutivista.

La estrategia de exposición del profesor italiano es la siguiente: *1)* en un primer capítulo se ocupa de exponer las críticas al imperativismo y los logros del prescriptivismo; *2)* en un segundo capítulo expone una síntesis de la teoría de los performativos de Austin (o de las proposiciones operativas, como él les llama; *3)* en el capítulo tercero, titulado “Una teoría mixta” presenta algunos problemas que no pueden ser resueltos satis-

⁴³⁶ Carcaterra, Gaetano, *Le norme costitutive...*, *cit.*, nota 418.

⁴³⁷ *Idem.*

⁴³⁸ “Común a ambos libros es el concepto de norma constitutiva (indicada aquí también como dispositiva o estatutaria), inspirado en el concepto de «preferencia realizativa»...”. *Ibidem*, p. 1; sobre el papel de las preferencias realizativas en el lenguaje del derecho, véase Grzegorzczuk, Christophe, “Le rôle du performative dans le langage du droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, 19, 1974, pp. 339-341.

factoriamente por las teorías prescriptivistas, y demuestra la manera en que esos mismos problemas tienen una respuesta satisfactoria si se les contempla a través de la teoría de los performativos; 4) en el capítulo cuarto, titulado: “Una teoría unitaria” disuelve la teoría expuesta de manera provisional en el capítulo anterior, según la cual el derecho sería un sistema de proposiciones prescriptivas y operativas, para reducir todas las normas jurídicas a la categoría de preferencias constitutivas; 5) el último capítulo lo dedica a exponer una teoría sobre el fundamento de la constitutividad que no es sino una teoría nomodinámica en la que explica la forma en que el sistema jurídico se autogenera. A pesar de que la obra es sumamente interesante, centraremos nuestra atención sólo en los capítulos tercero y cuarto, por ser los que nos servirán como principal punto de contraste con la teoría sintáctica.

1) *La teoría mixta (ejemplos de tipos de reglas no explicadas satisfactoriamente por el prescriptivismo)*

Tal como se ha dicho, para Carcaterra existen ciertas reglas jurídicas que no pueden ser subsumidas claramente bajo la categoría lógico-lingüística de proposiciones prescriptivas. Como ejemplo de éstas están (según dicho teórico): *a)* las normas permisivas; *b)* las normas definitorias y clasificatorias y también las derogatorias; “*Qui, a titolo esemplificativo, prendero in considerazione le norme permissive, le norme definitive e le norme classificatorie o che disciplinano status soggettivi, le quali sono ben note come elementi di disturbo delle teorie prescrittivistiche*”.⁴³⁹

Las normas prescriptivas. Desde un principio, Carcaterra excluye de su consideración a la llamada permisión débil, *i. e.*, la que surge por ausencia de regulación, y centra su atención en la permisión que tiene como fuente a una norma jurídica concreta: “*Naturalmente, qui ci interessa non quello che si dice permesso debole, e che deriva dalla mera assenza di una norma che vieti un certo comportamento, bensì il permesso forte,*

⁴³⁹ “Aquí tomaré en consideración, a título ejemplificativo, las normas permisivas, las normas definitorias y las normas clasificatorias o que establecen *status* subjetivos las cuales son notorios elementos perturbadores de las teorías prescriptivistas”. *Cfr.* Carcaterra, Gaetano, *La forza, cit.*, nota 419, p. 40.

che una norma positivamente stabilisca".⁴⁴⁰ La estructura de estas normas es "la conducta C está permitida".⁴⁴¹

El principal problema que encuentra Carcaterra para caracterizar a estas normas como tipos de proposiciones prescriptivas está en que ellas no prescriben nada, *i. e.*, no dicen al destinatario que se comporte de tal o cual manera.⁴⁴² A continuación Carcaterra analiza cuatro tesis conforme a las cuales se pretende defender la prescriptividad de las normas permisivas.

Tesis 1: Los permisos establecidos en las normas jurídicas son auto-prescripciones. El contraargumento de Carcaterra estriba en que, en estricto sentido, no es posible sostener que una persona pueda mandarse algo así mismo.⁴⁴³

Tesis 2: El permiso es reducible a una orden dirigida por una autoridad transformando la fórmula: "A tiene permitido el comportamiento C" a la fórmula: "Si A quiere tener el comportamiento C, que lo tenga".⁴⁴⁴ El contraargumento de Carcaterra consiste en poner de relieve la contraintuitividad de la segunda fórmula desde el punto de vista prescriptivo: una prescripción ha de poder ser cumplida o incumplida lo cual no puede predicarse de la segunda fórmula, como sí puede hacerse de la primera.⁴⁴⁵

Tesis 3: Los permisos no son sino prescripciones indirectas consistentes en la imposición de obligaciones a terceros, tales como los ciudadanos. El contraargumento de Carcaterra consiste en sostener que, de ser cierta esta tesis, la relación entre permisos y obligaciones debería funcionar en ambos sentidos, *i. e.*, a la manera de una bicondicionalidad, lo cual es falso. Como contraejemplo a la afirmación de que siempre que hay una obligación es porque alguien se le permite algo, ofrece la regulación de la guerra por el derecho internacional: del hecho de que en ciertas condiciones se permita a un Estado el uso de la fuerza, no se sigue que a otro se le imponga la obligación de no responder con la fuerza (*i. e.*, se le prohíba el uso de la fuerza).

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁴¹ *Idem*.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 42.

⁴⁴³ *Idem*.

⁴⁴⁴ *Idem*.

⁴⁴⁵ *Idem*.

Tesis 4: Los permisos concedidos a los ciudadanos no son sino prescripciones indirectas con las que se prohíbe a las autoridades prohibir la conducta permitida. El contraargumento de Carcaterra es semejante al esgrimido contra la tesis anterior. De ser cierta esta tesis, siempre que a una autoridad se le prohíbe prohibir cierta conducta, a ciertos ciudadanos se les concede un permiso. La generalización es inválida según Carcaterra por que hay supuestos en los que a una autoridad se le puede prohibir cierta conducta concatenando una sanción para el supuesto en que dicha prohibición fuera violada, pero sin que ello implicara conceder una permisón a los ciudadanos.

El acto de autoridad sería, en todo caso, ilícito, pero no inválido. Creo que un buen ejemplo de lo que parece querer decir Carcaterra estaría en las prohibiciones dirigidas a los miembros de cuerpos policíacos, conforme a las cuales no pueden aprehender a los ciudadanos sin una orden judicial. En este supuesto no diríamos que a los ciudadanos les está permitido no ser aprehendidos sin orden judicial.

Una vez analizadas estas tesis, Carcaterra sostiene que las reglas permisivas en realidad sólo pueden ser traducidas a una fórmula según la cual “son inválidas para A las prohibiciones de hacer la conducta C”. Lejos de prescribir, las reglas permisivas hacen cosas con las palabras. Diciendo “A tiene permitida la conducta C” se está haciendo la acción permitir o, según la reformulación, se está haciendo que las prohibiciones de A respecto de la conducta C sean inválidas: “*Una norma permissiva... dice «é invalido il tale divieto (o il tale obbliga)», e rivela un senso chiaramente operativo. Non prescrive, ma neppure describe alcunché, perché é essa che opera l’invalidazione che dichiara: é uno dei casi in cui dire é fare*”.⁴⁴⁶

Las normas derogatorias. Relacionándolo con el tratamiento de las reglas permisivas, Carcaterra alude a las reglas derogatorias.

Para algunos autores, la función de las reglas permisivas no es otra sino la de derogar o abrogar prescripciones precedentes o excluir posibles futuras prescripciones. Carcaterra las contraargumenta sosteniendo que no es posible considerar una abrogación, una derogación o una exclusión de futuras

⁴⁴⁶ “Una norma permisiva dice: «es válida tal prohibición o tal obligación» y revela un sentido claramente operativo. No prescribe, pero tampoco describe nada, sino que opera la invalidación que ella declara: es uno de esos casos en los que decir es hacer”. *Ibidem*, p. 46. Sobre el tema, véase Scarpelli, Uberto, “Il permesso, il dovere, e la completezza degli ordinamenti normativi”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1963, pp. 1634-1656.

prescripciones como prescripciones mismas. No es posible confundir el derogar (limitar, abrogar, etcétera) con el mandar derogar (limitar, abrogar, etcétera). Cuando una regla dice: “Se derogan los artículos...” no está propiamente prescribiendo, al decir “se derogan los artículos...”, está derogando.⁴⁴⁷

Las reglas definitorias. Al igual que sucedía con las reglas permisivas, existen diversas tesis que pretenden reducir las reglas definitorias a proposiciones prescriptivas.

Tesis 1: las reglas definitorias son prescriptivas porque obligan a quienes las imponen a entender ciertas palabras de determinada manera.⁴⁴⁸ El contraargumento de Carcaterra es que, de ser cierta esta tesis, todas las proposiciones son prescriptivas, al menos implícitamente, como sucedería con “Hoy el tiempo es bueno”, que indica al receptor entender “tiempo” en sentido meteorológico y no cronológico.⁴⁴⁹ La definición inmanente de una definición legal puede ser una consecuencia, pero no el sentido ni la función de la regla misma.⁴⁵⁰ Esto se muestra claramente si se tiene presente que las deducciones que pueden ser hechas a partir de las definiciones no pueden realizarse si éstas son traducidas a prescripciones. Por ejemplo, de la regla que dice: “El mandato es el contrato por virtud del cual una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos a favor de otra” en relación con la regla: “El mandato es un contrato oneroso”, se puede armar un silogismo en el que la primera regla sea la premisa mayor, y la segunda la premisa menor, y que como resultado dé lugar a la conclusión: “El contrato por el cual una persona se obliga a realizar uno o más actos jurídicos a favor de otra es oneroso. Lo cual no sería posible si la primera regla se tradujera como lo propone la tesis analizada, *i. e.*, “El intérprete debe entender por mandato...”.⁴⁵¹ De esta manera se demuestra cómo no puede hacerse la pretendida traducción.

Tesis 2: las definiciones legales tienen naturaleza prescriptiva de manera más o menos directa, porque estatuyen como consecuencia obligaciones y prohibiciones. Por ejemplo, la regla que dice: “La mayoría de edad se fija al cumplimiento de los dieciocho años” implica una serie de obligaciones para quienes se encuentren en ese supuesto: vota, etcétera. El contraar-

⁴⁴⁷ Carcaterra, Gaetano, *La forza..., cit.*, nota 419, p. 48.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁴⁴⁹ *Idem*.

⁴⁵⁰ *Idem*.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 50.

gumento de Carcaterra es que en esta tesis subyace la idea de que la consecuencia o implicación de una proposición determina la naturaleza de la proposición misma.

Sin embargo, afirma, esto es válido sólo para cierto tipo de implicaciones llamadas absolutas, y no para otras llamadas relativas. Las implicaciones absolutas son aquellas que se dan directamente de una determinada proposición. Según esto, P implica absolutamente a Q si Q deriva de P considerada aisladamente. Una implicación relativa es la que se da no a partir de una proposición considerada en forma aislada, sino de dos o más proposiciones. Según esto, P implica a Q de manera relativa, si Q deriva de P en conjunción con otra proposición R. Las reglas definitorias implican obligaciones, prohibiciones, etcétera, de manera relativa y en ese sentido, las definiciones mismas no pueden ser consideradas de naturaleza prescriptiva.⁴⁵²

Tesis 3: las reglas definitorias son reducibles a un modelo prescriptivista no considerándolas aisladamente, pero sí dentro de una estructura más amplia, *i. e.*, considerándolas fracciones de una gran norma prescriptiva.⁴⁵³ Conforme a esta tesis, todas las reglas de un derecho positivo pueden ser reconducidas a prescripciones. Por ejemplo: considerando a la regla que dice: “Son mayores de edad quienes cumplan dieciocho años” como una fracción de una norma de la que forma parte otra que diga: “Los mayores de edad tienen la obligación de votar”, tendremos la regla: “Los mayores de dieciocho años tienen la obligación de votar”. De esta manera, las reglas definitorias son condiciones dentro de una prescripción.⁴⁵⁴

Tres son las objeciones que Carcaterra expone contra esta concepción:

Objeción 1: haciendo las reducciones propuestas por la tesis se corre el riesgo de producir pérdidas en el material normativo original. Por ejemplo: si una norma dice: “Todos los sujetos F tienen el permiso G” y otra dice “Todos los favorecidos con el permiso G tienen las obligaciones H e I” y se hace la reducción: “Todos los sujetos F tienen las obliga-

⁴⁵² *Ibidem*, p. 52.

⁴⁵³ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 53.

ciones H e I” ya no es posible expresar que todos los sujetos F tienen permitido G.⁴⁵⁵

Objeción 2: si es cierto que todas las reglas de un sistema jurídico pueden ser traducidas a reglas prescriptivas, entonces es indistinto concebir al derecho como un conjunto de prescripciones y definiciones o como un conjunto de prescripciones de las cuales las definiciones pueden ser una fracción. De ser ambas formulaciones absolutamente equivalentes no se justifica la reformulación alternativa en términos únicamente prescriptivistas, por alejarse de la manera original en que son expresadas las reglas.⁴⁵⁶

Objeción 3: la teoría de los fragmentos normativos se aleja de los esquemas con que habitualmente se manejan los juristas, quienes consideran a las reglas definitorias en su individualidad y no como fracciones de otras normas.

La teoría de los fragmentos normativos también se aleja de los usos normales del legislador, quien no emplea únicamente lenguaje prescriptivo, oscureciendo las intenciones que éste tuvo en mente al establecer una determinada definición legislativa.

Una vez que la estrecha dicotomía entre proposiciones descriptivas y prescriptivas ha sido superada por la teoría de las preferencias realizativas, concluye Carcaterra, no se justifican las deformaciones de normas que no siendo evidentemente descriptivas tenían que ser encajonadas como prescriptivas. Las reglas definitorias, al igual que las derogatorias o las permisivas, diciendo hacen: “*Non abbiamo più alcuna necessita di torturare quelle recalcitranti norme nel procusteo dilemma: che fanno, descrivono o prescrivono? La loro funzione può essere de é di fatto un'altra. Sono proposizione operative*”.⁴⁵⁷

Después de haber demostrado de manera un tanto intuitiva las ventajas de la teoría de los performativos de Austin llevada a la teoría jurídica, Carcaterra inicia la etapa teórico-constructiva propiamente dicha exponiendo el concepto de performativos dispositivos, estatutorios o constitutivos. Éstos son especies de performativos no conocidos por el mismo

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 56.

⁴⁵⁷ “No tenemos necesidad de torturar estas recalcitrantes normas en el *procusteo* dilema: ¿qué hace, describen o prescriben?, su función puede ser y de hecho es otra. Son proposiciones operativas”. *Ibidem*, p. 48. Sobre el tema de las normas definitorias, véase Martino Antonio, Anselmo, *Le definizioni legislative*, Turin, Giappichelli, 1975.

Austin, cuya característica distintiva consiste en que diciendo constituyen su propio contenido a diferencia de los demás performativos que diciendo hacen algo distinto a su contenido.⁴⁵⁸

El ejemplo citado por Carcaterra es el siguiente: Si digo: “Roberto batirá el récord”, lo que realizo es el acto de decir que Roberto batirá el récord, pero con ello no realizó la victoria de Roberto.⁴⁵⁹ Con performativos de este tipo no se realiza una situación cualquiera, sino una situación subjetiva, un acto del hablante: “*Un performativo. In quanto tale, é un enunciato con cui si realizza non gia una qualsiasi situazione bensì soltanto una situazione soggettiva: é un enunciato mediante il quale si realizza l’atto del loquente, dichiarato o sottinteso nel enunciato stesso*”.⁴⁶⁰ Los performativos constitutivos, estatutorios o dispositivos no realizan el decir, sino su contenido. Estos performativos aunque no sólo se dan en el derecho, sí son característicos de él. Por ejemplo, la fórmula empleada en la *mancipatio* para adquirir un esclavo: “yo digo que este hombre es mío según el derecho *quiritario*”.⁴⁶¹ Con ella, no sólo se está realizando el acto de decir, no sólo se está afirmando la propiedad del esclavo, sino que se está realizando el contenido de la preferencia misma: se hace que el esclavo pase a propiedad del proferente.⁴⁶²

En mi opinión, la afirmación de Carcaterra en el sentido de que este tipo de performativos fue desconocido por Austin debe ser interpretada como un mero recurso metodológico para lucir el protagonismo de los que él llama performativos constitutivos, estatutorios o dispositivos. Si recordamos uno de los ejemplos más representativos de Austin: “Bautizo este barco Queen Elizabeth”, veremos que también en este caso la preferencia está realizando su contenido. El proferente no sólo está afirmando que bautiza ese barco con el nombre “Queen Elizabeth” o está realizando el acto de decir, sino que, emitiendo la preferencia, está reali-

⁴⁵⁸ Carcaterra, Gaetano, *La forza...*, cit., nota 418. Para un análisis crítico del concepto de reglas constitutivas de su propio contenido, véase Guastini, Riccardo, “Norme che sono condizione sufficiente del loro oggetto?”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. XVI, núm. 1, junio de 1986.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 60.

⁴⁶⁰ “Un performativo, en cuanto tal, es un enunciado con el cual se realiza no ya cualquier situación sino solamente una situación subjetiva: es un enunciado mediante el cual se realiza el acto del locutente, declarado o subyacente al enunciado mismo”. *Idem*.

⁴⁶¹ *Idem*.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 61.

zando su contenido, *i. e.*, está bautizando a ese barco con el nombre Queen Elizabeth, y no otro.

Creo que asimismo es parte de la estrategia de Carcaterra dar a entender que la única cosa hecha por las preferencias no constitutivas, estatutorias o dispositivas es el acto de decir: parece como si de repente olvidara la gran cantidad de actos ilocucionarios que se pueden realizar y pretendiera disolver sus diferencias en el acto genérico “decir”.

También hay que resaltar que el ejemplo de preferencia común y corriente empleado por Carcaterra para contrastar su ejemplo de preferencia constitutiva (la fórmula de la *mancipatio*) se aleja, creo yo, deliberadamente, de la fórmula gramatical prototípica de los realizativos, *i. e.*, en primera persona del presente del indicativo en voz activa y en su lugar emplea un enunciado en futuro simple: “Roberto batirá el récord”. Si en vez de este ejemplo hubiera empleado: “Roberto bate el récord” y lo pone en labios de un juez de competición, la supuesta originalidad de las preferencias constitutivas, etcétera, se hubiera disuelto pues hubiera dado, simplemente, un buen ejemplo de judicativo austiniano. Por último, es de resaltar que los ejemplos de preferencias constitutivas, dispositivas o estatutorias brindados por Carcaterra quedarían comprendidos en la categoría de los ejercitativos de Austin.

A pesar de que me parece que en algún sentido Carcaterra duplica innecesariamente el mundo al hablar de preferencias constitutivas, dispositivas o estatutorias supuestamente desconocidas por Austin, no puedo detenerme más en estas consideraciones, pues mi intención primordial aquí es expositiva, y no crítica.

Aplicando el concepto de preferencia constitutiva a la construcción teórico-jurídica, Carcaterra dice que estas preferencias no crean hechos o situaciones en la realidad natural ni en un mundo metahistórico. Sus objetos son situaciones jurídicas definidas dentro de un sistema jurídico.⁴⁶³ El efecto de las preferencias constitutivas en el campo del derecho es siempre sistemático.

Las fórmulas explícitas en que suelen venir expresados los performativos constitutivos son: “(Con el presente acto, con la presente norma) dispongo (establezco) —nosotros disponemos (establecemos)— la autori-

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 62.

dad A dispone (establece) que...”, y “(con el presente acto, con la presente norma) se dispone (se establece) que...”.⁴⁶⁴

Por su impersonalidad, Carcatterra estipula como fórmula estándar de las normas constitutivas a la segunda.⁴⁶⁵ Es la estructura a la que siempre pueden ser reconducidos cualquier norma o preferencia constitutiva.⁴⁶⁶ Los verbos performativos implícitos en toda norma constitutiva serán, por lo tanto: constituir, establecer, disponer.⁴⁶⁷

Entre las normas jurídicas constitutivas figuran varias de las que han sido aludidas con anterioridad. Veamos algunos ejemplos:

Ejemplo 1: “la mayoría de edad se fija a los dieciocho años”. Su traducción a la fórmula estándar nos daría: “(con la presente norma) se dispone que son mayores de edad todos y sólo aquellos que hayan cumplido dieciocho años”.⁴⁶⁸ Como puede verse, en este caso el verbo “fijar” es incluso sinónimo de “disponer”.

Ejemplo 2: “la norma N es abrogada”. Esta norma en estructura gramatical de voz pasiva quedaría reformulada así: (con la presente norma) se dispone que la norma N deje de pertenecer al sistema jurídico J.⁴⁶⁹

Ejemplo 3: Es frecuente que en los enunciados normativos no aparezca ningún verbo performativo de manera explícita siendo normal encontrar normas con estructura del tipo: “el domicilio es el lugar donde la persona reside habitualmente”. Esta forma, llamada por Carcatterra “elíptica”, también es traducible a la fórmula estándar: (con la presente norma) se dispone que el domicilio de una persona es el lugar donde reside habitualmente.⁴⁷⁰

2) *La teoría unitaria*

Como dijimos al resumir la estrategia de exposición de Carcatterra, la teoría mixta según la cual todo sistema jurídico está integrado por normas prescriptivas y normas constitutivas, no es sino un paso previo a la exposición de una teoría unitaria en la que las normas prescriptivas pasan

⁴⁶⁴ *Idem.*

⁴⁶⁵ *Idem.*

⁴⁶⁶ *Idem.*

⁴⁶⁷ *Idem.*

⁴⁶⁸ *Idem.*

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 65.

⁴⁷⁰ *Idem.*

a ser especie de normas constitutivas. De esta manera, todo sistema jurídico es un sistema de reglas constitutivas, algunas de las cuales son, a la vez, prescriptivas.

Según Carcaterra, nada hay de asombroso en el hecho de que ciertas normas constitutivas puedan ser a la vez prescriptivas. Ello fue establecido incluso por el mismo Austin, para quien las preferencias: “cierra la puerta” y “te ordeno que cierres la puerta”, a pesar de su aparente diferenciación como imperativa la una y performativa la otra, son una misma proposición formulada en dos maneras distintas: “*Dire «chiudete la porta» afferma Austin, evidentemente performativo, compimento di un atto, tanto quanto dire «vi ordino di chiuderla». ne segue allora questo semplice corollario: le prescrizioni, gli imperativi, persino i comandi, sono altrettante proposizioni operative implicite*”.⁴⁷¹

No es intención de Carcaterra negar que ciertas normas jurídicas tienen una función prescriptiva, sino que ésa sea su función primaria. La verdadera función primaria de esas reglas es la constitutiva: la prescriptiva es meramente secundaria o indirecta.⁴⁷² Esta tesis se prueba demostrando que en el caso de las reglas jurídicas está presente un ingrediente que no lo está en cualquier proposición prescriptiva. Dicho en términos más técnicos, el concepto de norma jurídica se define como una propiedad necesaria de la que adolece el concepto de proposición o norma prescriptiva: la constitutividad. El ejemplo paradigmático de la vulnerabilidad de la tesis según la cual las reglas (o al menos algunas reglas) jurídicas son prescripciones es la teoría de Austin. Como se ha visto anteriormente, definir las reglas como prescripciones llevó a este autor a hacer depender el concepto de regla o norma de una fuente determinada: el soberano.

Ello desembocó en una serie de críticas cuyo blanco de ataque fue hacer depender el concepto de norma de una relación personal y directa entre soberano y súbdito. Como vimos en su momento, dicha concepción resulta contraintuitiva si tenemos en mente que las normas jurídicas son aplicadas a sus mismos creadores y subsisten aún después de la desaparición

⁴⁷¹ “Decir «¡cierra la puerta!» afirma Austin, es evidentemente un performativo, cumplimiento de un acto, tanto como decir «te ordeno cerrarla». Sigue ahora esta simple conclusión: las prescripciones, los imperativos, hasta los mandatos, son proposiciones operativas implícitas”, *ibidem*, p. 72.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 73.

ción de ellos. En síntesis, concebir a las normas jurídicas como prescripciones oscurece el hecho de que entre quienes crean las normas y los destinatarios existe un sistema normativo de referencia independiente de sus creadores:

*Che differenza ó e fra il caso in cui A vuole che B faccia C, manon lo obbliga giuridicamente, e il caso in cui A vuole che B faccia C e insieme lo obbliga giuridicamente? Nono la semplice volontà che B faccia C, che é comune ad entrambe le ipotesi. La differenza á un altra e sta nel fatto che noi nel caso dell obbligare, a differenza del caso del mero volere e prescrivere, possiamo dire, e diciamo, che non già solo secondo A bensì secondo il sistema giuridico, e dal punto di vista di questo, B deve tenere il comportamento C.*⁴⁷³

Para Carcaterra el sistema jurídico no es un sistema material, sino un sistema ideal expresable en proposiciones “*intendo per «sistema giuridico» non un sistema materiale, ma un sistema ideale, composto di determinazioni esprimibili in proposzioni*”.⁴⁷⁴

Las notas conforme a las cuales Carcaterra caracteriza su concepto de sistema jurídico son tres: a) el sistema ideal es aquel al que siempre hacemos referencia cuando describimos el derecho objetivo y que concebimos como un particular producto cultural; b) es un producto cultural que se distingue de otros productos culturales por su contenido y función; c) comparte con todos los productos culturales los caracteres de la independencia y la permanencia.⁴⁷⁵

473 “Qué diferencia hay entre el caso en el cual A quiere que B haga C, pero no lo obliga jurídicamente y el caso en el cual A quiere que B haga C y además ¿lo obliga jurídicamente? No la simple voluntad de que B haga C, que es común a ambos casos. La diferencia es otra y está en el hecho de que en el caso del obligar, a diferencia del caso del mero querer y prescribir, podemos decir y decimos, no sólo que según A sino según el sistema jurídico y desde el punto de vista de éste, B debe tener el comportamiento C”. *Ibidem*, pp. 75 y ss.

474 “Entiendo por «sistema jurídico» no un sistema material, sino un sistema ideal, compuesto de determinaciones expresables en proposiciones”. *Ibidem*, p. 79.

475 *Ibidem*, p. 81.

a) *El sistema jurídico como producto cultural*

Cuando solemos decir algo acerca de un derecho determinado, en vigor o histórico, nuestras descripciones revelan que consideramos al derecho en cuestión como un ámbito dentro del cual se inscriben las situaciones referidas:

*Quando diciamo qualcosa del diritto, di questo o quel determinato diritto, oggi in vigore o storicamente estinto, o persino semplicemente proposto per il futuro o immaginato in un tempo e luogo qualsiasi, la nostra descrizione rivela che noi consideriamo il diritto stesso come, per così dire, un ambito entro il quale si iscrivono le particolari situazioni che veniamo riferendo.*⁴⁷⁶

Este ámbito no es otra cosa que un producto cultural, de la misma manera que lo son una concepción filosófica, científica, religiosa, etcétera. Así, decimos: “conforme al antiguo derecho romano la mujer estaba bajo la sujeción de la patria potestad del marido” de la misma manera que decimos: “En el sistema tolemaico la tierra es el centro del universo” o “desde el punto de vista de la doctrina de Marx y Engels la historia es la historia de la lucha de clases”.⁴⁷⁷ Considerando que la cultura es el mundo conceptual común a un grupo de hombres en una época y lugar, el derecho no es cultura, sino producto cultural, de la misma manera que lo son una concepción filosófica o un proyecto político. Mientras que la cultura es el concepto, los productos culturales son los procepta.⁴⁷⁸ A veces, el derecho es el producto de un hombre o grupo de hombres, y en ocasiones se forma a través de un proceso de objetivación lento y obscuro, pero en todo caso es producto cultural.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ “Cuando decimos cualquier cosa del derecho, de este o aquel determinado derecho, en vigor o históricamente extinto, o simplemente propuesto para el futuro o imaginado en un tiempo y lugar determinado, nuestra descripción revela que consideramos al derecho mismo como, por así decirlo, un ámbito entero en el que se circunscriben las situaciones particulares a que nos estamos refiriendo”. *Ibidem*, p. 81.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 81.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 84.

b) *El carácter particular del sistema jurídico como producto cultural*

Carcatterra distingue entre una clase o mero agregado social y un grupo o comunidad social. Una clase es un conjunto de individuos que tienen en común una determinada característica, como puede ser la edad, el color, etcétera. Un grupo o comunidad, en cambio, es un conjunto de individuos que no sólo tienen una determinada característica en común, sino que, además, en función de esa característica interactúan.⁴⁸⁰ El derecho como sistema ideal es un criterio determinante de una comunidad: la comunidad jurídica. Induce a una determinada predisposición psicológica de interacción social.⁴⁸¹ *“Il contenuto del sistema, in forza di questo nesso, si trasforma in energia sociale”*.

c) *El sistema jurídico como habitante del mundo tres de Popper*

Para Carcatterra, el sistema jurídico como idea, al igual que todo producto cultural, adquiere existencia y sentido objetivo, propio e independiente de las significaciones e intenciones subjetivas de sus creadores. En algún sentido, puede ser considerado un habitante del tercer mundo de Popper:

*Popper, che ha richiamato l'attenzione sull'autonomia di quelli che egli dice oggetti del «terzo mondo» (il mondo dei contenuti oggettivi della coscienza), osserva p. e. che sebbene abbiamo creato noi la serie dei numeri naturali, da questa costruzione sorge una gran quantità di problemi non intenzionali e neppure sospettati. Spesso poi il prodotto culturale contiene determinazioni addirittura diverse e contrastanti e neppure sospettati.*⁴⁸²

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 85.

⁴⁸¹ “El contenido del sistema, a fuerza de este nexo, se transforma en energía social”. *Ibidem*, p. 86.

⁴⁸² “Popper que ha llamado la atención sobre la autonomía de aquellos que el llama objetos del «tercer mundo» (el mundo de los contenidos objetivos de la conciencia), observa p. e. que, si bien nosotros hemos creado la serie de los números naturales, de esta construcción surge una gran cantidad de problemas no interesados e insospechados. A menudo los productos culturales contienen determinaciones insospechadas inmediatas, diversas y contrastantes”. *Ibidem*, p. 87; al respecto dice Popper: “Voy a partir de la filosofía pluralista... Para esta filosofía pluralista, el mundo consta al menos de tres sub-mundos ontológicamente distintos: el segundo, es el mundo mental o de los estados mentales; el tercero, es el de

La conclusión obtenida por Carcaterra a partir de las consideraciones precedentes es que la finalidad principal de las normas jurídicas que imponen deberes es, al igual que las normas definitorias, prescriptivas y, en general, todas las normas jurídicas, es la de crear elementos que reviertan al interior del sistema: “*Chi pone una norma obbligatoria vuole in ultima analisi che qualcuno faccia qualcosa, ma direttamente, in prima istanza, e sul sistema che mira ad operare, creando in esso l’assetto in virtù del quale gli obbligati, e tutti coloro che dalla norma sono coinvolti, possano sentirsi indotti ad agire*”.⁴⁸³

La distinción entre la preferencia prescriptiva de un loco que va proclamando por las calles el estado de guerra pretendiendo motivar a los ciudadanos a la movilización general y el acto análogo de una autoridad no está en la índole prescriptiva de ambas proposiciones, sino en el *status* primordialmente constitutivo de la segunda, ausente en la primera.⁴⁸⁴ Mientras aquélla tiene efectos sistemáticos, ésta no.⁴⁸⁵

Mediante la preferencia de una norma, la autoridad hace, si incurre en las circunstancias apropiadas, que *ipso facto* el sistema jurídico contenga una nueva regla por la que se determine que el destinatario B debe cumplir con la conducta C.⁴⁸⁶ A pesar de que la forma elíptica corriente de las normas que imponen obligaciones es “B” debe tener el comportamiento “C”, implícitamente están diciendo “(con la presente norma) se dispone que el sujeto B debe tener el comportamiento C, según el sistema S”.⁴⁸⁷ Explicando la relación entre autoridad, sistema jurídico y destinatario, la fórmu-

los inteligibles o de las ideas en sentido objetivo, el mundo de los objetos de pensamiento posibles: el mundo de las teorías en sí mismas y sus relaciones lógicas, de los argumentos y de las situaciones problemáticas tomados en sí mismos”. Popper, Karl, *Conocimiento objetivo*, trad. de Carlos Solís Santos, Madrid, Tecnos, 1982, p. 148. Sobre el tema de la teorecicidad de las reglas constitutivas en el derecho, véase Angiola, Filipponio T., “Sulla teorecicità delle norme constitutive”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1980, pp. 239-281.

⁴⁸³ “Quien establece una norma obligatoria quiere, en última instancia, que alguien haga alguna cosa, pero directamente, en primera instancia, es sobre el sistema sobre el que opera, creando en el orden por virtud del cual los obligados y todos los destinatarios de la norma, pueden sentirse inducidos a hacer”. *Cfr.* Carcaterra, Gaetano, *La forza...*, *cit.*, nota 419, p. 91.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁸⁶ *Idem*.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 93.

la es la siguiente: “A obliga B al comportamiento C = A dispone (constituye) en el sistema una determinación y según esta determinación del sistema B debe tener el comportamiento C”.⁴⁸⁸

De esta manera, Carcaterra desemboca en una teoría unitaria según la cual todas las normas de un sistema jurídico son constitutivas y algunas, a la vez, prescriptivas: “*La spiegazione delle norma obbligatorie é offerta per le norma non obbligatorie: essa si presenta come valida per tutte le norme indistintamente; e perciò non piu soltanto come teoria mista bensì teoria unitaria del diritto*”.⁴⁸⁹

Conforme a lo cual la fórmula estándar del constitutivismo desde una perspectiva sistemática es: “(se dispone, se establece que) el sistema S contenga la determinación D”, donde D = cualquier determinación obligatoria o no obligatoria.⁴⁹⁰

Para concluir, hay que decir que Carcaterra admite la plausibilidad de entender norma en dos sentidos distintos: como el sentido de un acto o actos del procedimiento legislativo, o como determinación introducida por medio de estos actos en el sistema.⁴⁹¹

b. El constitutivismo jurídico en la teoría sintáctica

1) *El aspecto mixto de la teoría sintáctica*

Al igual que en la obra de Carcaterra, en la teoría “sintáctica” podemos distinguir un aspecto mixto. De la misma manera que en Carcaterra los sistemas jurídicos están constituidos por reglas de tipo prescriptivo (que a la vez son constitutivas) y otras reglas que, como las permisivas, definitorias, derogatorias, etcétera, sólo tienen una función constitutiva, en Robles también podemos distinguir reglas que a la vez que prescriben constituyen y otras que sólo constituyen. Estas reglas son las llamadas directas de la acción e indirectas de la acción. A la pri-

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁸⁹ “La explicación de las normas obligatorias es, por tanto, la misma que en el capítulo precedente fue ofrecida para las normas no obligatorias: se presenta como válida para todas las normas indistintamente; y por ello no es solamente una teoría mixta, sino una teoría unitaria del derecho”. *Ibidem*, p. 95.

⁴⁹⁰ *Idem*.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 96.

mera categoría pertenecen las deónticas y las técnico-convencionales, y a la segunda las ónticas. El aspecto prescriptivo del aspecto mixto de la teoría sintáctica, por tanto, está representado por las dos categorías de reglas de las que nos hemos ocupado en el capítulo anterior. En otras palabras, todo el tratamiento sobre el prescriptivismo de la teoría sintáctica tiene aquí un nuevo lugar.

2) *El aspecto unitario de la teoría sintáctica*

A diferencia de lo que ocurre con Carcaterra, en la obra de Robles no se desarrolla explícitamente una teoría unitaria. La teoría “sintáctica” parece haber sido construida con la intención de proporcionar un modelo de realidad jurídica en la que el derecho es un sistema constituido por tres tipos de reglas no reconducibles a un modelo único. Sin embargo, me parece que es posible sostener que en dicha teoría subyace toda una teoría unitaria de corte constitutivista o que, en todo caso, es posible construirla a partir de los elementos que ella misma proporciona. De “exhumar” el carácter unitario de la teoría me ocuparé a continuación.

a) *Factores que oscurecen el carácter unitario y constitutivista de la teoría sintáctica*

Son, a mi juicio, básicamente dos: 1) la falta de alusión explícita por parte de Robles a la teoría lingüística general dentro de la que ubicaría su tipología de las reglas, y 2) algunas confusiones debidas a la terminología que emplea.

1) En la teoría sintáctica se deja sentir la lamentable ausencia de una referencia a la teoría del lenguaje en que se basa su autor. En el caso de las llamadas reglas directas de la acción, la omisión no es tan grave, pues es fácil deducir que se está hablando de proposiciones prescriptivas (“que la regla orienta directamente la acción humana quiere decir que exige un determinado comportamiento”).⁴⁹² Sin embargo, no podemos decir lo mismo respecto de las reglas ónticas o indirectas de la acción cuya definición es, a mi juicio, problemática:

⁴⁹² Robles Morchón, Gregorio, *Las reglas del derecho y...*, cit., nota 84, p. 99.

junto a estas reglas que expresan una exigencia de conducta y, por tanto, van dirigidas directamente a la acción, existen aquellas otras que señalan o definen los elementos necesarios de la convención ya estudiados. No se dirigen directamente a la acción, aunque sí indirectamente, puesto que es impensable, desde el punto de vista lógico, que se pueda realizar la acción sin que se hayan señalado los elementos espacio-temporales, los sujetos y las competencias.⁴⁹³

Aunque es perfectamente coherente al interior de la teoría la idea de que sin los elementos ónticos una conducta del ámbito no puede realizarse, no encuentro en qué forma pueda seguirse de ello que las reglas ónticas dirijan la acción aunque sea de manera indirecta. Es más, encuentro el problema principal en esa simple palabra: “indirecta”. Si bien es cierto que en la teoría del lenguaje se suele hablar de la función indirecta de las proposiciones, lo cierto es que dicha función es obtenida por implicación absoluta y no relativa. Así, por ejemplo, la proferencia: “Hay fuego en el Colegio”, aunque directamente cumple una función descriptiva, indirectamente cumple una función prescriptiva: al decirla se prescribe el desalojo del edificio.

Lo mismo sucede con proposiciones con función directamente prescriptiva. Por ejemplo: “En caso de emergencia, gire la palanca hacia la derecha” la cual, al tiempo que nos dice cómo actuar en caso de accidente en un tren, nos informa indirectamente cómo se abre la puerta de la salida de emergencia. En ambos casos la función indirecta está implicada por la misma proposición de la que se predica la función lingüística indirecta.

Pero ¿en qué sentido está implicada una función prescriptiva en una regla que dice “son mayores de edad quienes tienen 18 años” o en la que dice: “el territorio nacional se integra por el suelo nacional, espacio aéreo, aguas internacionales, etcétera”? El riesgo de la omisión de la teoría lingüística subyacente a la categoría de las reglas ónticas puede dar lugar a una grave confusión interpretativa: hacer pensar que el aspecto unitario de la teoría sintáctica es de índole prescriptiva: si tanto las reglas directas como las indirectas tienen como función común el dirigir la acción, entonces ambas son tipos de proposiciones prescriptivas. Ello, como hemos visto, es difícilmente sostenible.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 100.

2) El segundo elemento que oscurece el constitutivismo de la teoría sintáctica es de naturaleza terminológica, y tiene lugar concretamente en el adjetivo *ónticas*, de reglas ónticas y el identificador sintáctico de ellas: ser, la razón está en que reservando la expresión óntica para cierto tipo de reglas, así como el identificador sintáctico, *ser* se da la impresión de que las únicas reglas que crean (ser) entes (*ontos*) son las reglas ónticas. Esto choca con la afirmación de que además de las reglas indirectas, también las reglas deónticas y las técnico-convencionales crean (ser) entes (*ontos*). En todo caso, el identificador sintáctico común a todas las reglas que integran un ámbito óntico-práctico es ser y su consecuencia común crear entes. La diferencia estriba, por tanto, no en que unas creen entes y otras no, como podría sugerir la terminología criticada, sino en lo que es creado por cada tipo de regla. El aspecto unitario más acorde a la teoría sintáctica es, por tanto, constitutivo.

b) *La constitutividad de las reglas deónticas, ónticas y técnico-convencionales*

A pesar de la falta de explicitación de la teoría del lenguaje en que Robles basa su teoría, hay algunos elementos que hacen pensar que ha sido influido por Searle, a diferencia de Carcaterra, quien abiertamente expone ser seguidor de Austin.

Una pauta de la influencia de Austin y Searle puede ser encontrada en las lecturas recomendadas por Robles al final de la edición alemana de su trabajo: *Rechtsregeln und Spielregeln*⁴⁹⁴ donde sugiere cómo hacer cosas con las palabras y actos de habla, respectivamente (dicha alusión no existe en la versión castellana).

La influencia del pensamiento de Austin y Searle también es puesta al descubierto por Giovanni Sartori en su reseña de *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, al ubicar la teoría sintáctica dentro del contexto de las teorías herederas del pensamiento del segundo Wittgenstein, de Austin y de Searle y que se han abocado al estudio de las reglas constitutivas.⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ Robles, Gregorio, *Rechtsregeln und Spielregeln. Eine Abhandlung zur analytischen Rechtstheorie*, Viena, Springer-Verlag, 1987, núm. 74.

⁴⁹⁵ Sartori, Giovanni, "Le regole del diritto e le regole delle giochi", *Sociologia del Diritto*, Milán, núm. 2, 1987, pp. 159-162.

Mucho más explícito es Miguel Ángel Rodilla: “La distinción que Robles propone entre normas, por un lado y reglas ónticas y técnicas por otro, no es enteramente nueva. Su rastro podría seguirse sin dificultades en investigaciones filosófico-analíticas sobre las reglas. Me referiré brevemente a lo que creo que es el antecedente que más se aproxima a la presentación de Robles”.⁴⁹⁶

Tras haber expuesto sintéticamente los conceptos de regla regulativa y constitutiva, Rodilla continúa:

Estas sumarias indicaciones bastan para advertir el estrecho paralelismo que existe entre la tipología de Robles y la de Searle. En todo caso, la de Robles añade dos ingredientes que la hacen más compleja, facilitando una aplicación más cómoda al caso del derecho: por un lado, la distinción —más o menos dentro del conjunto de las reglas constitutivas de Searle— entre reglas ónticas y técnicas; por otro, la posibilidad de una conjunción sistemática de reglas constitutivas y regulativas, que Searle, guiado por preocupaciones diferentes, no estudió.⁴⁹⁷

Como estas ideas de Rodilla obtuvieron respuesta por parte de Robles, veamos lo que opina este autor acerca de la influencia de Searle en su planteamiento:

Rodilla propone... que mis reglas ónticas y mis reglas técnicas son reglas constitutivas en el sentido de Searle y que mis reglas deónticas son reglas regulativas en el sentido también de Searle. Con ello, creo que tergi-versa tanto el planteamiento de Searle como mi propia concepción... pasa por alto el carácter dispar del planteamiento de Searle y el mío propio.⁴⁹⁸

Debemos destacar de la réplica que, desafortunadamente, Robles contesta a algo que Rodilla jamás planteó. Si leemos la reproducción textual de este autor, encontraremos que en ningún momento afirma que las reglas ónticas y técnico-convencionales de Robles sean reglas constituti-

⁴⁹⁶ Rodilla, Miguel Ángel, *El derecho y los juegos*. Utilidad y límites de una analogía, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos-Ministerio de Justicia-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, p. 557.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 558.

⁴⁹⁸ Robles, Gregorio, “La comparación entre el derecho y los juegos (réplica a Miguel Ángel Rodilla)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, p. 602.

vas, ni que las reglas deónticas sean regulativas. La finalidad de Rodilla es, simplemente, señalar la analogía que él cree encontrar entre los planteamientos de Robles y de Searle, pero sin negar los rasgos distintivos de los conceptos de Robles, quien parece haber encontrado en la recensión de aquél un ánimo de “recortar originalidades”.⁴⁹⁹ Algunos pasajes de Rodilla representativos son: “Me referiré brevemente a lo que creo que es el antecedente que más se aproxima a la presentación de Robles”;⁵⁰⁰ la distinción que Robles propone entre normas, por un lado, y reglas ónticas y técnicas, por el otro, no es enteramente nueva;⁵⁰¹ Robles añade dos ingredientes que la hacen más compleja.⁵⁰²

Sin embargo, el verdadero problema de la respuesta de Robles se encuentra en el siguiente pasaje: “En mi esquema los tres tipos de reglas son a la vez constitutivas y regulativas. Constitutivas porque crean algo, así, las reglas ónticas constituyen los elementos posibles de la deonticidad (deberes). Y son regulativas, porque todas ellas regulan la acción, las reglas ónticas indirectamente y las reglas técnicas y deónticas directamente”.⁵⁰³ Este comentario me parece sumamente desafortunado ya que con él, Robles no logra, contrariamente a lo que pretende hacer, distinguir su teoría de la de Searle, ya que también para éste, las reglas constitutivas, además de constituir, regulan.

La causa de este desafortunado intento de diferenciación creo encontrarla en una interpretación equivocada de Robles del pensamiento de Searle a quien se refiere en los siguientes términos:

Así, por ejemplo, dice que las reglas constitutivas son aquellas que «constituyen (y también regulan) una actividad», lo cual parece querer decir (o al menos esa parece ser la interpretación más plausible) que las reglas constitutivas son también y al mismo tiempo regulativas, por lo que el sen-

499 Robles dice expresamente: “otros rasgos «negativos» de la crítica también son de destacar. Así, por ejemplo, parece que mi crítico muestra notable celo en «recortar» lo que podrían denominarse planteamiento soluciones originales”. Robles, Gregorio, “La comparación...”, *cit.*, nota 498, p. 583.

500 Rodilla, Miguel Ángel, *El derecho y los juegos...*, *cit.*, nota 496, p. 557.

501 *Idem.*

502 *Ibidem.*, p. 556.

503 Robles, Gregorio, *La comparación...*, *cit.*, nota 498, p. 604.

tido de la distinción (entre reglas constitutivas y regulativas), tal como la fórmula Searle, se desvanece.⁵⁰⁴

El aspecto problemático de la interpretación estriba en que el hecho de que para Searle las reglas constitutivas a la vez que constituyen, regulen, no se puede seguir que Searle afirme que las reglas constitutivas sean también regulativas. La diferencia entre ambas reglas no estriba en su función prescriptiva, que bien puede ser común a ambas, sino en su necesidad o no necesidad para poder describir una situación de hecho. Mientras que la acción realizada conforme a una regla regulativa puede ser descrita de la misma manera con regla o sin ella (aparcar el coche), describir una acción acorde a una regla constitutiva presupone necesariamente a la regla (“¡ha sido un gol!” Es algo muy distinto a “¡Ha entrado la pelota que pateó ese señor en medio de dos postes!”).

La diferenciación intentada por Robles, pues, parece ser la siguiente: mientras que en la teoría de Searle no tiene sentido sostener que las reglas que crean algo (constitutivas) al mismo tiempo regulan algo ya que ello implicaría la destrucción de su tipología, en mi teoría sí podemos hablar coherentemente de reglas que al mismo tiempo que crean algo, regulan algo. Desafortunadamente, tampoco la manera en que expresa esta idea es afortunada: “En mi esquema los tres tipos de reglas son a la vez constitutivas y regulativas”.⁵⁰⁵

Si interpretáramos la oración literalmente, carecería de sentido, ya que los conceptos técnicos de regla constitutiva y regla regulativa son recíprocamente excluyentes. Si Searle los expone uno al lado del otro es precisamente por esa característica; las reglas constitutivas se distinguen de las regulativas del mismo modo que el blanco resalta sobre fondo negro. A pesar de esta mala formulación de Robles, si le aplicamos la terapia preventiva, encontraremos una oración con significado pleno. Su expresión sería: “En mi esquema los tres tipos de reglas son constitutivas, lo que implica decir que, a la vez que crean algo, regulan”. Ello implica reconocer que, al menos en algún sentido, sus tres reglas quedan subsumidas en el esquema conceptual de las reglas constitutivas de Searle (sin que ello implique que los conceptos de regla óptica, técnico-convencio-

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 603.

⁵⁰⁵ *Idem*.

nal y deóntica carezcan de originalidad, como podremos ver más adelante). En resumen: el estado de cosas al que hemos llegado es el siguiente: en palabras del propio Robles, los tres tipos de reglas que constituyen un ámbito óptico-práctico son constitutivas y al mismo tiempo prescriptivo (evito deliberadamente la alusión al adjetivo “regulativas” por los problemas a que ha dado lugar).

Volviendo a nuestro problema principal, que es la construcción del aspecto unitario de la teoría sintáctica, tendremos que la tesis resumida en el párrafo anterior, tal como es expuesta, nos llevaría a construir un aspecto unitario de extrañas características, ya que tanto las reglas ópticas como las deónticas y las técnico-convencionales podrían presentar un carácter común tanto prescriptivo como constitutivo.

No obstante, esta curiosa teoría unitaria-paralela puede ser fácilmente evitada si recordamos la imposibilidad de atribuir a las reglas ópticas una función prescriptiva. Con esto, tanto las reglas ópticas, las deónticas, como las técnico-convencionales tienen en común el crear algo, *i. e.*, son reglas constitutivas. De la misma manera que la acción de anotar un gol no puede ser descrita sin presuponer una regla constitutiva del fútbol, la acción sentenciar en un juicio, o apelar, o demandar, etcétera, no pueden ser descritas sin presuponer una regla jurídica. Pero, por otra parte queda claro que no todas las reglas de la teoría sintáctica presentan un carácter prescriptivo, no todas dirigen la conducta; ello corresponde sólo a las reglas deónticas y técnico-convencionales.

Las reglas ópticas, aunque carecen de función prescriptiva, cumplen una función de suma importancia: crean los elementos necesarios para que las acciones y conductas jurídicas puedan tener lugar. La regla que constituye lo que es un *touchdown* no regula ninguna conducta directa ni indirectamente de la misma manera que no lo hace la regla jurídica que establece: “Son mayores de edad quienes hayan cumplido 18 años” y sin embargo, ambas son piezas que no pueden ser modificadas sin modificar el estado de cosas, que es el sistema proposicional al que pertenecen. Las reglas de Robles, sin duda alguna, son reglas constitutivas en el sentido de Searle si las consideramos en forma aislada, *i. e.*, si abstraemos su caracterización funcional.

c) *El ámbito óntico-práctico de Robles y la institución de Searle*

Como recordaremos, Searle distingue entre hechos brutos y hechos institucionales. Los primeros son los que pueden tener lugar en el mundo empírico sin presuponer una regla determinada; los segundos tienen lugar sólo si se les interpreta a partir de una institución: “Ciertas formas de conducta constituyen el hecho de que el señor Martínez se case con la señorita García solamente si se da la institución del matrimonio”.⁵⁰⁶ Las instituciones no son otra cosa sino sistemas de reglas constitutivas: “Estas «instituciones» son sistemas de reglas constitutivas”.⁵⁰⁷

Como se recordará también, cuando abordamos el tema de las diversas acepciones de ámbito óntico-prácticos una de ellas correspondía a un sistema de reglas generadoras de *types* a partir de los cuales ciertos textos del mundo empírico podrían ser interpretados como *tokens* o praxemas *token* de tipo jurídico. En este sentido, de la misma manera que las reglas ónticas, deónticas y técnico-convencionales comparten las mismas notas que las reglas constitutivas de Searle, el concepto de ámbito óntico-práctico comparte las mismas notas que el concepto de institución del mismo autor.

El derecho, desde este punto de vista, no es sino una institución más que hace posible que ciertos hechos institucionales puedan acontecer. De la misma manera que el hecho de que el señor Martínez se case con la señorita García es posible sólo si existe la institución del matrimonio, el hecho de que el señor Jiménez sea condenado al pago de gastos y costas judiciales a favor de su contraparte el señor Ruiz, sólo es posible si existe la institución del derecho.

d) *La aportación de Robles: una tipología funcional*

Como consecuencia de lo que hemos expuesto, podemos decir que el aspecto unitario de la teoría de Robles estriba en que todas sus reglas son constitutivas e integran un tipo especial de institución que es el ámbito óntico-práctico. Al igual que algunas de las reglas constitutivas de Searle y algunas de las normas constitutivas de Carcaterra, dentro de la teoría de Robles podemos encontrar que algunas de las reglas del ámbito óntico-práctico pueden ser, al mismo tiempo, prescriptivas. sin embargo, hay

⁵⁰⁶ Searle, John, *Actos de habla, cit.*, nota 142, p. 60.

⁵⁰⁷ *Idem.*

un aspecto en el que la teoría de Robles es completamente original: sin afectar el carácter constitutivo de todas las reglas que integran un ámbito óptico-práctico, divide la función prescriptiva de las reglas directas en dos diferentes funciones: mientras las deónticas prescriben cómo se debe actuar, las reglas técnico-convencionales prescriben cómo se tiene que actuar si se quiere obtener un acto jurídico válido.

En perfecta congruencia con estas dos funciones prescriptivas, Robles habla de dos funciones constitutivas distintas: mientras unas crean un deber, las otras crean un tener-que. Al lado de estas reglas constitutivas-prescriptivas, todas las reglas ópticas presentan una función constitutiva englobable en un criterio común: crear los elementos necesarios de la acción. Las diversas funciones constitutivas de las reglas ópticas son: crear los sujetos, las competencias, el espacio, el tiempo.

La nota distintiva del concepto de ámbito óptico-práctico de Robles como especie de institución en el sentido de Searle estriba en concebirla no sólo como un sistema de reglas constitutivas, sino como un sistema interactuante integrado por distintos tipos de reglas constitutivas, cada una de las cuales cumple una función determinada.

La distinción de la teoría de Robles de otras teorías constitutivistas sólo es posible desde una perspectiva funcionalista definida al interior de su teoría y no por la caracterización lingüística de los modelos de reglas que él propone. La originalidad de la concepción de las reglas deónticas, técnico-convencionales y ópticas no radica en que ellas sean tipos nuevos de proposiciones. Su clara caracterización como proposiciones prescriptivas y constitutivas da buena cuenta de ello. La originalidad de la teoría de Robles radica en proporcionar un modelo de realidad totalmente nuevo en el que reglas de conocida caracterización proposicional se interrelacionan sistemática y coherentemente de manera no expuesta anteriormente.

e) *Análisis comparado de las teorías de Carcaterra y Robles*

La finalidad de este rubro es proporcionar un esclarecimiento final de la teoría sintáctica a efecto de resaltar sus aportaciones al campo de la teoría jurídica. Para ello procederé a compararla con la teoría de Carcaterra.

Semejanzas:

- *Ubicación dentro del normativismo.* Ambas teorías pertenecen al normativismo constitutivista por considerar al derecho como un sistema integrado por reglas que crean o constituyen cosas.
- *El aspecto unitario.* En las dos teorías el derecho es concebido como un sistema proposicional integrado por reglas cuya función primordial y más característica es la constitutiva u operativa.
- *El aspecto mixto.* Ambas proporcionan modelos teóricos en los cuales el derecho es concebido como un sistema de proposiciones que crean cosas. Sin embargo, algunas de las reglas del derecho pueden ser concomitantemente constitutivas y prescriptivas, pero no todas.
- *El sistema jurídico como habitante del mundo tres de Popper.* Tanto para Robles como para Carcaterra, el derecho es un sistema proposicional con existencia objetiva, propia e independiente de sus creadores. En este sentido, podemos decir que ambas teorías conciben que todo sistema jurídico al igual que las teorías científicas, son habitantes del mundo tres de Popper.⁵⁰⁸
- *Las reglas constitutivas como condiciones de necesidad múltiple.* Tanto el modelo teórico de reglas de Carcaterra como el de Robles es predicable la propiedad de constituir condiciones necesarias para, por lo menos, seis distintos fenómenos, de los cuales cinco tienen que ver con el aspecto puramente constitutivo de las reglas constitutivas y uno con su aspecto prescriptivo:

a) *Las reglas constitutivas de ambas teorías son condición necesaria para la existencia de types de tipo jurídico.* Sin la regla jurídica según la cual: “Son mayores de edad quienes han cumplido 18 años” es imposible que mente alguna se pueda programar con un *type* que le permita “ver” en hombres y mujeres concretos (textos) mayores de edad desde el punto de vista jurídico (*tokens*).⁵⁰⁹

b) *Las reglas constitutivas de ambas teorías son condición necesaria para la pensabilidad de acciones o conductas jurídicas.* Sólo puedo pen-

⁵⁰⁸ Popper, Karl, *Conocimiento objetivo, cit.*, nota 60, p. 981.

⁵⁰⁹ Véase Pollastro, Piero, “Fenomenologia delle regole costitutive”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XIII, junio 1983, p. 234. Sobre los distintos conceptos y funciones de las reglas constitutivas, véase Guastini, Riccardo, “Six. Concepts of Constitutive Rule”, *Comunicazione presentata all’Undecimo Congresso Mondiale di Filosofia del Diritto e Filosofia Sociale*, Helsinki, agosto de 1983.

sar en la creación de un fideicomiso testamentario, porque existe una regla o grupo de reglas jurídicas que constituyen esa institución.⁵¹⁰

c) *Las reglas constitutivas de ambas teorías son condición necesaria de posibilidad para la realización de acciones o conductas jurídicas.* Sólo es posible celebrar un testamento conforme a derecho si existe una o varias reglas de derecho que constituyan esa institución jurídica.⁵¹¹

d) *Las reglas constitutivas de ambas teorías son condición necesaria para la comprensión adecuada de actividades jurídicas.* El proceso de comunicación que tiene lugar en una audiencia judicial sólo puede ser entendida como parte de un juicio si existen y son conocidas las reglas de derecho adjetivo y sustantivo que intervienen en el procedimiento en cuestión.⁵¹²

e) *Las reglas constitutivas de ambas teorías son una condición necesaria para la comunicabilidad jurídica.* De la misma manera que para que alguien pueda comunicarse en la actividad institucional que es el ajedrez es imprescindible conocer las reglas de ese juego, la comunicación jurídica presupone necesariamente el conocimiento de reglas jurídicas preexistentes. Sólo puedo participar exitosamente en una audiencia y defender los derechos de mi cliente si conozco las reglas que rigen el procedimiento a que se encuentra sometido.⁵¹³

f) *Las reglas constitutivas-prescriptivas de ambas teorías son condición necesaria para la actuación jurídica.* Si quiero realizar una conducta o acción jurídica, necesariamente he de realizar un *praxema-token* correspondiente a un *type* generado a partir de una determinada regla jurídica.⁵¹⁴

- *La inviolabilidad de las reglas contempladas en su aspecto constitutivo.* Para ambas teorías las reglas jurídicas consideradas desde el punto de vista de su constitutividad son inviolables. ¿De qué manera podría ser violada una regla que dice: “El comprador debe entregar la cosa en el plazo estipulado en el contrato” y por la cual se constituye que el vendedor debe entregar la cosa en el plazo fijado en el contrato? ¿De qué modo puede ser violada una norma que diga: “Si deseas celebrar un contrato válido debes firmarlo” por la cual se es-

510 Pollastro, Piero, “Fenomenologia delle regolle...”, *cit.*, nota 509, p. 239.

511 *Ibidem*, p. 243.

512 *Idem*.

513 *Idem*.

514 *Ibidem*, p. 250.

tatuye que si quieres firmar un contrato válido tienes que firmarlo? Desde este punto de vista son igualmente infringibles también las ónticas y las deónticas.

- *El carácter convencional del derecho.* Para ambas teorías el derecho es un producto humano y no de la naturaleza.
- La influencia del segundo Wittgenstein. Ambas teorías pueden considerarse herederas del pensamiento del segundo Wittgenstein.
- *El antisionismo prescriptivo-descriptivo.* Ambas teorías se ubican dentro de una línea antisionista que rechaza la dicotomía tradicional según la cual las proposiciones lingüísticas sólo pueden ser prescriptivas o descriptivas.
- *El contexto teórico.* Las teorías de Carcaterra y Robles son construcciones pertenecientes a la teoría del derecho.
- *Los identificadores sintácticos.* Ambas teorías echan mano de identificadores sintácticos a los cuales poder reconducir los enunciados jurídicos.
- *La pertenencia al sistema como criterio de identidad de las reglas jurídicas.* Tanto para Carcaterra como para Robles, la pertenencia de una proposición a un sistema de reglas jurídico es lo que determina la juridicidad de la regla misma.

Diferencias:

- *El aspecto unitario*

a) El carácter unitario del derecho como sistema integrado por proposiciones de un solo tipo (constitutivas) es el aspecto del gran número que es el derecho sobre el que Carcaterra arroja luces. Demostrar esta uniformidad constituye una finalidad teórica del profesor italiano quien, consecuentemente, pone menos empeño en la construcción de una tipología normativa. De hecho la distinción entre normas prescriptivas de aquellas que no pueden ser consideradas como tales es utilizada como un recurso provisional previo a la exposición de la teoría unitaria.

b) En la teoría de Robles, el aspecto unitario del derecho no es aludido expresamente en ningún momento. Dicho carácter se da por supuesto al establecer que tanto las reglas ónticas como las deónticas y las técnico-convencionales crean cosas: deberes, “tenerse-que” y elementos ónticos del ámbito. En la teoría sintáctica el énfasis es puesto en la tipología de reglas jurídicas. Contrariamente a lo que sucede en la teoría de Carca-

terra, la teoría sintáctica alumbrando la tipología normativa oscurece el aspecto unitario.

- *Lo creado por las reglas*

a) Las reglas constitutivas de Carcaterra son constitutivas de su propio contenido. Lo creado se conoce a partir del enunciado normativo mismo de manera inmediata. Por ejemplo: sabemos que la regla que dice: “Son mayores de edad quienes hayan cumplido 18 años” constituye que en el contexto jurídico J son mayores de edad quienes hayan cumplido 18 años de edad a partir de la norma misma. Lo sabemos reconduciendo la norma en cuestión a la fórmula canónica de las normas constitutivas: (con la presente norma se establece que) son mayores de edad quienes hayan cumplido 18 años.

b) En la teoría sintáctica, el punto de partida de la constitutividad no son los enunciados normativos mismos sino diversas categorías teóricas a que éstos pueden ser reducidos. Mientras que en Carcaterra es posible hablar de constitutividad normativa propiamente dicha, en el caso de la teoría sintáctica parece más oportuno hablar de una constitutividad teórica. Por otra parte, hay que recordar que dichas categorías teóricas son de segundo orden (metacategorías), ya que engloban a otras de menor grado de abstracción, *i. e.*, las correspondientes a lo que Robles llama clasificación tradicional.

- *El aspecto mixto*

a) Al exponer su teoría mixta, Carcaterra no pretende ofrecer (al menos de manera explícita) una teoría sobre la tipología normativa. Sus fines teóricos son poner de relieve el poder explicativo del concepto de preferencias realizativas para clasificar sin distorsiones ciertos tipos de reglas que no son claramente catalogables como prescripciones. Consecuencia directa de la ausencia de una tipología normativa es la ausencia de una teoría sobre la interacción de los distintos tipos de normas de un sistema jurídico. Puestos a realizar una interpretación constructiva de la tipología de reglas que Carcaterra admitiría, podríamos decir que dicho autor divide las reglas en constitutivas-prescriptivas y puramente constitutivas.

b) Contrariamente, el carácter mixto del derecho está presente en todo momento en la teoría sintáctica. Aunque Robles presenta dicho carácter

echando mano de los conceptos de reglas indirectas y reglas directas de la acción, dados los problemas que estas nociones conllevan, lo presentaré en su versión fuerte. Según ésta, el derecho es un sistema proposicional integrado por reglas de dos tipos fundamentales: reglas creadoras de los elementos ónticos del ámbito. Las primeras son las reglas ópticas, y las segundas las deónticas y técnico-convencionales. Las primeras contienen el elemento puramente constitutivo del carácter mixto del derecho, y las segundas el elemento constitutivo-prescriptivo. Dentro de éste cabe destacar la aportación del concepto de reglas técnico-convencionales.

A diferencia de Carcaterra y partiendo de su teoría sobre la tipología normativa, Robles ofrece una explicación funcionalista de la manera en que las distintas categorías teóricas por él propuestas se interrelacionan. Las reglas constitutivas de los elementos ónticos del ámbito crean elementos estáticos (sujetos, espacio, tiempo, competencias) y los otros elementos dinámicos (acciones y conductas) que hacen posibles los hechos institucionales jurídicos.

- *Metacategorías de la “clasificación tradicional”*

a) Para Carcaterra, las reglas prescriptivas, definitivas, derogatorias, clasificatorias y determinantes de *status* subjetivo son subsumidas en la categoría de reglas constitutivas no prescriptivas.

b) Para Robles, las reglas permisivas y definitivas son catalogadas como tipos de reglas constitutivo-prescriptivas. Concretamente, son consideradas reglas deónticas. Las reglas derogatorias son subsumidas en la categoría de las constitutivas no prescriptivas, *i. e.*, son consideradas reglas ónticas. Robles, a diferencia de Carcaterra, no se ocupa de las reglas clasificatorias ni de las que determinan *status* subjetivos, pero se ocupa de reglas preceptivas, prohibitivas, interpretativas, admonitivas organizativas y potestativas, de las cuales no se ocupa directamente el profesor italiano.

- *Inviolabilidad del aspecto prescriptivo de las reglas*

a) Carcaterra no alude al problema de la violabilidad o inviolabilidad de las reglas consideradas en su aspecto prescriptivo.

b) En la teoría sintáctica, sí se considera expresamente este problema aunque en vez de inviolabilidad se hable de ininfringibilidad.

- *El paradigma teórico del que se parte*

a) Carcaterra explícitamente refiere la teoría de las preferencias realizativas de Austin como el paradigma teórico a partir del cual construye su teoría.

b) Robles no menciona en ningún momento el paradigma filosófico del que parte, aunque hay buenas razones para creer que construye su teoría sobre las aportaciones de la teoría de los actos de habla de Searle y del pensamiento kelseniano consagrado en las dos versiones de *La teoría pura del derecho* y la *Teoría general de las normas*. También parece plausible hablar de cierta influencia de Hart en lo tocante a concebir el aspecto prescriptivo de la teoría sintáctica como la unión de dos tipos de reglas de las cuales unas imponen deberes y otras estatuyen facilidades para que los destinatarios del derecho puedan realizar actos jurídicamente válidos y en el hecho de que la consecuencia del “desobedecimiento” de este segundo tipo de reglas sea la nulidad. En el concepto de regla técnico-convencional es de destacar la posible influencia de las normas técnicas de Von Wright.

- *El carácter convencional del derecho*

a) Carcaterra desarrolla explícitamente una teoría del derecho como *producto cultural*.

b) Robles alude a la naturaleza convencional del derecho sin explicitar una teoría de los entes convencionales como productos culturales.

- *El sistema jurídico*

a) Carcaterra se concreta a decir que el derecho es un sistema integrado por proposiciones cuya función primaria es constituir.

b) Robles desarrolla una teoría del sistema jurídico caracterizado por la interacción de tres tipos de reglas.

- *El antidivisionismo*

a) Carcaterra alude expresamente a su posición respecto de la gran división prescriptivo-descriptivo.

b) Robles no hace mención alguna a su postura respecto a la gran división, lo que dificulta la ubicación de su teoría dentro de la filosofía lingüística contemporánea.

- *El formalismo*

a) Carcaterra no persigue como finalidad teórica construir una teoría formalista del derecho y en ocasiones incluso admite la relación entre el contenido del derecho y la cultura.

b) Robles, emulando el formalismo kelseniano, persigue la construcción de un modelo teórico formalista.

- *Los identificadores sintácticos*

a) Carcaterra usa una fórmula canónica para las reglas constitutivas análoga a las empleadas por Austin y Searle a partir de la cual se puede determinar el acto ilocucionario de las reglas: “Con la presente norma se estatuye que...”.

b) Robles no emplea una fórmula canónica conforme a la cual pueda obtenerse el acto ilocucionario a partir de reglas particulares, sino “verbos” que funcionando como categorías teóricas habrán de permitir determinar, mediante una labor de “reconstrucción hermenéutica”, el tipo de regla al que pertenece un determinado enunciado normativo, lo cual, a su vez, determinará el elemento del ámbito creado por la regla.

3) *Otra vez las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas (consideraciones finales)*

Ha llegado el momento de concluir este trabajo. A lo largo de él he pretendido “asomarme” al mundo del derecho a través de las “gafas hermenéuticas” proporcionadas fundamentalmente por la teoría sintáctica de las reglas jurídicas. Sin embargo, en el camino también he tenido que contemplar la visión proporcionada por muchas otras teorías.

Como todo cuanto “veo” y entiendo no puede ser sino producto de una interpretación realizada a través de mi modelo de mundo académico, no puedo decir que haya visto el mundo como esos autores, sino como *yo* lo veo a través de mi interpretación de como *ellos* lo ven. Si de algo no puedo escapar es, precisamente, de ser yo mismo y vivir en mi propio y personal mundo, porque yo soy mi mundo, o, lo que es lo mismo, el único mundo posible.

En otras palabras, el presente trabajo no es sino una exposición al exterior de lo que ha cambiado mi interior durante un lapso de reflexión y

estudio en el que he aprendido a “ver” algo distinto donde ya había visto antes.

Entre las tesis que aquí he expuesto he sostenido que las teorías jurídicas no generan otra cosa sino realidades hermenéuticas, que todas son igualmente válidas y que, consecuentemente, en algún sentido, la disputa teórica es un sinsentido.

Ello vale también para la teoría sintáctica de las reglas jurídicas y en general para toda concepción constitutivista. Los modelos de realidad por ellas generados no son sino fenómenos del gran nómeno que es el derecho al lado de los cuales coexisten otros modelos de realidad jurídica proporcionados por las teorías más diversas: normativistas no constitutivistas (prescriptivistas monistas o pluralistas), iusnaturalistas, realistas, etcétera. Ninguna de ellas puede ser declarada correcta o incorrecta, verdadera o falsa, mejor ni peor, dada la ausencia de parámetros claros y objetivos conforme a los cuales determinar esas declaraciones, a diferencia de lo que ocurre con teorías pertenecientes a otras disciplinas científicas.

Puede que haya diversas teorías tendentes a determinar la manera de erradicar el SIDA y todas ser igualmente ingeniosas. Sin embargo, el parámetro de evaluación es muy claro: los hombres y mujeres infectados por el síndrome a quienes se aplica un tratamiento basado en una de esas teorías mueren o se recuperan. Los cambios del mundo que son preconcebidos a la teoría determinan si es correcta o incorrecta. Pero en el campo del derecho, ¿dónde están esas preconcepciones?

Una de las consecuencias más paradójicas de la igual plausibilidad teórica es que, conforme a ella, tan plausible es un modelo de realidad como otro que lo contradice: apliquemos esta idea a la teoría analizada.

La explicación del derecho a través del modelo de las reglas constitutivas me parece inapropiado ya que deforma muchos aspectos del funcionamiento del derecho en el mundo real. En los contextos jurídicos comunicacionales es normal el desconocimiento de la regla conforme a la cual calificar un determinado hecho. Es más, no son las reglas las que determinan la juridicidad de ciertos hechos ya que dicha juridicidad es siempre declarada *a posteriori*. Empleando la comparación con los juegos, en el derecho nadie conoce las reglas conforme a las cuales una acción concreta habrá de ser calificada de jurídica o no, ni siquiera quienes declaran dicha juridicidad. La determinación de si algo fue o no una “jugada jurídica” se va gestando sobre la marcha a través del juego lingüístico de la comunica-

ción. Los mismos hechos que para un juez pudieron constituir la violación de una obligación jurídica, pueden no haber violado ningún deber para un tribunal de segunda instancia. La concepción del derecho como sistema de reglas constitutivas es un producto más de las confusiones de nuestro intelecto que pensando en reglas de juegos y derecho las ha fundido y ha llegado a pensar que por existir reglas claras en ciertos juegos, conforme a las cuales una acción determinada es inconfundiblemente una jugada de ese juego o no lo es, lo mismo ha de valer para el derecho ¿Qué problema de interpretación puede haber acerca de si alguien movió el alfil en diagonal o no?

Hasta aquí llegaremos, pues el párrafo precedente corresponde a otro modelo de realidad desarrollable en otra teoría tan correcta o incorrecta, verdadera o falsa, buena o mala como cualquier teoría constitutivista; tan realidad hermenéutica como el trabajo que aquí concluye.