

ANUARIO

Nº41 · 2025

Presupuestos y aspiraciones del normativismo sofisticado: consideraciones críticas a *El lenguaje del derecho*

Páginas 5-29

PRESUPUESTOS Y ASPIRACIONES DEL NORMATIVISMO SOFISTICADO: CONSIDERACIONES CRÍTICAS A EL LENGUAJE DEL DERECHO

Miguel Fernández Núñez
Universidad Autónoma de Madrid^{1*}

Il y a des choses différentes qui sont pourtant un peu pareilles ; on peut les assembler dans de séries à l'intérieur desquelles il sera possible de les distinguer. Il y a dans l'idée que rien au monde n'est assez unique pour ne pas pouvoir entrer dans une liste, quelque chose d'exaltant et de terrifiant à la fois.

Georges Perec, *Penser/classer*

RESUMEN

El lenguaje del derecho tiene el propósito de sentar algunas bases de una teoría general de las normas jurídicas; en concreto, mediante la dilucidación de las diferentes tipologías normativas. En este trabajo identifico distintas decisiones comprometidas que encara un proyecto semejante, tales como la adhesión a una concepción de las normas y la identificación de géneros y especies normativas. Estas decisiones determinan qué cuenta como una norma y como una norma de un cierto tipo. Algunos de los problemas que identifico son predicables de *El lenguaje del derecho*, pero otros, necesariamente, son propios de acometer la empresa, relevante y

^{1*} Mi trabajo se ha beneficiado de los comentarios de Diego Dei Vecchi, Riccardo Guastini y Alba Lojo, a quienes expreso mi agradecimiento. Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto "La justificación del juez: control de racionalidad de las sentencias y legitimidad de la magistratura", con referencia SI4/PJI/2024-00206. Dicho proyecto está financiado por la Comunidad de Madrid a través del convenio-subsidiación directa para el fomento y la promoción de la investigación y la transferencia de tecnología en la Universidad Autónoma de Madrid

exigente, de lo que Mendonca denomina "normativismo sofisticado".

PALABRAS CLAVE

Taxonomías de normas, concepciones hiletica y expresiva, análisis del lenguaje normativo, conceptos jurídicos fundamentales

PRESUPPOSITIONS AND ASPIRATIONS OF SOPHISTICATED NORMATIVISM: CRITICAL REFLECTIONS ON EL LENGUAJE DEL DERECHO

ABSTRACT

El lenguaje del derecho aims to lay some foundations for a general theory of legal norms; in particular, by elucidating the different normative typologies. In this paper I identify various compromising decisions that such a project faces, such as the adherence to a conception of norms and the identification of normative genres and species. These decisions determine what counts as a norm and as a norm of a certain type. Some of the problems I identify are specific to *El lenguaje del derecho*, but others are necessarily inherent in undertaking the relevant and demanding enterprise of what Mendonca calls "sophisticated normativism".

KEYWORDS

Norm taxonomies, hyletic and expressive conceptions, analysis of normative discourse, fundamental legal concepts

1. INTRODUCCIÓN

El lenguaje del derecho (en adelante, LD) es una obra sugerente y sumamente útil. En ella, Daniel Mendonca plantea y resuelve con concisión y perspicuidad problemas centrales para la comprensión teórica del fenómeno jurídico y tanto la selección como el tratamiento que realiza de tales problemas son pertinentes e interesantes. En pocas palabras, LD es una contribución valiosa a la exposición y clarificación de debates centrales en la teoría del derecho contemporánea.

Sin perjuicio del valor del libro y de mi amplio acuerdo con él, en estas páginas le planteo una serie de observaciones críticas. Tales observaciones conciernen a los compromisos y ambiciones del proyecto que la obra se propone acometer, así como a las maneras en que lo acomete y, más precisamente, a las taxonomías normativas resultantes.

El marco, metateórico e historiográfico, en que se inscribe LD es el de la tradición normativista, la cual concibe el derecho como un conjunto de normas jurídicas y, en especial, en la variante pluralista de esta corriente, que sostiene que las normas que conforman los órdenes jurídicos son de diferentes clases, o bien —expresado de una forma más atenta a la labor del iusfilósofo en cuanto artífice de un “laboratorio conceptual”¹—las normas pueden clasificarse en distintas tipologías. Mendonca denomina esta variante “normativismo sofisticado” (2023, p. 14). Precisamente, la aspiración del libro es la de construir un modelo normativista sofisticado: pretende elaborar un modelo “teórico” que dilucide los diferentes tipos de “normas” que componen los ordenamientos jurídicos contemporáneos.² Pues bien, en este comentario dirijo varias consideraciones críticas, primero, a la concepción de las normas que adopta LD y, segundo, a la comprensión y desarrollo de la teoría de tipos de normas que LD presenta.

Así pues, en primer lugar, en la obra puede detectarse una serie de oscilaciones teóricas y metateóricas en relación con la noción de “norma” y la tarea de la identificación de normas. Para una explicación y una taxonomía normativa como las que elabora Mendonca, es necesario disponer de una concepción de las normas solvente y estable. Sin embargo, la concepción de las normas que LD adopta no es solvente ni estable, pues, como en seguida veremos, asume posicionamientos diferentes acerca del “problema ontológico de las normas”³ y los planos de análisis del discurso normativo. Hacer tal cosa suele llevar aparejado el empleo de criterios de identificación de normas que resultan dispares, arrojando varios resultados en buena medida contradictorios respecto de qué cuenta como una norma y como una norma de un cierto tipo.

¹ Véase Guastini (2017, pp. 9-12).

² En palabras de Mendonca, su propósito “es analizar esos distintos tipos de normas y elaborar un aparato conceptual adecuado para una teoría general de las normas jurídicas” (2023, p. 15).

³ Véase von Wright (1963, pp.107 y ss.) y Mendonca (2020, pp. 9, 20).

En segundo lugar, puede constatarse un conjunto de problemas que acucian a la propia elaboración de taxonomías normativas de LD. Como señalaba al comienzo de esta introducción, es notable cómo LD dispensa un tratamiento panorámico y sintético de debates centrales de la teoría del derecho contemporánea y, de hecho, por lo didáctico y clarificador, ese es un punto fuerte de la obra. Con todo, semejante tratamiento supone también una debilidad, en la medida en que algunas veces obstaculiza la resolución teórica de problemas. Ello se debe a una relativa indefinición en el tratamiento: dicho con cierta rapidez, a veces, LD sistematiza demasiado, generalizando más de lo debido y, a veces, sistematiza demasiado poco, extrapolarlo menos de lo necesario. Ello acarrea como resultado tratar de forma desigual lo que, bien mirado, es fundamentalmente igual y tratar de forma igual lo que, bien mirado, es fundamentalmente desigual, cuando, bajo un análisis atento, los conceptos jurídicos en cuestión comparten o no comparten ciertas propiedades normativas relevantes para la confección de cada tipología. Mis desacuerdos giran en torno a la confección en sí de algunas taxonomías normativas, así como a las propias tipologías que las componen. Analicemos en orden estos conjuntos de problemas.

2. ¿QUÉ CONCEPCIÓN DE LAS NORMAS Y QUÉ PERSPECTIVA DE ANÁLISIS ADOPTA LD?

Por mor de claridad, explico más mi planteamiento crítico acerca de la concepción de las normas de LD, para articularlo en detalle en este párrafo. Dados los propósitos de la obra (i.e., la explicación y elaboración de una tipología de normas apta para construir una teoría general de las normas jurídicas), es preciso que presente explícitamente una concepción de las normas y que esta sea estable y sólida. Puntualmente, LD defiende de manera expresa una concepción semántica de las normas, pero a lo largo del libro nos encontramos con múltiples pasajes en que oscila entre una concepción hilética o semántica y una concepción expresiva o pragmática de las normas. La elección de una u otra opción, como veremos, incide notablemente en la comprensión y en el desarrollo del proyecto que emprende LD y, notoriamente, en la solución a las preguntas fundamentales de qué cuenta como “una” norma (problemas de identificación) y qué cuenta como una norma de un tipo específico (problemas taxonómicos).⁴

Ante todo, es oportuno introducir las concepciones de las normas y los planos de análisis del lenguaje normativo a los que acabo de referirme. Como es bien sabido, tradicionalmente se ha respondido a la cuestión de qué es una norma, desde un clásico

⁴ Esto es, por un lado, nos encontramos frente a problemas de identificación, en sentido teórico —no tanto la identificación del derecho que opera el jurista y, como mínimo, una identificación que no tiene por qué afectar a la determinación del contenido del derecho, sino a su (re)organización teórica—. Es decir, lo que la literatura anglófona denomina como “*norm individuation*”. Véase Duarte (2023, pp. 1-3). La inauguración de esta tarea y una instancia clásica de ella se encuentra en lo que Bentham denominó “jurisprudencia expositiva no autoritativa universal”. Véase Chiassoni (2016, pp. 9-13, 38-39). Por otro lado, nos encontramos también con un problema genuinamente taxonómico, que también tiene que ver con otra dimensión de la (re)organización teórica del derecho.

trabajo de Alchourrón y Bulygin (2021, pp. 161-190),⁵ con la defensa de una de las dos siguientes concepciones: la concepción expresiva o la concepción hilética. Para la concepción expresiva, las normas son dependientes del lenguaje y, en concreto, tienen carácter pragmático, en el sentido de que son el producto de actos lingüísticos de prescripción.⁶ Así pues, la concepción expresiva entiende las normas como “entidades pragmáticas”, si bien no queda del todo claro qué estatus ontológico tienen semejantes entidades.⁷ En cambio, para la concepción hilética, las normas tienen carácter semántico, al igual que las proposiciones. Su estatus ontológico es el de entidades abstractas. Esto es, para la concepción hilética, aunque las normas solo puedan expresarse por medio del lenguaje, su existencia no depende de él, pues son entidades abstractas o puramente conceptuales (Navarro y Rodríguez, 2022, p. 186).

El análisis del discurso normativo, como el de cualquier fenómeno lingüístico, suele dividirse en una sintaxis, una pragmática y una semántica.

La sintaxis estudia los signos, esto es, las palabras oportunamente ordenadas de acuerdo con ciertas reglas lingüísticas, de modo tal que forman enunciados. Al analizar un enunciado lingüístico desde el punto de vista sintáctico, hacemos abstracción del mensaje, en sus dimensiones pragmática y semántica.⁸ Sin embargo, suele ser teóricamente fructífero el estudio de la esfera sintáctica justamente por su relación con las dos restantes: en efecto, se trata de una suerte de “indicio” morfológico (esto es, estructural y aparente), que trasluce —pero no revela de manera concluyente— el tipo de acto de habla o el contenido significativo del enunciado en cuestión. Así (por ceñirnos a enunciados deónticos), si se emplea una expresión lingüística deóntica (el término “deber” y otros términos por los que puede sustituirse sin pérdida de significado), ello apuntará a que tal vez el uso lingüístico en cuestión es prescriptivo o que tal vez el contenido semántico es expresable mediante la modalidad lógica “obligatorio”. Pero no necesariamente, pues forma gramatical y forma lógica no guardan una relación biunívoca: así, los enunciados que emplean expresiones deónticas son sistemáticamente ambiguos, pues pueden vehicular tanto normas como proposiciones normativas.⁹ Para este acercamiento —entendido como concepción de las normas—, las normas son aquellos enunciados que contienen expresiones normativas (en nuestro ejemplo, expresiones deónticas).

⁵ Véase Alchourrón y Bulygin (2011).

⁶ Con esta explicación disipo una ambigüedad en el planteamiento de Alchourrón y Bulygin: en ocasiones consideran que para la concepción expresiva, las normas (prescriptivas, cabe añadir) [1] son el “resultado” del uso prescriptivo del lenguaje y, en otras, que para la concepción expresiva las normas (prescriptivas) [2] son “actos” de prescribir. Véase Rodríguez (2021, p. 63). También Mendonca detecta esta ambigüedad en la obra de los autores (2020, p. 34), pero termina decantándose por [2], mientras que yo considero más adecuado decantarse por [1]. Habrá ocasión de caracterizar con más detalle este desacuerdo y mostrar su calado (§1.3).

⁷ Véase Guastini (2013, p. 138). Si seguimos a Mendonca en cifrar el momento pragmático del fenómeno normativo en el acto de enunciación e identificamos la norma con dicho acto —precisamente a razón de su carácter pragmático—, resulta que para la concepción expresiva las normas serían entidades empíricas (2023, p. 35; 2020, pp. 21, 23). Esta solución no es óptima, cuando menos, por los inconvenientes señalados en la nota anterior.

⁸ Para la comprensión de cada punto de vista como abstracción de los demás véase Carnap (1959, p. 9).

⁹ Véase Guastini (2017, p. 19); Mendonca (2023, pp. 36-37, 59); Conte (1995, pp. 173-175).

La pragmática investiga las distintas funciones del lenguaje. Para esta concepción, las normas son el resultado de ciertos usos lingüísticos; el uso más saliente para la teoría del derecho tradicional es el prescriptivo, pero veremos que hay otros. Para este acercamiento, el carácter de “norma” (de “prescripción”, por ceñirnos a esta tipología) puede predicarse del resultado de una enunciación prescriptiva (de un uso lingüístico prescriptivo, por circunscribirnos a este).

Por último, la semántica se ocupa del contenido de significado de los enunciados. Para esta comprensión, las normas son semejantes a las proposiciones; de hecho, pueden definirse por oposición a estas, por cuanto, así como las proposiciones son significados de carácter descriptivo, las normas son significados de carácter prescriptivo. Para este acercamiento, una norma (prescriptiva) es un significado de una oración expresable mediante una modalidad deóntica (p. ej., “obligatorio”, si la norma prescriptiva es obligativa).

Cabe plantear tres observaciones al reparto metodológico y metateórico que he trazado hasta aquí. La primera de ellas es que, los tres planos de lenguaje pueden (y suelen) entenderse como perspectivas complementarias (y cumulativas) para investigar el discurso jurídico. Efectivamente, si cabe distinguir en una expresión lingüística entre su sentido (i. e., los constituyentes de dicha expresión que lo asocian con un estado de cosas, la dimensión locutiva) y la fuerza (i. e., los constituyentes de la expresión que fijan una determinada significación convencional a la expresión, la dimensión ilocutiva), es pacífico y muy habitual admitir que el sentido y la fuerza determinan conjuntamente el significado de las expresiones lingüísticas.¹⁰ En segundo lugar, sin embargo, como he mostrado, cabe entender también que pueden y suelen ser empleadas como tres maneras alternativas (y disyuntivas) de responder a la pregunta de qué es una norma.¹¹ En tercer lugar, justamente, las respuestas al “problema ontológico” suponen, además de un posicionamiento acerca del estatus ontológico de las normas, una respuesta a su condición lingüística: la concepción expresiva adopta una comprensión de índole pragmática y la concepción hilética adopta una comprensión de índole semántica. Así, en lo sucesivo me refiero a “concepción pragmática” y “concepción semántica” como coextensivas de “concepción expresiva” y “concepción hilética”, respectivamente.

Volvamos, entonces, a nuestra obra. LD distingue la formulación normativa (los signos que conforman el enunciado, sentence), el acto normativo (el acto de enunciación, utterance) y la norma (el significado del enunciado).¹² LD desarrolla esta última tesis, consistente en identificar “norma” y “significado”, y afirma que “la norma es el significado de la formulación normativa expresada con motivo de la ejecución del acto normativo (p. 35)”. Seguidamente, ahonda en ello y distingue el:

¹⁰ Véase Moreso y Vilajosana (2004, pp. 62-63).

¹¹ Así lo entiende también Mendonca (2020, p. 21).

¹² Véase Mendonca (2023, p. 35). Para esta distinción véase von Wright (1963, p. 94); Alchourrón y Bulygin (2021, pp. 462, 484, 682).

estatus lingüístico (y ontológico) que corresponde a cada uno de los componentes del fenómeno normativo: pragmático en el caso del acto, sintáctico en el caso de la formulación y semántico en el caso de la norma. Mientras que el acto normativo y la formulación normativa son entidades físicas (empíricas o factuales), la norma es una entidad abstracta (ideal). (Mendonca, 2023, p.35)

La identificación de la norma con el significado de una formulación normativa y su calificación ontológica como una entidad abstracta hacen que la concepción que LD defiende expresamente de las normas sea calificable como semántica o hilética. Es importante señalar que esta es la única definición explícita de “norma” en LD, la única abierta toma de posición acerca del “problema ontológico de las normas”.¹³ Con todo, el libro presupone también otras concepciones: de hecho, LD oscila con frecuencia entre la concepción semántica y la concepción pragmática —y, en una medida muy reducida, la sintáctica—. Veamos estas oscilaciones y algunos de los resultados que acarrearán.

2.1. PASAJES EN QUE LD SE CONCENTRA EN LA COMPRENSIÓN SINTÁCTICA

Desde luego, LD no opta por una concepción sintáctica de las normas, de cuyas limitaciones, especialmente de la sistemática ambigüedad de las expresiones deónticas, da sobrada cuenta. Sin embargo, en ocasiones LD no distingue de forma expresa y tajante entre forma gramatical y forma subyacente de las normas.

La propia terminología de LD no siempre es explícita acerca de la clase de tarea que emprende y el rasgo del mensaje normativo del que se ocupa: p. ej., “forma canónica” (p. 92) puede significar algo así como “forma gramatical más recurrente” o “fórmula subyacente básica”. Otro tanto puede decirse de la locución “forma básica” (p. 101).

El planteamiento metateórico y metodológico de LD también presenta una indefinición significativa. Al pronunciarse acerca de la labor de análisis del lenguaje normativo, LD plantea como tareas equivalentes la dilucidación del plano semántico y del plano sintáctico o bien pragmático. Así, LD afirma que la labor de un normativismo sofisticado consiste en “identificar distintos tipos de normas jurídicas (o, si se prefiere, de enunciados jurídicos o disposiciones jurídicas, en tanto expresiones lingüísticas de normas)” (p. 14). Si, siguiendo la única definición explícita de LD, parece claro que por “normas jurídicas” habría que entender “significados” (plano semántico), no queda claro qué cabe entender por “enunciados jurídicos”, “disposiciones jurídicas” y —como definición de los anteriores rótulos— “expresiones lingüísticas de normas”. Estas tres locuciones pueden entenderse

¹³ También en su obra expresamente dedicada a abordar dicho problema, Mendonca defiende una concepción semántica (Mendonca, 2020, 2022).

o bien como el conjunto de signos que componen un enunciado, la morfología, la estructura de los enunciados (plano sintáctico) o bien como el acto de enunciación o, con mayor corrección, el resultado del acto de enunciación (plano pragmático). Para que tenga interés la tarea del normativismo sofisticado, y para que la afirmación sea descriptivamente adecuada, habrá que entenderla referida al plano pragmático, habida cuenta, entre otras cosas, de las significativas limitaciones del plano sintáctico. Si esto es así, en vez de “enunciados jurídicos” o “disposiciones jurídicas” será más correcto — aunque menos eficaz en términos de economía y elegancia lingüística— expresarse en términos de “actos lingüísticos” o de los “resultados de enunciaciones”.

Sin duda el adecuado reconocimiento del campo semántico de ciertos términos relevantes es una tarea valiosa para la elucidación teórica de conceptos jurídicos.¹⁴ LD da buena cuenta de ello cuando relaciona tipos de expresiones afines, léxico usual (en suma, claves de análisis sintácticas), con tipos de actos de habla (claves de análisis pragmáticas).¹⁵ Pero conviene mantener debidamente distinguidas las tareas, heterogéneas, para no perder de vista el carácter indiciario de los resultados que obtenemos del reconocimiento de campos semánticos.

En verdad, el aspecto sintáctico es relevante para determinar la “forma superficial”, la “forma gramatical” o, según cómo se entienda esta expresión, “la formulación canónica” de normas; pero ni parece una concepción aceptable de las normas (consagraría normas *prima facie*, arrojando falsos positivos, y pasaría por alto genuinas normas “disfrazadas”, arrojando falsos negativos) ni es siquiera una perspectiva idónea para indagar la “forma lógica”, la “estructura profunda o subyacente” de normas jurídicas, en el sentido relevante para una clasificación teórica de dichas normas. Por ello, hay que proseguir la investigación.

2.2. PASAJES EN QUE LD ADHIERE A UNA CONCEPCIÓN SEMÁNTICA

Son distintos los pasajes en que Mendonca (2023) suscribe una concepción semántica. Como es sabido, la defensa de la concepción semántica, sin ser la única manera de establecer una lógica de normas,¹⁶ es la manera más sencilla y frecuentemente explorada para poder predicar relaciones lógicas entre normas. Así, LD defiende una concepción semántica cuando analiza tales relaciones (pp. 26-29, 38-41).

A la forma superficial de los enunciados jurídicos puede oponerse la forma lógica de las

¹⁴ Ello es consecuencia del carácter central del lenguaje en el fenómeno jurídico y de la consiguiente aplicación de directrices metodológicas como la que alienta a aplicar “una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción, aunque no como árbitro final, de los fenómenos” (Austin, 1979, p. 182).

¹⁵ P. ej., Mendonca (2023, pp. 21-22, 31). Véase Vanderveken (1988, pp. 165-203). Me refiero a “expresiones usuales” antes que a casi sinónimos o expresiones equivalentes: en los pasajes citados de LD, muchos términos enumerados no pueden sustituirse entre sí sin pérdida de significado.

¹⁶ Véase Mendonca (2023, p. 41).

normas y, de hecho, el análisis lógico constituye un punto fijo fundamental para una investigación normativa de índole semántica. Por centrarnos en una distinción básica, las normas prescriptivas pueden ser representadas formalmente mediante una modalidad deóntica referida a una variable (una acción u omisión), mientras que las normas constitutivas pueden ser representadas formalmente mediante una modalidad anankástica referida a una variable (un estado de cosas). La determinación de esta forma lógica y la consiguiente conformación de clases (en cuanto *types*) de normas es muy relevante y sumamente distinto de la identificación pragmática de actos de habla normativos, que, dado su carácter contextual, solo pueden conformar agrupaciones de *tokens* (*i. e.*, instancias del tipo abstracto correspondiente a una oración). No me detengo más en la concepción semántica, para pasar directamente a la concepción pragmática y mostrar el contraste entre ambas.

2.3. PASAJES EN QUE LD ADHIERE A UNA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA

En numerosos pasos, LD se fija en la función del lenguaje, en el tipo de acto lingüístico de que se trata; y, precisamente, lo hace para establecer tipologías normativas. Lo hace, por ejemplo, con las normas derogatorias, cuando considera que la derogación “es una acción típicamente lingüística ... [que] bien puede ser calificada de «acción performativa» (operativa o realizativa), ya que su función es producir el paso de un estado de cosas a otro” (p. 29). Lo más significativo y sorprendente, la manera en que LD distingue explícitamente entre normas constitutivas y prescriptivas es pragmática. En efecto, sostiene:

por la manera en que haya planteada la distinción entre normas prescriptivas y normas constitutivas, es fácil ver una base pragmática subyacente como fundamento de la división. Parece claro que cada uno de los dos tipos de normas responde a una función diferente del lenguaje: directiva en el caso de las primeras y performativa en el caso de las segundas. (Mendonca, 2023, p. 30)

Acto seguido señala que “es rasgo peculiar de las normas prescriptivas regular conductas y de las normas constitutivas crear, modificar o calificar estados de cosas, acciones o entidades” (p. 30). Esta segunda afirmación se presta a una lectura alternativa: puede leerse en clave pragmática, si a lo que se refiere es a diferentes funciones del lenguaje, o puede leerse en clave semántica, si se refiere a un contenido “proposicional”, como la modalidad lógica y la variable a las que me he referido poco antes. Mendonca se refiere claramente a la primera opción,¹⁷ pero la segunda es una mejor reconstrucción. El contraste con la comprensión pragmática es significativo: una norma —una clase de normas (un *type*)— puede crear, modificar o calificar acciones independientemente de

¹⁷ De hecho, en esos párrafos se enfoca en la intención comunicativa de la autoridad normativa.

cuál sea la intención del emisor (los efectos ilocutivos del acto lingüístico) y, todavía más, de cuál sea la reacción del receptor (los efectos perlocutivos). De lo contrario, solo tendremos *tokens* de normas prescriptivas y constitutivas, en virtud de que la intención del emisor y/o la reacción del receptor sean las de guiar la conducta o determinar un estado de cosas normativo, respectivamente. Es preciso, como mínimo, matizar el diagnóstico consistente en que la base de la distinción entre normas prescriptivas y constitutivas es (eminentemente y, sobre todo, únicamente) pragmática.

En otro pasaje, el problema y la contradicción entre una concepción semántica y una concepción pragmática es todavía más patente. Mendonca (2023) sostiene: “en mi opinión, una norma no puede ser constitutiva y prescriptiva al mismo tiempo” (p. 29). Si se defiende una concepción semántica de las normas —que es, de hecho, lo que hace LD en su definición explícita de “norma” y en distintas ocasiones—, esta tesis puede ser, por definición, correcta; aunque ello dependerá de que cada contenido semántico, ya sea a razón de “un tipo de” modalidad lógica, de “un tipo de” variable o de “un tipo de” modalidad lógica y de “un tipo de” variable conjuntamente, cuente como una norma y no como un fragmento de norma; algo que LD no llega a especificar.

Puede clarificar este punto un ejemplo clásico: el análisis benthamiano de una “norma completa”.¹⁸ Bentham identifica normas en función del tipo de variable y, en particular, de que se trate de una clase de acciones (o un tipo genérico de acciones, *action-type*): cada tipo de acción que pueda identificarse en un cuerpo normativo discreto cuenta como una norma individual.¹⁹ El desarrollo de este criterio acarrea problemas, tales como que Bentham considera que la concurrencia del género (hurto) y de la especie (robo) de una cierta acción es razón suficiente para identificar dos normas distintas, por más que la primera norma implica y engloba totalmente la segunda.²⁰

En cambio, si se defiende una concepción pragmática de las normas, como hace LD para distinguir normas constitutivas y prescriptivas, esa tesis parece, de partida, innecesariamente restrictiva, pues es sumamente pacífico para la teoría de los actos de habla que un acto sea mixto y, de hecho, incontables actos lingüísticos son mixtos. La heterogeneidad de contenidos en el plano semántico no es igual de problemática que la heterogeneidad de funciones lingüísticas en el plano pragmático; lo que debería contar como dos normas distintas asumiendo un criterio semántico no tendría por qué contar como dos normas distintas asumiendo un criterio pragmático. Dicho esto, cabe sostener que un defensor de la concepción pragmática podría encontrarse frente a distintas soluciones: podría considerar que a cada función lingüística corresponde una norma;

¹⁸ Bentham, como otros imperativistas, es un defensor de la concepción pragmática. Sin embargo, en este punto, y en otros tales como su intento de sentar las bases de la sistematización lógica de conceptos jurídicos básicos, Bentham entiende las normas de forma acorde a la concepción semántica.

¹⁹ Véase Bentham (1970, pp. 156-183; 1996, p. 282).

²⁰ Véase Duarte (2023, pp. 6-8).

podría entender que una misma norma incorpora una o más de una función lingüística; finalmente, podría entender que una cosa es la función lingüística de una norma y otra las distintas funciones, prácticas y teóricas, que esta desempeña. La tercera opción es viable, ya que las funciones lingüísticas no agotan las funciones predicables de una norma jurídica y, con ello, no tiene por qué haber una correspondencia biunívoca entre unas y otras. Máxime para identificar una unidad normativa completa, no tiene por qué ser tan relevante la función práctica o teórica de una norma como lo puede ser la función (o funciones) lingüística(s) de una norma. Por eso, paso por alto esta tercera opción. Por consiguiente, se debe optar o bien por la primera o bien por la segunda opción, dado que son mutuamente excluyentes. Hay razones para sostener que el reconocimiento de actos de habla mixtos avalaría decantarse por la segunda. Esto es: si se reconoce [1] la base de un fundamento pragmático de la división entre normas prescriptivas y constitutivas y si se reconoce [2] la posibilidad de actos de habla mixtos, ¿qué tienen de tan peculiar las normas prescriptivas y las normas constitutivas para que no pueda hablarse de una combinación de ellas? Por supuesto, estas consideraciones son internas a la argumentación de Mendonca; como digo, hay buenas razones para matizar sustancialmente [1] y considerar que una fundamentación semántica de la distinción es sumamente útil para las labores del jurista y del teórico del derecho; en lo que nos interesa, para determinar qué cuenta como una norma de un cierto tipo a razón de su forma lógica y sin importar cuál sea el contexto de emisión lingüística.

Con todo, si profundizamos la pista de investigación pragmática, es oportuno reparar en que LD reconoce la posibilidad de los actos de habla mixtos y la explora cuando examina las normas penales, que suponen, para LD, un caso de acto de habla indirecto.²¹ En una enfática defensa del acercamiento pragmático a las normas penales,²² LD caracteriza tales normas como actos de habla cuya fuerza pragmática primaria consiste en “amenazar (directamente) con un castigo para el caso de ejecución (u omisión) de cierta acción” y cuya fuerza pragmática secundaria consiste en “prescrib[ir] (indirectamente) la omisión (o ejecución) de dicha acción”.²³

Lo que LD identifica como el acto de habla directo, la amenaza, que cabe calificar en el marco de la taxonomía searleana —aunque LD no lo haga— como un caso de acto de habla compromisorio, constituye un tratamiento opaco de la estructura de las normas penales: puede referirse tanto a la sanción —concepto preeminente en el tratamiento que LD dispensa a dichas normas—,²⁴ como a la prohibición, como a la sanción y la prohibición anudadas.

²¹ Véase Mendonca (2023, pp. 128-131).

²² Véase Mendonca (2023, pp. 128-129).

²³ Véase Mendonca (2023, p. 129). Para la definición de un penalista, muy próxima a la comprensión kelseniana de las normas, véase Mir Puig (2015, p. 68).

²⁴ De hecho, el propio capítulo X, dedicado a las normas penales, se titula “sanciones”.

Un planteamiento semántico resulta más esclarecedor de las normas penales (o de las normas sancionadoras, en general) y permite mostrar algunos problemas que acucian al tratamiento de LD. Empezando por estos problemas, el planteamiento de LD es criticable pues, siguiendo inadvertidamente a Kelsen,²⁵ define el concepto de “norma penal” o de “acto ilícito” a partir del de “sanción”, cuando, a la inversa, hay que definir la “sanción” a partir del concepto de “acto ilícito”;²⁶ y el acto ilícito es el concepto opuesto al de deber jurídico.²⁷ En otras palabras, el elemento principal de una norma penal es el prohibitivo, al cual se anuda como consecuencia típica, pero no necesaria, una sanción en caso de que la prohibición sea transgredida. Dada la interdefinibilidad de los operadores deónticos, una norma que prohíbe una cierta acción ($Ph\varphi$) implica deductivamente una norma que obliga a la omisión ($O\neg\varphi$) o bien es reformulable sin pérdida de significado en términos de una norma que obliga a la omisión ($O\neg\varphi$), un enunciado sinónimo respecto del reformulado.²⁸ En el primer caso, se tratará de dos normas diferenciables; en el segundo, de la misma norma.²⁹ Bajo cualquiera de estas reconstrucciones, el deber es equivalente a la prohibición y expresar la obligación en términos de un acto de habla indirecto prescriptivo respecto del acto compromisorio de la amenaza de sanción es una mala caracterización de las normas penales (o sancionadoras).

Acabo de incorporar una nueva variable de análisis. Como recalco en mi examen crítico, elaborar una teoría de las normas no solo exige reconocer la posibilidad de distintos resultados —más o menos explicativamente idóneos y teóricamente esclarecedores— en virtud del enfoque, pragmático o semántico, que se asuma. También hay que considerar los criterios de identificación que establecen qué cuenta como “una” norma y qué cuenta como un fragmento de norma.³⁰ La respuesta a la primera pregunta puede determinar la respuesta (o el abanico de respuestas) que podamos brindar a la segunda, y entre una y otra se desliza una pregunta adicional, central para LD, consistente en qué diferentes tipologías normativas resultan admisibles. Entre estos tres órdenes de preguntas y respuestas pueden darse relaciones variables; en sus compartimentos conexos, cada una de ellas es susceptible de incidir en las demás.³¹ La concepción de las normas por la que el teórico se decante supone la selección de ciertos criterios de identificación y tal selección determina qué cuenta como una norma y como una norma de un cierto tipo.

Por ejemplo, en el caso de Kelsen qué cuenta como una norma (problema de identificación) y cuáles son las normas jurídicas genuinas (problema de taxonomía) son

²⁵ Lo sigue inadvertidamente porque Mendonca se opone explícitamente a la comprensión kelseniana de “norma penal” en un aspecto preciso (2023, pp. 127-128), pero no reconoce que en este aspecto adicional Kelsen propone una solución cercana a la suya.

²⁶ Véase Rodríguez (2022, pp. 224-228, 299).

²⁷ Véase Rodríguez (2022, p. 292).

²⁸ Ordenar y prohibir son “la misma función referida a comportamientos distintos”; “obligatorio no matar” equivale a “prohibido matar”. Véase Kelsen (2008, pp. 118-119).

²⁹ Esta es la posición, además de Kelsen, de Bentham: lo relevante como elemento individualizador de normas es el tipo de acción, no el tipo de modalización deóntica. Véase Duarte (2023, p. 8).

³⁰ Sobre este aspecto, LD guarda silencio.

³¹ Salvo la tercera, que es la más determinable y la menos determinante de las tres.

cuestiones vinculadas: son “autónomas” (o “primarias”) las normas que contienen sanciones, esto es, aquellas normas que incorporan todo lo necesario para regular el comportamiento y, con ello, tienen carácter primitivo, son irreducibles y a ellas deben reducirse las demás tipologías de normas (las normas secundarias).

Por último, debo profundizar mi diagnóstico sobre la propia caracterización de la concepción y la dimensión pragmática de las normas. Como he señalado, para LD,³² la dimensión pragmática del discurso normativo se identifica con y se agota en el acto de enunciación.³³ En cambio, resulta mucho más adecuado entender que la concepción expresiva o pragmática identifica la norma con el resultado de la enunciación, con lo que se hace al proferir el mensaje. Es asimismo una solución mucho más esclarecedora, teórica y explicativamente del momento pragmático (relativo a la preferencia y recepción de un mensaje) en el discurso normativo. La selección de Mendonca se plasma claramente cuando analiza la posición de Kelsen y distingue entre “acto” y “norma”, identificando el primero con la fuerza ilocutiva —aunque no habría que perder de vista también la fuerza perlocutiva— y el segundo con el significado y, con ello, identificando el primer concepto con la concepción expresiva y el segundo con la concepción hilética.³⁴

2.4. A MODO DE BALANCE

En estos párrafos he mostrado algunos de los problemas que entraña la elección de una cierta concepción de las normas, para determinar aquello que cuenta como una norma y como una norma de un cierto tipo.

Como hemos visto, la respuesta al “problema ontológico de las normas” en su vertiente lingüística determina resultados dispares en relación directa con problemas tales como la im/posibilidad de formular *types* de normas, la des/atención por la intención comunicativa (y la cuestión jurídica de la promulgación) y la recepción de normas (y la cuestión jurídica del conocimiento de normas); y en relación indirecta con problemas tales como qué cuenta como una norma, como un fragmento de norma, como la función (lingüística/teórica o práctica) de una norma, o como la consecuencia necesaria/típica de una norma.

Podrá objetarse que se trata de dos perspectivas que lejos de ser rivales pueden (y deben) integrarse con provecho en un estudio integral del discurso normativo.³⁵

Con carácter más básico podrá objetarse que la pregunta de qué cuenta como una norma

³² Al menos en la única definición explícita (Mendonca, 2023, pp. 34-35). También expresamente en Mendonca (2020, pp. 21, 23).

³³ En otra ocasión, en cambio, considera que para la concepción pragmática las normas “son el producto del uso prescriptivo del lenguaje” (Mendonca, 2020, p. 21).

³⁴ Véase Mendonca (2020, p. 35). A estos se añade un inconveniente adicional, de carácter exegético: en ese párrafo Kelsen se refiere tanto a la sentence como a la utterance (2018, p. 181).

³⁵ Al fin y al cabo, como sostuvo el propio Searle (1969, cap. II), el análisis semántico y pragmático, lejos de ser incompatibles, son complementarios.

es demasiado amplia, demasiado ambiciosa como para poder darle una respuesta adecuada en términos de esas dos concepciones, sin recurrir a respuestas intermedias.³⁶

En las páginas precedentes he mostrado la necesidad de articular con un razonable nivel de detalle la interacción de las dos perspectivas y he explorado un desglose de las preguntas intermedias que conducen a la pregunta general de la identificación normativa. Por supuesto, no me engaño pensando haber formulado muchas respuestas concluyentes, sino que, sobre todo, pretendo estimular la reflexión, así como LD ha estimulado la mía.

En cualquier caso, como muestra ulterior de que la prosecución de esta investigación vale la pena, procedamos con el examen de la teoría y las tipologías normativas de LD, para comprobar que algunos de los problemas introducidos se volverán a presentar, bajo aspectos conocidos o desconocidos, en lo que queda de análisis.

3. ¿QUÉ TIPOLOGÍAS NORMATIVAS ELABORA LD?

Como afirma Perce (2003), “detrás de toda utopía, hay siempre un gran diseño taxonómico: un lugar para cada cosa y cada cosa en su lugar” (p. 153). En nuestro caso, la utopía es el proyecto de la Filosofía del derecho positivo: “—la utopía realista, por usar una feliz expresión de John Rawls— del dominio de la razón analítica sobre el pensamiento jurídico y, en consecuencia, sobre la creación y aplicación del derecho” (Chiassoni, 2016, p. XV). El “gran diseño taxonómico” le ocupa al normativismo sofisticado: la determinación del carácter de las normas, su estructura, sus propiedades, las relaciones entre ellas. Veamos, entonces, en qué consisten algunas de esas cosas y cuáles son algunos de sus lugares.

3.1. EL SINGULAR TRATAMIENTO DE LAS LIBERTADES COMO ACTOS DE HABLA COMPROMISORIOS

Los problemas de sistematización que acucian a LD pueden ilustrarse provechosamente con el análisis de la categoría de las “libertades”.

En primer lugar, y en general, LD excluye del género “prescripción” la especie “permiso”. Así, en ocasiones, por “prescripciones” LD entiende solo normas obligativas y no normas permisivas.³⁷ Esta decisión es problemática, por cuanto por “prescripción” debe entenderse cualquier norma susceptible de ser representada por una modalidad

³⁶ Véase Guastini (2018).

³⁷ P. ej., en Mendonca (2023, pp. 63-65), donde el autor termina excluyendo los permisos de las prescripciones. Por su parte, von Wright comprende en la categoría de “prescripciones” tanto normas obligativas como permisivas (1963, p. 7). También Mendonca lo entendió así anteriormente (Bulygin y Mendonca, 2005, p. 15) y, puntualmente, en LD (2023, pp. 36-37).

deóntica, por más que pueda haber razones, para entender la modalidad “obligatorio” como la noción primitiva o, con mayor precisión, la más iluminadora en términos teóricos y explicativos —si, por ejemplo, entendemos que “orden” es un concepto primitivo respecto de los de “prohibición” y “permiso”—.

Es cierto que en ocasiones LD, adoptando (implícitamente) una concepción semántica, considera que las libertades son permisos, en un sentido genuinamente deóntico (Mendonca, 2023, pp. 59-61, 66-67). Sin embargo, en otras ocasiones, LD (Mendonca, 2023) adhiere a una comprensión pragmática y estima que las libertades se caracterizan por el desempeño de varias funciones (pp. 65-67) o, con mayor frecuencia, de una función específica, como “compromisos de dejar en paz” (pp. 63-65). La argumentación de LD, resumida, tiene el siguiente tenor: los permisos deben ser entendidos como promesas de no interferencia —una promesa es, a fin de cuentas, un concepto normativo en más de un sentido—, como tolerancias; la tolerancia supone un compromiso de “dejar en paz” a su titular en caso de que decida llevar a cabo la acción en cuestión.³⁸ Acto seguido, Mendonca (2023) concibe la promesa de dejar en paz como un acto lingüístico compromisorio. Finalmente, distingue LD la función de prescribir, de guiar la conducta del destinatario (función directiva) de la de comprometerse del propio emisor (función directiva) (p. 64). No profundizo el problema, ya explorado, de que si un teórico asume un punto de vista pragmático nada impide de entrada que se den actos lingüísticos mixtos y que una misma norma pueda desempeñar distintas funciones (lingüísticas), como, por otra parte, parece reconocer LD al atribuir a la noción de “libertad” una función —práctica, pero también, en parte, lingüística— indicativa, modificatoria, restrictiva y de clausura (Mendonca, 2023, pp. 65-67).

Mi planteamiento crítico es el siguiente: en primer lugar, sostengo que la norma que confiere una libertad expresa un acto lingüístico prescriptivo, en concreto, de tipo permisivo —o, mejor, que el contenido semántico es deóntico, concretamente, permisivo—. En segundo lugar, sostengo que el acto lingüístico compromisorio al que se refiere von Wright y, siguiéndole, Mendonca es consecuencia típica de las libertades, pero que es un acto lingüístico adicional vehiculado por un deber. Pasemos a la dilucidación de este punto.

Acerca del primer problema, aunque no puedo detenerme a caracterizar las libertades como un tipo de actos lingüísticos prescriptivos, sí cabe señalar que su comprensión como prescripciones, adhiriendo a una concepción semántica, es difícilmente discutible: ¿De qué otro tipo podría ser el acto que confiere *ex novo* una libertad, permitiendo algo que no estaba permitido explícitamente, o que confiere una libertad que reemplaza total o parcialmente a una obligación previa? ¿Qué otra modalidad lógica podría expresar una

³⁸ Véase Mendonca (2023, pp. 63-64); von Wright (1963, p. 209).

norma que confiere una libertad de φ si no un permiso de φ , que es el contradictorio del deber de $\neg\varphi$?

Respecto del segundo problema, creo que efectivamente las libertades entrañan, de forma típica, aunque no necesaria, un “compromiso de dejar en paz”, como aquel al que se refiere von Wright y que retoma Mendonca, pero que esta situación normativa viene dada por un elemento o, si se prefiere, un acto lingüístico compromisorio adicional. Este punto se ve claramente si nos servimos de la tabla hohfeldiana y si no abandonamos dos tesis que guían su empleo: la atomicidad y la correlatividad. Como habrá ocasión de ver, la atomicidad consiste en que las distintas acepciones de “derecho subjetivo” estipuladas por Hohfeld tienen carácter fundamental en el sentido de que son primitivas definicionalmente e identificables de forma discreta. Para entender las tesis de la atomicidad y correlatividad basta con presentar la taxonomía hohfeldiana: esta identifica cuatro posiciones normativas atómicas genéricamente denominadas “derechos”, [1] “pretensión”, [2] “libertad”, [3] “poder”, [4] “inmunidad”, a las que corresponden de forma correlativa (i. e., se implican recíprocamente) otras cuatro posiciones normativas atómicas, genéricamente denominadas “obligaciones”, respectivamente, [5] “deber”, [6] “no-derecho”, [7] “sujeción” e [8] “incapacidad”. A estas tesis hay que añadir una tercera, una relación de contradicción; así, si la libertad implica y es implicada por el no-derecho, resulta que la libertad es contradictoria con el deber. En el próximo párrafo ilustro este punto.

Dadas las características que pueden predicarse de las libertades (su carácter activo) y preservando las tesis hohfeldianas de la correlatividad, la contradicción y la atomicidad, puede verse en términos estructurales en qué consiste ese “compromiso de dejar en paz”. Tal compromiso no es predicable directamente de la libertad como posición normativa individual fundamental, por la simple razón de que la libertad tiene por contenido una acción propia (es una posición normativa activa) y no una acción u omisión ajena, como requeriría semejante compromiso. De modo que tal compromiso hay que buscarlo en otra posición normativa. El “candidato natural” para ello podría ser la posición correlativa de la libertad, el no-derecho. En virtud de las relaciones de correlatividad y contradicción entre posiciones normativas atómicas, podemos identificar las siguientes equivalencias: la libertad de X de entrar en el predio de Y es equivalente a la ausencia de deber de X de no entrar en el predio de Y , mientras que el no-derecho de Y de que X no entre en su predio es equivalente a la no concurrencia de pretensión de Y de que X no entre en su predio. Es decir, afirmar que X tiene la libertad de entrar en el predio de Y es equivalente a afirmar que Y está desprovisto de la pretensión de que X no entre en su predio. Tal vez pueda cifrarse en esta posición normativa, el no-derecho, el “compromiso a ser dejados en paz” al que se refiere von Wright y, siguiéndole, Mendonca. Si, en cambio, se considerara, por razones pragmáticas relativas a qué suele entenderse por “conferir a X la libertad de φ ”, que tal posición normativa no alcanza a dicho compromiso,

—en otras palabras, si se estima que conferir la libertad a *X* de entrar en el predio de *Y* y, por implicación lógica, conferir el no-derecho de *Y* a que *X* no entre en su predio no es apto, por insuficiente, para calificarse como un “compromiso de dejar en paz”—, entonces habrá que buscar esa función en otra posición normativa elemental. Seguramente, algún deber de no interferencia por parte de *Y* frente a *X* —y, por implicación, una pretensión de *X* frente a *Y*—, tal como el deber de *Y* de no impedir el paso a *X* a su predio.³⁹ La posición de “permiso protegido” de Hart y, siguiéndole, de Mendonca (2023, pp. 67-69) puede ser idónea para captar este aspecto, pero no por la función que desempeña el “permiso” (*i. e.*, la libertad), sino por la de “protección” (*i. e.*, el deber).

Seguramente el “compromiso de dejar en paz” es un ingrediente pragmático importante de las normas que confieren permisos, pero, como he mostrado, tal ingrediente no es directamente predicable de las libertades: lo será de otros deberes adicionales de una contraparte normativa, esto es, no de la libertad de *X*, sino de la pretensión de *X*. Ello se ve con claridad si se comprueba el carácter estructural de cada posición normativa atómica: las libertades tienen carácter activo, son una habilitación deóntica a realizar una acción o una omisión, mientras que las pretensiones tienen carácter pasivo, son la expectativa deóntica de que otro sujeto realice una acción o una omisión; aquí, precisamente, la de comprometerse a dejar en paz al titular de la posición normativa atómica favorable. Pero mientras que el no-derecho está implicado lógicamente por la libertad, el deber no está implicado lógicamente, sino que sencillamente suele ir aparejado en un sentido no deductivo (de forma típica, pero no necesaria) a la libertad; y si esto es así, el acto lingüístico compromisorio no es expresado por la norma que confiere una libertad, sino por otra norma que impone un deber y que viene endosada, en sentido no deductivo, por la primera. Por supuesto, el diagnóstico de que necesitamos algún deber de no interferencia, en un macro derecho, para poder hablar con propiedad de una libertad (genuina) en un sistema jurídico desarrollado es bastante plausible. Pero ello no debe llevarnos, bajo pena de una menor capacidad analítica y explicativa, a oscurecer las distinciones importantes del aparato hohfeldiano. Eso muestra algunas distinciones estructurales y dificultades pragmáticas: [1] el acto lingüístico prescriptivo que confiere una libertad a *X* frente a *Y* es distinto del [2] acto lingüístico prescriptivo que impone un deber a *Y* frente a *X* y este es distinto del [3] acto lingüístico compromisorio de *Y* frente a *X*. Aquí, dicho sea de paso, surgen ciertas dificultades en relación con [2] y [3]: ¿Es el acto que impone un deber un acto lingüístico mixto, tanto prescriptivo como compromisorio? ¿Se trata de dos funciones, la de imponer deberes ajenos y la de imponer el compromiso ajeno? De ser dos funciones, ¿son predicables de la misma norma?

Estas dificultades son también predicables de las funciones, prácticas, pero también lingüísticas, que en ocasiones LD atribuye —con razón, a mi parecer— a los permisos. De modo que, o bien se maneja que son actos lingüísticos mixtos, si defendemos la

³⁹ Si es que esta segunda relación normativa atómica comparte los mismos sujetos normativos (y solo esos) de la primera relación.

concepción pragmática; o atribuimos distintas funciones a una misma norma, si defendemos la concepción semántica; o bien atribuimos cada función a una norma distinta, ya defendamos una concepción pragmática, ya defendamos una concepción semántica, pero entonces deberemos explicar la relación entre tales normas funcionalmente distintas.

Por cierto, cabe sistematizar y extrapolar este análisis a otras posiciones normativas individuales. En efecto, el “compromiso de dejar en paz” puede predicarse también de lo que Hohfeld denominó “inmidades” —para ser precisos, de las incapacidades correlativas—. En efecto, las inmidades pueden entenderse como una suerte de “reglas de rechazo” que entrañan que la contraparte normativa, titular de una incapacidad, se comprometa a dejar en paz al titular de la inmunidad. En efecto, el titular de una incapacidad, por contradicción, no tiene el poder de cambiar la situación normativa de la contraparte, titular de una inmunidad, y ello es análogo en la modalidad lógica anankástica a lo que ocurre en la deóntica con los deberes de no interferencia que acabamos de examinar.

Frente al tratamiento que acabo de examinar, hay otros pasajes en que LD generaliza demasiado y ello redundante, esta vez, en la desproporción de la importancia de la noción de “libertad”. En efecto, en varias ocasiones, Mendonca (2023) considera equivalentes “normas que confieren derechos” y “permisos” (p. 15). Una decisión semejante es sumamente reductora y se zanja con la restricción de la capacidad explicativa de LD. En efecto, si seguimos reconstrucciones racionales del término “derecho” como la hohfeldiana, puede hablarse de “derechos” en términos de “pretensiones”, “libertades”, “poderes” e “inmidades”. Expresado con la terminología de LD y con cierto afán generalizador: “consagran derechos” prescripciones (tanto en su calidad de normas obligativas, para la contraparte normativa, a la que se le confiere una pretensión, como en su calidad de normas permisivas) y competencias (tanto en cuanto competencias, poderes, como en cuanto incompetencias, para la contraparte normativa, a la que se confiere una inmunidad). Si Mendonca se deja llevar por la voluntad de generalizar al presentar como equivalentes “normas que confieren derechos” y “permisos”, podemos afirmar que esta decisión malogra su afán sistematizador integral: cabe pensar que Mendonca tiene razones para reconocer la conexión que acabo de trazar de “derechos” en posiciones prescriptivas y de competencia y, de hacerlo, habría extendido a su capítulo V los análisis de tales tipologías normativas que acomete en los capítulos I y II.

3.1.1. LOS DERECHOS COMO POSICIONES ATÓMICAS

Conviene examinar brevemente la taxonomía de derechos que presenta LD en su

capítulo V, pues revela varios inconvenientes adicionales de la conformación de tipologías normativas.

Es usual que los teóricos analíticos que se ocupan de los derechos distingan entre microderechos y macroderechos.⁴⁰ Un “microderecho” puede definirse [1] en términos estructurales, como una posición normativa atómica, esto es, identificable de forma discreta respecto de otras estructuralmente afines; [2] en términos conceptuales o definicionales, como una acepción primitiva de “posición normativa”, no definible en términos de una posición “más” básica. Un macroderecho es, entonces (dado que la distinción es conjuntamente exhaustiva y mutuamente excluyente), [1'] una posición normativa compleja y [2'] susceptible de ser definida en términos de posiciones normativas básicas.

Como he mostrado al analizar las libertades (§2.1), identificar acepciones estructuralmente discretas y definicionalmente básicas tiene varias virtudes: permite entender los componentes de las posiciones normativas complejas y la conexión entre una posición normativa básica y la modalidad lógica (deóntica o anankástica, para una comprensión semántica) que constituye su base;⁴¹ también la función que cada posición normativa atómica puede desempeñar. Asimismo, permite disgregar descripciones de acciones complejas, con múltiples titulares, en relaciones bilaterales que cuentan con una parte, una contraparte y una acción (una acción mínima, según algún tipo de principio de “economía descriptiva”). Así pues, la atomicidad es una herramienta analítica fundamental y el modelo teórico que la reconoce es más preciso conceptualmente y capaz explicativamente. Por ello, es conveniente contar con una taxonomía que recoja acepciones discretas y básicas de “derechos”, distinta de una taxonomía de acepciones complejas y conceptualmente reducibles de “derechos”. Pues bien, la taxonomía de “derechos” de LD —pese a distinguir nominalmente “siete acepciones de derechos” y “conglomerados” de derechos—,⁴² no observa coherentemente la tesis de la atomicidad y no discrimina claramente posiciones normativas atómicas y moleculares.

Las siete acepciones de “derecho” que registra Mendonca en la literatura jurídica (2023, p. 15)⁴³ son las siguientes: [1] libertad, [2] pretensión justificada, [3] permiso o permiso protegido, [4] facultad, [5] obligación correlativa, [6] potestad, [7] inmunidad.

Como hemos visto, Hohfeld planteó una lista de cuatro acepciones elementales de “derecho” en el discurso jurídico: [5'] pretensión, [1'] libertad, [6'] poder, [7'] inmunidad. La numeración que acabo de emplear responde a que estas cuatro acepciones se

⁴⁰ Véase Barberis (2014, p. 83).

⁴¹ Véase Duarte (2021, p. 2); Arriagada (2018).

⁴² Respectivamente, Mendonca (2023, pp. 72-77, 77-78).

⁴³ Se aprecia una apertura en el objeto de investigación, que ya no se restringe a “las nociones utilizadas por el derecho y la ciencia del derecho”. Cuál es el “lenguaje del derecho” al que LD se refiere es una cuestión interesante, pero que no tengo ocasión de abordar.

corresponden respectivamente con [5]; [1]; [6] y [7], aunque aproximadamente, con algún matiz. En cuanto a las restantes acepciones, resulta que [2], [3] y [4] no respetan el criterio de la atomicidad antes señalado o adolecen de algún defecto estructural, con que su inclusión en semejante taxonomía introduce una diversidad indeseable y difumina algunas peculiaridades relevantes de este enfoque. Esto es, la taxonomía de acepciones de “derecho subjetivo” que plantea Mendonca tiene el inconveniente de incluir, entre sus siete acepciones, dos acepciones que no son estructuralmente mínimas (permiso, tal y como lo define LD, y facultad, que solo diverge de la libertad o el permiso en su contenido, en que habilita tanto a la acción como a la omisión) o, si acaso, que son redundantes con respecto a una noción estructuralmente mínima (libertad), una subacepción que es estructuralmente compleja (permiso protegido, que integra una libertad y una pretensión) y una acepción que es atécnica y cuya estructura no es en absoluto clara (pretensión legítima, que también integra una libertad y una pretensión). Cabe señalar otros problemas de heterogeneidad adicionales. Uno, relativo a la construcción de una tipología de “normas”: la distinción entre “permiso débil” y “permiso fuerte” no se produce en el plano de las normas, sino a nivel de proposiciones normativas; en virtud, naturalmente, de que una norma permisiva pertenezca o no a un sistema normativo. Otro, relativo a la heterogeneidad metodológica: como he indicado poco antes, LD pretende ofrecer categorías para esclarecer el lenguaje del legislador y la ciencia jurídica; la categoría de “pretensión legítima” es una construcción puramente teórica (de hecho, feinbergiana) y su capacidad para esclarecer el lenguaje del legislador es dudosa.

Estos inconvenientes son importantes en la medida en que el normativismo sofisticado, correctamente entendido, debería ofrecer categorías de normas (algunas distinciones no son cualitativas y no avalan la construcción de diferencias categoriales) lo más precisas posibles (siendo indeseables las nociones atécnicas y estructuralmente opacas), a través de la selección de los elementos básicos de conceptos jurídicos complejos —de ahí la importancia de la atomicidad— y mediante la distinción de los elementos heterogéneos bajo algún punto de vista estructural o funcional. De otro modo, será difícil abandonar el nivel de la forma superficial, acceder a la forma lógica de las normas y acometer un laboratorio conceptual de tipologías normativas.

3.2. SOBRE LAS AMBICIONES CUASILINNEANAS DEL NORMATIVISMO SOFISTICADO

Son bien conocidas las reservas que expresó von Wright (1963) a la posibilidad de formular una teoría general de las normas: “Dado que el campo de significado del término ‘norma’ no solo es heterogéneo, sino que tiene límites vagos, sería probablemente fútil intentar crear una teoría general de las normas que cubra todo ese campo” (p. 1.). Esto supondría un golpe fatal para la dúplice ambición de LD de ofrecer un modelo explicativo

de las tipologías de “normas” y sentar las bases de una teoría general de las normas, pues el oportuno reconocimiento de la heterogeneidad normativa frustraría la segunda empresa. Sin embargo, aunque efectivamente se presentan tensiones entre ambas tareas, el propio von Wright (1963) ofrece inmediatamente pistas más prometedoras. Los varios sentidos de “norma” están relacionados y una teoría de las normas debe prestar atención a las afinidades y las relaciones lógicas entre las distintas partes del conjunto del campo semántico de “norma” (p. 1).

Así, el teórico que reconozca un cierto pluralismo en las tipologías normativas (“normativismo sofisticado”) y que pretenda explicarlo, puede aplicar el epígrafe de Perec que abre este trabajo como una —tal vez ingenua, pero fructífera— directriz metodológica. En efecto, el teórico normativista puede tener las expectativas legítimas de ofrecer definiciones por género y diferencia de los diferentes tipos de normas. Naturalmente resulta excesivo convertir al teórico en una suerte de aprendiz de Linneo, y pretender que dé una “binomenclatura” por género y especie. Aunque solo sea por las dificultades que Bentham advirtió en la aplicación de semejantes definiciones para conceptos abstractos como el de “norma”, que son conceptos supra ordenados.⁴⁴

En todo caso, hay maneras de reconocer estas dificultades y, precisamente, estos distintos incidentes teóricos que se presentan cuando pretendemos clasificar tipos de normas y emplear una definición por género y diferencia, con unas pretensiones comedidas, para las tipologías normativas. Preliminarmente, para que una definición por género y diferencia sea posible e iluminadora es necesario que puedan identificarse [1] un género en que se inscribe el concepto definido y [2] una característica común a todos los objetos que se inscriben en el concepto definido, y solo para esos objetos. Para ser iluminadora, además de precisa, la definición [3] debe captar como diferencias rasgos relevantes y [4] debe dar cuenta en lo posible del uso corriente del término definido.⁴⁵

En lo que atañe a los géneros, antes señalaba una gran diferencia entre dos tipos de normas: normas prescriptivas y normas constitutivas. Si puede apreciarse semejante división, es interesante explorar si las tipologías normativas que encontramos en LD son reconducibles a uno u otro de tales tipos. En primer lugar, hay buenas razones para sostener que son especies del género “norma prescriptiva”: las normas obligativas, las normas permisivas y las normas prohibitivas —en concreto, penales o sancionatorias—.

En segundo lugar, hay buenas razones para sostener que son especies del género “norma constitutiva” o, si se prefiere de normas determinativas o, genéricamente, definitorias, en la medida de que establecen condiciones para un cierto resultado: las normas de competencia, las normas definitorias (en sentido estricto), las normas de

⁴⁴ Véase Fernández (2023, p. 77).

⁴⁵ Véase Celano (1999, pp. 21-22).

presunción y las normas de ficción —si es que cabe equiparar estas dos tipologías funcionalmente con enunciados calificatorios—. Como ya he señalado, las instancias de derechos y sus posiciones normativas correlativas pertenecen a una y otra categoría: pretensiones y libertades (y deberes y no-derechos) a las normas prescriptivas; poderes e inmunidades (y sujeciones e incompetencias) a las normas constitutivas. Por su parte, puede sostenerse que las costumbres tienen una dimensión institucional (normas constitutivas), pero suelen consistir en normas de conducta (normas prescriptivas). Por último, los principios encuentran aquí un difícil encaje, pues no se distinguen por una autonomía funcional; antes bien, suele entenderse que son instancias de normas prescriptivas y su especialidad estructural —de representarse como condicionales normativos— no radica en el consecuente (como digo, una modalización deóntica de una conducta), sino en su antecedente, un antecedente abierto, con condiciones no exhaustivamente enumeradas, susceptible de excepciones implícitas.

Por supuesto, lo verdaderamente interesante consiste en aclarar en qué medida pueden reconducirse tipologías de normas a géneros normativos y analizar de forma pormenorizada las diferencias entre ellas. Porque detrás de todo buen Linneo normativista se encuentra un buen Darwin normativista.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2011). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Fontamara.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2021). *Análisis lógico y derecho*. Trotta.
- Arriagada, M. B. (2018). "Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad". *Revus*, (35), 1-37. <https://doi.org/10.4000/revus.4095>.
- Austin, J. L. (1979). *Philosophical papers*. Clarendon Press.
- Barberis, M. (2014). *Introduzione allo studio del diritto*. G. Giappichelli Editore.
- Bentham, J. (1996). *An introduction to the principles of Morals and Legislation*. Clarendon Press.
- Bentham, J. (1970). *Of laws in general*. Athlone Press.
- Carnap, R. (1959). *Introduction to Semantics and formalization of Logic*. Harvard University Press.
- Celano, B. (1999). *La teoria del diritto di Hans Kelsen*. Il Mulino.
- Chiassoni, P. (2016). *Da Bentham a Kelsen*. G. Giappichelli Editore.
- Conte, A. G. (1995). *Filosofia del linguaggio normativo*. G. Giappichelli Editore.
- Duarte, D. (28 de junio de 2021). *Rights as formal combinations of normative variables* [manuscrito inédito]. Ponencia en IV Lisbon Meeting on Legal Theory.
- Duarte, D. (2023). "Norm individuation: a passage in time". *Lisbon Public Law Working Paper Series*, (2023-6). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4501592>
- Fernández Núñez, M. (2023). *Derechos e intereses: qué podemos aprender de la analytical jurisprudence of rights*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2013). *Distinguendo ancora*. Marcial Pons.
- Guastini, R. (2017). *Filosofia del diritto positivo. Lezioni* (Vol. 108). G. Giappichelli Editore.
- Guastini, R. (2018). "Dos concepciones de las normas". *Revus*, (35). <https://doi.org/10.4000/revus.3810>
- Kelsen, H. (2018). *Teoría general de las normas*. Marcial Pons.
- Mendonca, D. (2020). *Ontología y lógica de las normas*. Fontamara.
- Mendonca, D. (2022). Ontología y lógica de las normas. En J. J. Moreso, P. E. Navarro, J. L. Rodríguez, J. Ferrer Beltrán (Coords.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del derecho contemporánea* (Vol. 1, pp. 139-144). Marcial Pons.
- Mendonca, D. (2023). *El lenguaje del derecho*. Marcial Pons.

Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal: parte general*. Reppertor.

Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.

Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2022). Concepciones de las normas. En J. J. Moreso, P. E. Navarro, J. L. Rodríguez, J. Ferrer Beltrán (Coords.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del derecho contemporánea* (Vol. 1, pp. 185-204). Marcial Pons.

Perec, G. (2003). *Penser/classer*. Seuil.

Rodríguez, J. L. (2022). *Teoría analítica del derecho*. Marcial Pons.

Vanderweken, D. (1988). *Les actes de discours*. Pierre Mardaga.

von Wright, G. H. (1963). *Norm and action: a logical enquiry*. Kegan Paul.