

ANUARIO

Nº41 · 2025

**La normatividad de *El lenguaje del derecho*:
comentarios al libro de
Daniel Mendonca**

Páginas 76-95

LA NORMATIVIDAD DE *EL LENGUAJE DEL DERECHO*: COMENTARIOS AL LIBRO DE DANIEL MENDONCA

Pedro Caballero Elbersci
Universidad Iberoamericana

RESUMEN

Este trabajo se inserta en el marco de la discusión del libro “El lenguaje del derecho” (2023) de Daniel Mendonca, que tiene lugar en el número 41 del Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Este artículo funge como colofón de la discusión previa entre Miguel Fernández Núñez, Francisco Pérez Vargas, Eliana Dugarté y el autor de este libro. En la introducción, expreso las razones por las cuales creo que este libro trata un tema importantísimo para la teoría general del derecho y que lo hace de una manera claramente valiosa. En la primera sección, identifico tres posiciones que el autor defiende, pero que podría haber desarrollado más extensamente. La primera sobre el método de la filosofía, la segunda sobre el propósito explicativo de la teoría del derecho y la tercera sobre la noción de interpretación. En la segunda sección, argumento que la posición de que las normas son, ontológicamente, entidades “ideales” puede llevar a una confusión. En la tercera sección, discuto el entendimiento de la autoridad jurídica en términos de las normas de competencia. En la última sección, argumento que la explicación de las costumbres jurídicas en términos de las convenciones sociales no logra dar cuenta del carácter normativo atribuido a las costumbres.

PALABRAS CLAVE

Daniel Mendonca, el lenguaje del derecho, autoridad jurídica, normatividad social.

THE NORMATIVITY OF *EL LENGUAJE DEL DERECHO*: COMMENTS ON DANIEL MENDONCA’S BOOK

RESUMEN

This article is inserted in the discussion of Daniel Mendonca’s book “The Language of Law” (2023), which takes place in issue 41 of the Anuario de Filosofía Jurídica y Social. The article serves as the colophon of the previous discussion between Miguel Fernández Núñez, Francisco Pérez Vargas, Eliana Dugarté, and the author of the book. In the introduction, I set out the reasons why I believe this book addresses a crucial topic for general legal theory and does so in a valuable way. In the first section, I identify three positions that the author defends, but which could have been developed more extensively: the first on the method of philosophy, the second on the explanatory purpose of legal theory, and the third on the notion of interpretation. In the second section, I argue that the position that norms are, ontologically, “ideal” entities can lead to confusion. In the third section, I discuss the understanding of legal authority in terms of norms of competence. In the last section, I hold that the explanation of legal customs in terms of social conventions fails to account for the normative character attributed to customs.

KEYWORDS

Daniel Mendonca, the language of law, legal authority, social normativity.

1. INTRODUCCIÓN

En el número 40 del Anuario de Filosofía Jurídica y Social se discute el libro “El lenguaje del derecho” (2023) de Daniel Mendonca. A grandes rasgos, la discusión tiene el siguiente contenido –para más detalles sugiero que se lean cada una de las contribuciones.

Miguel Fernández Núñez expone tres puntos críticos. Primero, critica la concepción de las normas adoptada por el autor. Segundo, expone algunas reticencias sobre el tipo de empresa que se requiere para realizar uno de los propósitos explicativos principales del libro: presentar una clasificación o tipología (sofisticada) de las normas jurídicas. Tercero, afirma que la manera en la que este propósito busca ser realizado tiene algunas dificultades particulares.

Francisco Pérez Vargas expone tres comentarios críticos distintos sobre un mismo punto: la noción de aceptación que el autor utiliza para explicar las presunciones en el ámbito del derecho. Primero, contrasta la noción de aceptación con la noción de creencia. Segundo, analiza las propiedades de inestabilidad y transitoriedad de la aceptación. Finalmente, examina la derrotabilidad de las presunciones.

Eliana Dugarté explora el tratamiento que ofrece el autor sobre la costumbre en el derecho. Presenta también tres comentarios críticos sobre este aspecto del derecho: el primero sobre las condiciones de existencia de las costumbres jurídicas; el segundo sobre el fundamento normativo de las costumbres jurídicas; el tercero sobre la eficacia de las costumbres en el ámbito del derecho.

Seguidamente, Daniel Mendonca responde a estas críticas de manera decidida. Se concentra, sobre todo, en su concepción de las normas, en su posición sobre la ontología de las normas, en su entendimiento de los permisos jurídicos, en su concepto de aceptación para elucidar la noción de presunción y en su estrategia para explicar las costumbres en el ámbito del derecho.

Mi argumentación se conecta con algunos de los puntos críticos presentados precedentemente en dichas contribuciones, pero no se superpone, en su contenido, con ninguno de ellos. La argumentación de este artículo tiene la siguiente estructura. En la primera sección, identifico tres posiciones del autor sobre las que, por su importancia, creo que habrían merecido un desarrollo un poco más extenso. La primera sobre el método de la filosofía, la segunda sobre el propósito explicativo de la teoría general del derecho y la tercera sobre la noción de interpretación. En la segunda sección, argumento que la posición que expresa que las normas son, ontológicamente, entidades “ideales” puede llevar a una confusión. En la tercera sección, discuto el

entendimiento de la autoridad jurídica en términos de la noción de normas de competencia. En la última sección, sostengo que la explicación de las costumbres jurídicas en términos de la noción de convenciones sociales no logra dar cuenta del carácter normativo atribuido a las costumbres.

Los argumentos que presento en este artículo tienen el propósito de estimular la discusión sobre este libro de Mendonca. No tengo la intención de presentar ningún argumento definitivo sobre las discusiones presentadas en este número, porque no creo tener la última palabra sobre el entendimiento de ninguno de los temas que este libro abarca ni sobre los argumentos que los comentaristas han presentado. Sin embargo, creo que algunas de las explicaciones que el autor ofrece en este libro podrían ser desarrolladas ulteriormente y otras podrían ser beneficiosamente vistas también desde otra perspectiva. Espero que el autor, así como los demás lectores de este número, encuentren en las siguientes páginas algunos argumentos que estimulen aún más la sofisticada reflexión sobre el derecho y, más en particular, sobre las normas jurídicas expuesta por Mendonca en el “Lenguaje del derecho”.

Antes de comenzar, quiero expresar que, desde mi punto de vista, este es un libro importante para la teoría general del derecho, porque se ocupa de distintos aspectos de las normas jurídicas y las normas jurídicas son los objetos de estudio quizás más centrales de la teoría general del derecho. Además, creo que este es un libro extraordinario, por la manera en la que el autor resume las principales posiciones ofrecidas sobre distintos asuntos relacionados con las normas jurídicas para luego presentar su propia posición sobre esos asuntos. Esto requiere un gran dominio de la extensa y compleja literatura relevante, así como una formidable capacidad de análisis. Por último, adhiero a la idea de que este es un libro valioso, porque ofrece un entendimiento de algunos aspectos característicos comunes a los distintos tipos de normas jurídicas, así como de una tipología sofisticada de las normas jurídicas, que ayudan a entender la complejidad y la particularidad del fenómeno jurídico contemporáneo.

2. TRES POSICIONES IMPORTANTES

En esta sección presentaré tres posiciones que el autor sostiene y que creo que podrían haber sido desarrolladas un poco más. El propósito de esta sección es simple y tiene un carácter crítico sumamente limitado, porque no se discuten posiciones que el autor haya desarrollado completamente. En este entendimiento, se identifican estas posiciones, se sustenta que son importantes y que, por lo tanto, habrían merecido una mayor precisión o desarrollo.

La primera de estas posiciones es sobre el método de la filosofía. No creo que tenga que argumentar sobre la importancia de este asunto para la filosofía y, por transitividad, para la filosofía y teoría del derecho. En el primer párrafo de la introducción, Mendonca dice que:

es fácil afirmar que este es un estudio de análisis filosófico, aunque es difícil explicar en qué consiste el análisis filosófico. La historia de la filosofía analítica recoge, al menos, dos formas diferentes de análisis [...] Sin embargo, un gran número de filósofos analíticos se ubica en posiciones intermedias entre esas dos líneas, asumiendo, por lo común, tres consignas: (1) el análisis del lenguaje constituye una condición necesaria de la labor filosófica, (2) la lógica sirve como instrumento eficaz en el proceso de clarificación de conceptos, y (3) en la actividad filosófica es necesaria una actitud favorable hacia el conocimiento y cautelosa hacia la metafísica. Adoptaré estas consignas en la labor¹.

En cuanto a la consigna (3), asumo que Mendonca, que cita seguidamente a Rabossi (1972), se está refiriendo a la concepción de la metafísica que se estaba discutiendo y criticando entre 1920 y 1950, principalmente por parte de Bertrand Russell, G.E. Moore y algunos miembros del Círculo de Viena, en las primeras décadas de la filosofía analítica. Se trata de aquella concepción de la metafísica concebida como una empresa explicativa sobre la realidad que se compromete en el lenguaje objeto con entidades carentes de verificación o de imposible verificación y/o que se compromete en el lenguaje de análisis (metalenguaje) con nociones conceptualmente imprecisas sobre esas entidades. Sin embargo, en el mismo ámbito de la filosofía analítica, pero en una etapa sucesiva, que se indica como iniciada por el debate entre Quine y Carnap en la década de 1950, la metafísica (analítica) tuvo una especie de resurgimiento y, sobre todo, rediseño de sus propósitos y métodos explicativos, que la han llevado a que hoy en día sea comúnmente considerada (después de, o junto con, la filosofía del lenguaje) como una de sus disciplinas principales². Por esto, en la afirmación de Mendonca «en la actividad filosófica es necesaria una actitud cautelosa hacia la metafísica», no es del todo claro cuál es el significado del término “metafísica” y, en un libro publicado en el 2023, que se presenta como un estudio de filosofía analítica, esta afirmación podría –y quizás debería– haber sido precisada o desarrollada ulteriormente.

La segunda de estas posiciones es sobre el propósito explicativo de la teoría general del derecho. También en la introducción, pero ahora en el último párrafo, Mendonca dice que:

¹ Mendonca (2023, p. 13).

² Simons (2013). El debate entre Quine y Carnap inicia con el famoso artículo de Quine “On What there is” (1948) y continúa en Carnap (1950) y en Quine (1951a y 1951b).

El propósito de estudio [del libro] es analizar esos distintos tipos de normas y elaborar un aparato conceptual adecuado para una teoría general de las normas jurídicas, entendida como el estudio respecto de ciertas clases de normas jurídicas, cualquiera que sea la rama del ordenamiento a la que ellas pertenezcan³.

Sobre esta cita, solo quiero expresar un comentario de paso. De acuerdo con lo que dice Mendonca, se podría pensar que una teoría *general* de las normas jurídicas tiene un doble carácter de generalidad: la generalidad con respecto a *las distintas ramas* de un ordenamiento jurídico y la generalidad con respecto a *los distintos ordenamientos jurídicos* a los que dichas normas pertenecen. Este segundo carácter de generalidad es aquel que se suele ser atribuido a la teoría *general* del derecho. Una vez explicitado este doble carácter de generalidad de la teoría general de las normas jurídicas, no tengo nada más que decir sobre este punto. Sin embargo, relacionado con este punto, seguidamente, Mendonca dice que:

Parece claro que lo que hoy interesa a una disciplina que merezca la denominación de “teoría general del derecho” es la construcción de un aparato analítico suficiente para permitir una explicación racional de las nociones utilizadas por el derecho y por la ciencia del derecho. [...] Parece imprescindible elaborar un orden de conceptos de relativa riqueza explicativa, útiles para adoptar una actitud crítica frente a los productos de la ciencia del derecho. Desde luego, la elaboración de conceptos y de teorías es una inquietud que, desde siempre, ha sido vista como el despertar de una actitud filosófica⁴.

Encuentro esta última afirmación un tanto oscura. Aunque la afirmación que quiero destacar no es esta, sino la que se encuentra en las primeras líneas de la cita. Es decir, aquella que expresa que *la teoría general del derecho* es una disciplina interesada en “la construcción de un aparato analítico suficiente para permitir una explicación racional de las nociones utilizadas por el derecho y por la ciencia del derecho”. Tampoco creo tener que argumentar a favor de la importancia de esta posición para la teoría general del derecho. Creo que esta afirmación habilita dos interpretaciones. La primera es que la teoría general del derecho no es otra cosa que un conjunto de conceptos rigurosamente contruidos que sirven para explicar racionalmente las nociones utilizadas por el derecho y por la ciencia del derecho. La segunda es que la teoría general del derecho no es solo eso, sino que presupone eso, pero además es una empresa explicativa sobre los aspectos característicos centrales del fenómeno jurídico contemporáneo, desde una perspectiva general que incluye distintos ordenamientos. Algunos autores llamarían a la

³ Mendonca (2023, p. 15).

⁴ Mendonca (2023, p 15).

primera tarea “filosofía del derecho”, cuya actividad principal es analizar y diseñar una serie de conceptos rigurosos para explicar qué es el derecho, así como para analizar y perfeccionar el lenguaje de la ciencia del derecho –de la dogmática jurídica– y del propio derecho –de los legisladores y jueces–, mientras que llamarían a la segunda tarea “teoría general del derecho”. De todas maneras, llamar “teoría” *solo* a la primera actividad me parece un poco impreciso. En definitiva, por su importancia, creo que Mendonca, que busca siempre ser riguroso, podría haber precisado o desarrollado un poco más esa posición.

La tercera de estas posiciones es sobre la noción de interpretación. Más adelante, en el capítulo VI, sobre las definiciones, Mendonca dice que:

La actividad consistente en la determinación del significado de un enunciado contenido en un texto legal se denomina comúnmente “interpretación”. Es sabido que el significado de las expresiones depende del uso que se les da, y como se puede variar de un grupo de personas a otro, y de una época a otra, sería ingenuo buscar *el* sentido de las expresiones, porque sería ingenuo creer que a cada expresión le corresponde *un* único sentido, el que podría ser captado o aprendido mediante alguna forma de intuición intelectual. Esto no supone, obviamente, que una expresión no pueda tener un significado más o menos determinado, o que no pueda tener un significado determinable en un lenguaje dado; es posible, en principio, determinar con mayor o menor precisión el significado de una expresión dada en un contexto determinado, aunque tal tarea resulte por lo común difícil y compleja. Como en todo problema empírico, no hay métodos infalibles para obtener el resultado pretendido⁵.

Tampoco creo que haga falta dar razones sobre la importancia de la interpretación para la práctica y la teoría del derecho. La idea que me llama la atención y sobre la que creo que Mendonca podría haber sido más explícito es la siguiente. Si para Mendonca “sería ingenuo buscar *el* significado de las expresiones, porque sería ingenuo creer que a cada expresión le corresponde *un* único significado”, pero “es posible, en principio, determinar con mayor o menor precisión el significado de una expresión dada en un contexto determinado, aunque tal tarea resulte por lo común difícil y compleja”, entonces parecería que la actividad interpretativa no presupone siempre solo un problema empírico –i.e., buscar e identificar el o los significados de expresiones legales–, sino que presupone al menos a veces (en algunos o en muchos casos) también un problema normativo –i.e., de decisión acerca de cómo se debería *determinar*, de acuerdo con algún criterio de corrección (e.g., racionalidad, justicia, u otro), el significado de ciertas expresiones

⁵ Mendonca (2023, pp. 90-91).

legales. De cualquier modo, creo que Mendonca podría haber precisado o desarrollado un poco más este importante punto.

3. SOBRE LA ONTOLOGÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

En esta sección, me concentraré sobre el problema de la existencia de las normas jurídicas. El propósito de esta sección también es simple y tiene un carácter crítico limitado, porque se analiza una posición que el autor tampoco ha desarrollado completamente.

En el capítulo II, sobre las prescripciones, más precisamente en la sección II, sobre las normas prescriptivas, y en la sección III, sobre el problema de la existencia de las normas, Mendonca dice que:

Por lo común, se asume que las normas pueden ser formuladas lingüísticamente, pero no se aclara si hay que considerarlas entidades sintácticas (oraciones, formulaciones, enunciados), actos pragmáticos (actos lingüísticos) o fenómenos semánticos (significados). [...] Sostuve en otra ocasión que es posible articular estas nociones en una misma concepción, identificando y diferenciando tres aspectos distintos y conexos del fenómeno normativo: (1) el acto normativo, (2) la formulación normativa, y (3) la norma. De acuerdo con este punto de vista, el acto normativo es un acto lingüístico, ejecutado por un sujeto determinado en un lugar y tiempo determinado. Por su parte, la formulación resultante del acto normativo, la formulación normativa, es una cadena de expresiones del lenguaje natural, gramaticalmente correcta y completa. Finalmente, la norma es el significado de la formulación normativa expresada con motivo de la ejecución de un acto normativo. Este esquema explicativo permite especificar y diferenciar adecuadamente, según creo, el 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)⁶.

La concepción sobre los componentes lingüísticos comunes de las normas jurídicas (pragmático, sintáctico y semántico) me parece adecuada, precisa y claramente presentada. Sin embargo, la distinción ontológica con respecto a estos componentes (entidades físicas y entidades abstractas-ideales) tiene un aspecto que me parece que puede llevar a una confusión. Me refiero a la posición que sostiene que las normas (en

⁶ Mendonca (2023, p. 35).

su aspecto lingüístico semántico) son, ontológicamente, entidades abstractas *ideales*. En la literatura de la ontología y metafísica analítica, las entidades *abstractas* suelen ser presentadas de dos modos principales: como entidades *independientes* –que no existen en virtud– de otras entidades concretas (físicas, empíricas o factuales) o como entidades *dependientes* –que existen en virtud– de otras entidades concretas⁷. El primer entendimiento suele estar asociado a la idea de que las entidades abstractas son *ideales*, porque dicho entendimiento proviene (desde una perspectiva histórica) del platonismo, que sostiene que en la realidad existen ciertas entidades abstractas que son, a su vez, ideales –i.e., que pertenecen al mundo de las ideas, en términos de Platón, y que este mundo está desconectado del mundo fáctico o empírico–, a las cuales podemos acceder (e identificar) a través de ciertas facultades relacionadas con la razón⁸.

Entiendo que este último no es el modo en el que Mendonca entiende la ontología de las normas jurídicas (en su aspecto lingüístico semántico), por el modo en el que presenta los demás elementos lingüísticos. De todos modos, me parece que la calificación ontológica de las normas jurídicas como entidades abstractas-*ideales* puede generar esta indeseable (desde mi punto de vista) confusión en la explicación de la existencia de las normas jurídicas.

Por otro lado, para cerrar esta sección, creo que una explicación completa sobre la existencia de las normas jurídicas requiere no solo dar una respuesta precisa a la pregunta sobre qué tipo de entidades de la realidad son dichas normas, sino también dar una respuesta precisa a la pregunta sobre cómo adquieren existencia dichas normas⁹. Para brindar una respuesta precisa a esta segunda pregunta, se requiere, al menos, dar cuenta de (i) en virtud de qué *otras entidades* de la realidad las normas jurídicas adquieren existencia y (ii) de qué tipo es la *relación (o relaciones) de dependencia metafísica* que relaciona las normas jurídicas con esas otras entidades de la realidad¹⁰.

4. SOBRE LA AUTORIDAD JURÍDICA Y LAS NORMAS DE COMPETENCIA

En esta sección, analizaré la explicación de la autoridad jurídica en términos de las normas de competencia. Argumentaré que la estrategia de explicar el fenómeno de la autoridad jurídica en términos de las normas jurídicas de competencia no

⁷ Sobre este punto, véase, por ejemplo, Szabó (2003) y Falguera, Martínez-Vidal y Rosen (2022). En la literatura de la teoría del derecho, véase, Agüero-San Juan (2022).

⁸ Uno de los artículos más famosos sobre el platonismo, aunque en el ámbito de la filosofía de las matemáticas, es Benacerraf (1973). Véase también Balaguer (1998).

⁹ En Caballero Elbersci (2022), llamé ontológica a la pregunta ¿qué tipos de entidades existen en la realidad?, mientras que llamé metafísica a la pregunta: ¿cómo adquieren existencia los distintos tipos de entidades de la realidad?

¹⁰ Sobre este punto, véase Schaffer (2009, 2019), Epstein (2015, 2019), Chilovi y Pavlakos (2019, 2021), Chilovi (2020, 2022), Rapetti (2021), Caballero Elbersci (2022) y, sobre todo, Thomasson (2025).

funciona. Seguidamente, ofreceré el inicio de un camino explicativo diverso que considero más prometedor.

En el capítulo I, sobre las competencias, Mendonca comienza distinguiendo correctamente entre dos acepciones distintas e importantes del término 'autoridad'. Dice que este:

Término se utiliza con un sentido normativo (autoridad *de iure*) y con un sentido fáctico (autoridad *de facto*): en un caso indica que alguien tiene una autorización para hacer algo y, en otro, que posee cierta capacidad para lograr que sus decisiones sean acatadas por otros. El sentido normativo presupone un sistema de reglas que otorgan poder para ejecutar válidamente ciertos actos, adoptar legítimamente ciertas decisiones o hacer cierta clase de pronunciamientos. El sentido fáctico, en cambio, hace alusión a una situación de hecho que consiste, básicamente, en la influencia que ejerce un sujeto sobre la conducta de otros¹¹.

Esta distinción entre el sentido normativo y el sentido fáctico del término 'autoridad' es útil para entender dos usos muy distintos que pueden y suelen tener las expresiones que contienen el término "autoridad". En lo que sigue, me concentraré solo en el sentido normativo de este término para analizar el fenómeno de la autoridad jurídica. Sobre todo, me detendré en la constitución e identificación de las autoridades jurídicas, que sirve para explicar, entre otras cosas, la relación que existe entre la autoridad normativa (o emisor de una norma) y los sujetos normativos (o destinatarios de una norma) en el ámbito del derecho.

En la sección II de este capítulo, titulada "Autoridad y superioridad física", Mendonca critica la propuesta explicativa de von Wright, en términos de superioridad física, para identificar las autoridades normativas de una comunidad. Considero que las objeciones de Mendonca son acertadas. Seguidamente, en la sección III, titulada "Autoridad y competencia", Mendonca presenta su propuesta explicativa sobre esta cuestión. Al inicio de esta sección III, el autor dice que:

Un modo alternativo de interpretar la relación entre la autoridad y los sujetos consiste en reemplazar la noción de superioridad física por la noción de competencia. Desde este punto de vista, una autoridad normativa es competente para dictar una norma cuando el acto de dictar la norma en cuestión está autorizado por otra norma dentro del sistema de referencia. De este modo, la identificación de autoridades jurídicas no puede llevarse a cabo sino recurriendo a normas jurídicas: autoridades normativas de derecho son

¹¹ Mendonca (2023, p. 17).

los individuos nombrados por un procedimiento previsto en el propio sistema jurídico con poder para ejecutar actos normativos, esto es, actos de promulgación y derogación de normas. Toda propuesta que prescinda de normas jurídicas válidas en la identificación de autoridades de derecho se halla irremediabilmente destinada al fracaso¹².

Me parece que esta manera de explicar el fenómeno de la autoridad normativa jurídica es circular. Según esta propuesta, la autoridad normativa jurídica se constituye por las normas jurídicas de competencia –aquellas que brindan los criterios para que un sujeto (S) sea una cierta autoridad normativa jurídica (ANJ). De acuerdo con esto, un S es una ANJ en virtud de las normas de competencia de un sistema jurídico. Sin embargo, esas normas de competencia de ese sistema jurídico son tales en virtud del ejercicio de la función de dicha ANJ. Tomemos el ejemplo de los legisladores. Un sujeto será constituido como un legislador (una ANJ) por las normas jurídicas de competencia de un sistema jurídico. Sin embargo, esas normas jurídicas de competencia de ese sistema jurídico serán constituidas por el ejercicio de la función de dicho legislador (una ANJ). No me estoy olvidando del hecho de que los legisladores que constituyen (o crean) una norma de competencia no son necesariamente los mismos que aquel legislador que luego será constituido como tal a través de dichas normas de competencia. Pero este no es el punto. El punto es que, de acuerdo con esta propuesta, no habría legisladores sin normas de competencia, pero tampoco habría normas de competencia sin legisladores. Dicho en términos generales, siguiendo esta propuesta, no habría autoridad normativa jurídica sin normas jurídicas de competencia –aquellas que brindan las condiciones para que un cierto S pueda ser constituido como una ANJ–, pero tampoco habría normas jurídicas de competencia sin ciertos sujetos que hayan sido constituidos como una autoridad normativa jurídica¹³.

Este argumento no conduce a sostener que no existan normas de competencia en el derecho o, dicho más precisamente, en los sistemas jurídicos modernos. Mendonca ofrece muchos y buenos ejemplos de normas de competencia en el derecho. En cambio, este argumento conduce a sostener que esta estrategia explicativa para dar cuenta del fenómeno de la autoridad normativa (su constitución y su identificación), en el derecho y en otros ámbitos normativos, no funciona; porque no logra explicar lo que se propone explicar; porque es una estrategia explicativa circular.

Personalmente, creo que hay otra estrategia explicativa más prometedora, que se basa, entre otras cosas, en distinguir entre dos dimensiones normativas en el proceso de *institución* (e identificación) de las autoridades jurídicas. Esta explicación no se ofrece en

¹² Mendonca (2023, p. 19).

¹³ Este problema es similar al problema que tiene Hart al sostener que la regla de reconocimiento es una regla *del* sistema jurídico y no una regla *externa al* sistema jurídico (una meta-regla). Esto le lleva a exponer un argumento circular entre la regla de reconocimiento y las reglas de adjudicación. Sobre este punto, véase, Ruiz Manero (1990), Bulygin (1991) y Figueroa Rubio (2022).

términos de normas, sino de actitudes prácticas (que son sociales y no mentales). Estas actitudes prácticas pueden ser de dos tipos generales: actitudes prácticas de reconocimiento y actitudes prácticas de aceptación. Según esta propuesta, la *institución* de las autoridades jurídicas se produce en virtud de la manifestación de actitudes prácticas de reconocimiento por parte de los agentes que impactan en dos niveles normativos distintos: el nivel de la *institución* de los *miembros* de una comunidad y en el nivel de las *autoridades* (en este caso, jurídicas) de esa comunidad. Según esta propuesta, la *constitución* de las normas de competencia, así como de los demás tipos de normas jurídicas, presupone los dos procesos de *institución* anteriores e incluye otro proceso: la manifestación de actitudes prácticas de aceptación (por parte de las autoridades jurídicas ya instituidas y de los demás miembros de la comunidad) que tiene la función de *constituir a*, y de *articular* el contenido de, las normas jurídicas¹⁴.

5. SOBRE LAS COSTUMBRES, LAS CONVENCIONES Y LA NORMATIVIDAD

En esta última sección, me ocuparé de la explicación de Mendonca sobre el fenómeno de la costumbre en el ámbito del derecho. Sostendré que, siguiendo una cierta literatura (cada vez más importante, sobre la normatividad social) la explicación de las costumbres jurídicas en términos de la noción de convenciones sociales (incluso de aquellas pretendidamente “normativas”) no logra dar cuenta del carácter normativo atribuido a las costumbres jurídicas.

En el capítulo IX, sobre las costumbres en el derecho, Mendonca presenta, en la primera sección, titulada “Las convenciones sociales”, la famosa propuesta de David Lewis (1969). Luego, rechaza esta propuesta acerca de las convenciones sociales, porque no da cuenta del carácter normativo de las convenciones sociales. Aunque, como dice Mendonca, ese no era el propósito explicativo de Lewis. Este autor se propuso ofrecer una explicación de las convenciones sociales en términos exclusivamente fácticos.

En la segunda sección, Mendonca presenta el enfoque de Margaret Gilbert sobre las convenciones sociales y sobre su carácter normativo. En cuanto a este punto, Mendonca dice lo siguiente:

La idea del carácter normativo de las convenciones y las costumbres es recurrente en el ámbito de la filosofía de las ciencias sociales. En ese contexto se sostiene, por ejemplo, que las convenciones y las costumbres “son como normas”, en tanto influyen sobre la conducta y ejercen “presión normativa” sobre los miembros del grupo social; o que son modos de conducta

¹⁴ Expuse esta estrategia explicativa de manera provisoria en Caballero Elbersci (2024) y de manera completa y detallada en el último capítulo de Caballero Elbersci (2025).

generalmente seguidos y vividos “como obligatorios” por los miembros del grupo social. En el contexto de la filosofía del derecho se sostiene, incluso, que las costumbres constan de dos elementos: un elemento objetivo, consistente en la regularidad de ciertas conductas, y un elemento subjetivo, consistente en la creencia de que tal conducta es obligatoria, prohibida o permitida. Volveré en breve sobre la definición de “costumbre”¹⁵.

Anticipo que mi crítica tendrá como *target* a esta manera de explicar la “normatividad” de las convenciones y costumbres; pero antes de exponerla, quisiera completar la presentación de la argumentación de Mendonca sobre las costumbres jurídicas. Inmediatamente después del párrafo apenas citado, pero en la sección tercera, titulada “Las reglas convencionales”, Mendonca presenta brevemente la propuesta de Andrei Marmor (2009) sobre las reglas convencionales, que utiliza una lectura “normativa”, en los términos expuestos en la cita anterior, de la propuesta explicativa de Lewis (1969) acerca de las convenciones sociales. Aunque no lo haya dicho explícitamente, entiendo que Mendonca considera esta propuesta insatisfactoria.

Finalmente, en la sección cuarta y última de este capítulo, titulada “La costumbre como convención y como norma”, Mendonca sostiene que quien ha logrado presentar de una manera esclarecedora el carácter normativo de las costumbres jurídicas, a través de la noción de convenciones sociales, es Bruno Celano (2000). La base de la propuesta de Celano se encuentra en la distinción entre costumbres como regularidades de conductas y costumbres como normas consuetudinarias. En palabras de Mendonca:

1. “Costumbre” como regularidad de conducta o costumbre-regularidad. En una situación recurrente S, existe una costumbre (regularidad de conducta) entre los miembros de un grupo G si, y solo si, dado un cierto tipo de acción X que puede ser realizada intencionalmente en cada instancia de S: (1) cada uno de los miembros de G hace X, (2) cada uno de los miembros de G hace X en S porque prefiere hacer X, y (3) cada miembro de G prefiere hacer X en S porque los demás miembros de G prefieren hacer X en S. 2. “Costumbre” como norma consuetudinaria o costumbre-norma. En una situación recurrente S, existe una costumbre (norma consuetudinaria) entre los miembros de un grupo G si, y solo si, dado un cierto tipo de acción X que puede ser realizada intencionalmente en cada instancia de S: (1) cada uno de los miembros de G hace X; (2) cada uno de los miembros de G hace X porque cree que tiene el deber de hacer X, y (3) cada uno de los miembros de G cree que tiene el deber de hacer X porque: a) cree que normalmente se hace X y que en el pasado siempre se ha hecho X, b) cree que tiene el deber de hacer aquello que se hace normalmente y que en el pasado siempre se ha hecho, y c) cree que

¹⁵ Mendonca (2023, p. 121).

tiene el deber de cumplir la norma “Se debe hacer aquello que se hace normalmente y que en el pasado siempre se ha hecho”, bajo la condición de que cada uno de los demás miembros de G crea también que es su propio deber cumplirla (bajo la misma condición de reciprocidad)¹⁶.

Mendonca concluye que esta segunda manera de entender las costumbres (como normas consuetudinarias) y de explicar su carácter normativo no es solo esclarecedora, sino también correcta para dar cuenta de las costumbres jurídicas. Termina este capítulo introduciendo algunos ajustes menores en la propuesta de Celano sobre las costumbres, la cual combina con la propuesta de Gilbert sobre el carácter normativo de las convenciones sociales.

Si bien considero que es verdad que la propuesta de Celano es superadora con respecto a las demás propuestas mencionadas, porque presenta de manera clara un elemento que podría ser entendido como normativo –i.e., la creencia en el deber de actuar de cierta manera–, creo que esta propuesta, así como las demás que son presentadas en este capítulo, no logran explicar adecuadamente el carácter propiamente normativo de las normas sociales, incluidas las costumbres jurídicas. La razón principal es que la explicación de la normatividad que ofrecen estas propuestas no está construida a través de nociones propiamente normativas (que tengan la capacidad de dar cuenta del aspecto normativo de las prácticas sociales) y, por lo tanto, no logran explicar aquello que se proponen explicar.

Como se puede leer en las citas anteriores, la estrategia de Mendonca (que se basa en las propuestas de Gilbert y Celano) consiste en explicar las costumbres jurídicas en términos de las convenciones sociales, el carácter normativo de las convenciones sociales en términos de la creencia en el deber de actuar de cierta manera y la creencia en el deber de actuar de cierta manera en términos de aquel modo de conducta generalmente seguido y vivido como obligatorio por los miembros de una comunidad. Este entendimiento tiene un problema eventual, que puede ser eliminado de una manera relativamente simple, y otro problema más serio, que creo que no puede ser eliminado o que su eliminación requiere un mayor esfuerzo.

El primer problema suele ser presentado como el problema del error en el criterio de corrección. Este es el problema que tienen todas aquellas explicaciones de la normatividad en términos de una noción que no logra dar cuenta de su carácter social. Si para explicar la normatividad se debe hacer uso de alguna noción de corrección (como se debe hacer para poder decir que una acción o actitud es acertada o errónea), pero se explica esta noción de corrección en términos de otra noción (como la de creencia de un agente) que no logra dar cuenta del carácter social del criterio de corrección, entonces

¹⁶ Mendonca (2023, p. 123)

esta explicación de la normatividad tiene el problema del error individual en el criterio de corrección sobre el cual se asienta su explicación de la normatividad¹⁷. Este problema eventual de la propuesta de Mendonca puede ser evitado de una manera simple. Basta apelar, como probablemente estaba pensando el autor, a la noción de creencias compartidas por los miembros de una comunidad, en vez de apelar a la noción de creencia de un agente¹⁸.

El segundo problema, más serio, puede ser presentado como el problema de la incapacidad de aquellas nociones que pueden explicar elementos fácticos, pero no elementos normativos en el criterio de corrección. Dicho en pocas palabras, la noción de creencia e incluso la noción de creencias compartidas (por más que el contenido de esa creencia sea el deber de actuar de cierta manera) no tienen la capacidad de explicar el carácter propiamente normativo de los criterios de corrección. Como expuso Robert Brandom, de una manera detallada y correcta (desde mi punto de vista), la noción de creencias, así como la noción de disposiciones para actuar de cierta manera, es una noción que tiene la capacidad de dar cuenta de un elemento fáctico (justamente, las creencias o disposiciones para actuar que un agente o un grupo de agentes tiene en un cierto momento, lugar y modo); pero no tiene la capacidad de dar cuenta del elemento normativo con respecto a la selección de una secuencia de casos en los cuales se manifiesta una regla, más la evaluación y decisión normativa sobre cómo se debe seguir esa secuencia de casos en los cuales se manifiesta la regla¹⁹. Personalmente, creo que la noción de creencias (incluso aquella que pueda ser reconducida a las creencias compartidas por un grupo de individuos) no tiene esa capacidad explicativa.

¹⁷ Porque de esta manera, como dice Wittgenstein, «es correcto lo que en cualquier caso me parezca correcto. Y esto quiere decir que no puede hablarse de corrección», Wittgenstein (1953, §258).

¹⁸ Esta es la estrategia de Bayón (1991; 2002) y de muchos otros teóricos del derecho que se basan en esta estrategia.

¹⁹ Brandom (1994, p. 29).

BIBLIOGRAFÍA

- Agüero-San Juan, S. (2022). “¿Son las normas jurídicas entidades u objetos abstractos?”. *Isonomia: revista de teoría y filosofía del derecho*, (57), 69-101. <https://doi.org/10.5347/isonomia.57/2022.454>
- Bayón, J.C. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Centro de estudios constitucionales y políticos.
- Bayón, J.C. (2002). “Derecho, convencionalismo y controversia”. En P. Navarro y C. Redondo (Eds.), *La relevancia del derecho*, (pp. 57-92). Gedisa.
- Brandom, R. (1994). *Making it Explicit*. Harvard University Press.
- Bulygin, E. (1991). “Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero”. *Doxa*, (9), 311-318. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.16>
- Caballero Elbersci, P. (2022). “Sobre la ontología y metafísica de las normas jurídicas”. *Isonomia: revista de teoría y filosofía del derecho*, (57), 34-68. <https://doi.org/10.5347/isonomian57/2022.455>
- Caballero Elbersci, P. (2024). “The Implicit and Fundamental Normative Structure of Legal Practice: Practical Attitudes of Recognition and Practical Attitudes of Acceptance”. En M. Dybowski y otros (Eds.), *Practice theory and law*, (pp. 360-385). Routledge.
- Caballero Elbersci, P. (2025). *La constitución y articulación de las normas jurídicas desde el neo-pragmatismo socio-normativista*. (Publicación aceptada y prevista para julio de 2025). Tirant Lo Blanch España.
- Chilovi, S. y Pavlakos, G. (2019). “Law-Determination as Grounding: A Common Grounding Framework for Jurisprudence”. *Legal Theory*, 25(1), 53-76. <https://doi.org/10.1017/S1352325218000216>
- Chilovi, S. y Pavlakos, G. (2021). “The Explanatory Demands of Grounding in Law”. *Pacific Philosophical Quarterly*, 103(4), 900-933. <https://doi.org/10.1111/papq.12393>
- Chilovi, S. (2020). “Grounding-based Formulation of Legal Positivism”. *Philosophical Studies*, 177(11), 3283-3302. <https://doi.org/10.1007/s11098-019-01370-5>
- Chilovi, S. (2022). “Introducción a la metafísica”. En G. Lariguet y D. González Lagier (Eds.), *Filosofía: una introducción para juristas*. Trotta.
- Carnap, R. (1950). “Empiricism, Semantics and Ontology”. *Revue Internationale de Philosophie*, 4(11), 20-40.
- Epstein, B. (2015). *The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*. Oxford University Press.

- Epstein, B. (2019). "Anchoring versus Grounding: Reply to Schaffer". *Philosophy and Phenomenological Research*, 99(3), 768-781. <https://doi.org/10.1111/phpr.12644>
- Falguera, J., Martínez-Vidal, C. y Rosen G. (2002). Abstract Objects. En N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/abstract-objects/>
- Figuroa Rubio, S. (2022). "Cinco tesis sobre la regla de reconocimiento". *Analisi e Diritto*, 22(1), 83-96.
- Mendonca, D. (2023). *El lenguaje del derecho*. Marcial Pons.
- Simons, P. (2013). "Metaphysics in Analytic Philosophy". En M. Beaney (Ed.), *The Oxford Handbook of The History of Analytic Philosophy*. Oxford University Press.
- Rapetti, P. (2021). "Ontología social y práctica jurídica: la actualización de un debate". *Discusiones*, 26(1), 255-287. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2021.2650>
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Quine, W.V.O. (1948). On What There is. En *From a Logical Point of View*. Harvard University Press.
- Quine, W.V.O. (1951a). "On Carnap's View on Ontology". En *The Ways of Paradox and Other Essays*. Harvard University Press.
- Quine, W.V.O. (1951b). "Two Dogmas of Empirism". En *From a Logical Point of View*. Harvard University Press.
- Szabó, Z. (2003). "Nominalism". En M. J. Loux y D. W. Zimmerman (Eds.), *Oxford Handbook of Metaphysics*, (pp. 11-45). Oxford University Press.
- Thomasson, A. (2025). *Rethinking Metaphysics*. Oxford University Press.
- Schaffer, J. (2009). "On What Grounds What". En D. Manley, D. Chalmers, R. Wasserman (Eds.), *Metametaphysics: New Essays on the Foundations of Ontology*, (pp. 347-383). Oxford University Press.
- Schaffer, J. (2019). "Anchoring as Grounding: On Epstein's the Ant Trap". En *Philosophy and Phenomenological Research*, 99(3), 749-767. <https://doi.org/10.1111/phpr.12645>
- Wittgenstein, L. (1953). *Philosophical Investigations*. Blackwell.