

DANIEL MENDONCA

EL LENGUAJE DEL DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2023

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	13
I. EL MÉTODO ANALÍTICO	13
II. EL ANÁLISIS DEL LENGUAJE	14
III. LAS NORMAS COMO OBJETO DE ANÁLISIS	14
IV. UNA TEORÍA ANALÍTICA DE LAS NORMAS	15
CAPÍTULO I. COMPETENCIAS	17
I. DOS ACEPCIONES DE «AUTORIDAD»	17
II. AUTORIDAD Y SUPERIORIDAD FÍSICA	18
III. AUTORIDAD Y COMPETENCIA	18
IV. LAS NORMAS DE COMPETENCIA COMO NORMAS CONSTITUTIVAS	21
V. NORMAS E INSTITUCIONES	23
VI. PROMULGACIÓN Y DEROGACIÓN DE NORMAS	24
VII. LA LÓGICA DE LA PROMULGACIÓN Y LA DEROGACIÓN	26
VIII. LAS NORMAS DEROGATORIAS	29
CAPÍTULO II. PRESCRIPCIONES	31
I. SEIS ACEPCIONES DE «NORMA»	31
II. LAS NORMAS PRESCRIPTIVAS	33
III. EL PROBLEMA DE LA EXISTENCIA DE LAS NORMAS	35
IV. ORACIONES IMPERATIVAS Y ORACIONES DEÓNTICAS	35
V. ELEMENTOS DE LAS NORMAS PRESCRIPTIVAS	37
VI. LA LÓGICA DEÓNTICA	38

	Pág.
CAPÍTULO III. PRINCIPIOS	43
I. LOS CONFLICTOS MORALES	43
II. LOS DEBERES <i>PRIMA FACIE</i>	45
III. NORMAS, REGLAS Y PRINCIPIOS.....	47
IV. DE LOS PRINCIPIOS A LAS REGLAS	49
V. UN MODELO DE PONDERACIÓN	53
VI. EL PAPEL DE LA DISCRECIÓN JUDICIAL	57
CAPÍTULO IV. PERMISOS	59
I. LA DISTINCIÓN ENTRE «PERMISO FUERTE» Y «PERMISO DÉBIL».....	59
II. DOS VERSIONES DE «PERMISO FUERTE»	60
III. LA IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN.....	61
IV. MANDAR Y PERMITIR	62
V. PERMITIR Y TOLERAR	63
VI. LAS NORMAS PERMISIVAS.....	65
VII. PERMISOS Y DERECHOS.....	67
VIII. PERMISOS PROTEGIDOS.....	67
CAPÍTULO V. DERECHOS	71
I. LAS NORMAS QUE CONSAGRAN DERECHOS	71
II. SIETE ACEPCIONES DE «DERECHO»	72
III. LOS DERECHOS COMO CONGLOMERADOS DE ACEPCIONES... ..	77
IV. CONTEXTOS DE USO DE «TENER UN DERECHO».....	78
V. DERECHOS «JURÍDICOS» Y «MORALES».....	80
CAPÍTULO VI. DEFINICIONES	83
I. LAS DEFINICIONES LEGALES COMO NORMAS.....	83
II. LAS DEFINICIONES COMO REGLAS SEMÁNTICAS.....	85
III. EL USO ESTIPULATIVO DEL LENGUAJE.....	87
IV. LENGUAJE-OBJETO Y METALENGUAJE.....	88
V. DEFINICIÓN E INTERPRETACIÓN.....	90
VI. DEFINICIONES Y CLASIFICACIONES LEGALES.....	91
CAPÍTULO VII. PRESUNCIONES	93
I. LA FÓRMULA DE PRESUNCIÓN	93
II. EL VERBO «PRESUMIR»	94
III. LAS PRESUNCIONES LEGALES.....	97

	Pág.
IV. EL RAZONAMIENTO CON PRESUNCIONES	99
V. LAS NORMAS DE PRESUNCIÓN.....	100
VI. LA CLÁUSULA «SALVO PRUEBA EN CONTRARIO»	102
VII. EL PAPEL INSTRUMENTAL DE LAS PRESUNCIONES.....	102
VIII. BLOQUEO Y DESTRUCCIÓN DE PRESUNCIONES	104
CAPÍTULO VIII. FICCIONES.....	107
I. LAS FICCIONES Y EL «COMO SI».....	107
II. FICCIONES Y ARTIFICIOS LEGALES	108
III. LAS FICCIONES LEGALES COMO NORMAS.....	109
IV. EL RAZONAMIENTO CON FICCIONES.....	111
V. FICCIÓN, VERDAD Y FALSEDAD	112
VI. FICCIONES, PROPOSICIONES Y SUPOSICIONES FALSAS.....	113
VII. FICCIONES Y PRESUNCIONES.....	114
VIII. FICCIÓN Y VALORACIÓN.....	115
CAPÍTULO IX. COSTUMBRES.....	119
I. LAS CONVENCIONES SOCIALES.....	119
II. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LAS CONVENCIONES	121
III. LAS REGLAS CONVENCIONALES	122
IV. LA COSTUMBRE COMO REGULARIDAD Y COMO NORMA.....	122
CAPÍTULO X. SANCIONES.....	125
I. LAS NORMAS PENALES.....	125
II. CINCO CONCEPCIONES DE LAS NORMAS PENALES.....	126
III. ACTOS DE HABLA INDIRECTOS	128
IV. LAS NORMAS PENALES COMO AMENAZAS.....	129
V. SANCIONAR, AMENAZAR Y CASTIGAR.....	131
BIBLIOGRAFÍA.....	135

INTRODUCCIÓN

I. EL MÉTODO ANALÍTICO

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 análisis¹. Algunos filósofos entendieron el análisis filosófico como algo que debe culminar en definiciones o paráfrasis cuyas formas típicas son la de las definiciones explícitas o la de las definiciones contextuales. La idea básica de esta forma de análisis es que se logra clarificar filosóficamente una expresión cuando se arriba a una definición o paráfrasis que explicita el contenido de tal expresión o que muestra su forma lógica. El análisis filosófico así concebido tuvo importantes éxitos, pero con el correr del tiempo las expectativas depositadas en él comenzaron a parecer excesivas. Otros filósofos adoptaron un modelo alternativo. En su opinión, la riqueza significativa del lenguaje ordinario es teóricamente indeseable y, quizá, intratable, por lo que cabe admitir que la claridad filosófica emanará únicamente de lenguajes formalizados construidos de acuerdo con las técnicas estrictas que brinda la lógica formal, dentro de los cuales encuentran un funcionamiento perfectamente regulado las expresiones sujetas a elucidación filosófica. 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 científico y cautelosa hacia la metafísica². Adoptaré estas consignas en la labor.

¹ ACERO, 1985; VON WRIGHT, 1998; GARCÍA SUÁREZ, 1999; STROLL, 2000; GLOCK, 2008.

² RABOSI, 1972.

II. EL ANÁLISIS DEL LENGUAJE

Este estudio se centra en el lenguaje del derecho. Afirmar que un filósofo se centra en el análisis del lenguaje puede querer decir, más precisamente, que sustenta alguna o algunas de las siguientes tesis: (1) los problemas filosóficos se originan en abusos cometidos en directo detrimento del lenguaje cuando se pretende usarlo fuera de los contextos donde cumple cabalmente su función, de modo que las únicas tareas útiles que puede llevar a cabo el filósofo son exhibir tales abusos, y en el mejor de los casos, repararlos; (2) sin prejuizar acerca de la génesis de los problemas filosóficos, parece obvio que un tratamiento adecuado de ellos requiere, como tarea previa indispensable, dominar adecuadamente un cúmulo de distinciones y matices que exhibe el propio lenguaje, aunque ello no garantice la solución ni la disolución de todos los problemas; (3) para tratar problemas filosóficos, sean ellos lo que fueren, debe usarse un lenguaje claro y simple, evitando en lo posible la jerga altamente especializada y generalmente incomprensible que muchos consideran indispensable para hacer filosofía, y (4) la tarea filosófica consiste, básicamente, en la elucidación de conceptos, de manera que hacer filosofía es poner en claro el aparato conceptual presupuesto en el empleo de las palabras y expresiones cruciales del lenguaje considerado³. Desde esta perspectiva, este estudio se sustenta, en mayor o menor medida, en las cuatro tesis anteriores, en particular en las tesis (2) y (4). Consiguientemente, la filosofía desarrollada bien podría calificarse de «analítica», así como también podría merecer la misma calificación la filosofía con la cual dialoga.

III. LAS NORMAS COMO OBJETO DE ANÁLISIS

La unidad de análisis de este estudio son las normas. De acuerdo con una larga y fecunda tradición filosófica, denominada «tradición normativista», el derecho es concebido como un sistema de normas. Así, el concepto de norma ocupa un lugar central en la ciencia jurídica y en la filosofía del derecho. En las últimas décadas, sin embargo, se ha mostrado especial interés por identificar distintos tipos de normas jurídicas (o, si se prefiere, de enunciados jurídicos o disposiciones jurídicas, en tanto expresiones lingüísticas de normas)⁴. El modelo normativista simple, basado en un tipo elemental de norma (norma coactiva), ha sido prácticamente abandonado. En su reemplazo, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, se ha desarrollado y consolidado un modelo normativista sofisticado, basado en diferentes tipos de normas⁵. Desde esa

³ CARRÍO y RABOSI, 1988: 8-10.

⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971; ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996; POZZOLO y ESCUDERO, 2011.

⁵ En esa línea, pueden consultarse ROSS, 1958: 32 y 202-206; BOBBIO, 1958: 67-137; HART, 1961: 33-61; VON WRIGHT, 1963: 21-35; ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 111-115; DWORKIN, 1977: 72-80;

perspectiva, el derecho es un fenómeno normativo particularmente complejo: el derecho organiza el poder (normas de competencia, normas de procedimiento, normas de cambio), regula conductas (normas prescriptivas), consagra derechos (normas permisivas), define conceptos (normas definitorias), impone presunciones (normas de presunción), genera ficciones (normas de ficción), reconoce costumbres (normas consuetudinarias) y establece sanciones (normas penales). De este modo, el derecho configura la realidad jurídica y fija nuestra posición en ella. Sin mucha conciencia, vivimos dentro de ese mundo de normas⁶.

IV. UNA TEORÍA ANALÍTICA DE LAS NORMAS

El propósito de este estudio 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 pertenezcan. Está claro que ciertos tipos de normas se presentan o pueden presentarse en cualquier rama del ordenamiento y en cualquier ordenamiento. Es tarea de la teoría general del derecho analizar esas normas en aquellos aspectos comunes a otras normas de la misma especie, haciendo abstracción de la materia sobre la cual ellas versan⁷.

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 la ciencia del derecho. Esto supone que, aunque ello pueda implicar un cierto desdén hacia problemas calificados como puramente filosóficos, 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 fecunda que, desde siempre, ha sido vista como el despertar de una actitud filosófica⁸.

SCHAUER, 1991: 57-73; ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996; HERNÁNDEZ MARÍN, 1998: 221-277; MORESO y VILAJOSANA, 2004: 61-93; GUASTINI, 2014: 49-82. Una cuidadosa exposición histórica puede verse en CHIASSONI, 2017.

⁶ BOBBIO, 1958: 3; SEARLE, 2010: 129-130.

⁷ BOBBIO, 1980: 79, 92 y 98; HERNÁNDEZ MARÍN, 1989: 31.

⁸ VERNENGO, 1988: 8-9.

CAPÍTULO I

COMPETENCIAS

I. DOS ACEPCIONES DE «AUTORIDAD»

El concepto de autoridad resulta potencial o efectivamente conflictivo. Esto es así, entre otras cosas, por la multiplicidad de sentidos del vocablo «autoridad». Sucede que el 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 otros. En otros términos: el concepto de autoridad implica un conjunto de reglas que determinan quién está habilitado para emitir determinadas directivas, su forma y contenido, o bien hace referencia a un estado de cosas en el cual un sujeto consigue imponer, de alguna forma, sus decisiones a otros, influyendo en su conducta.

Por supuesto, muchas de las autoridades en sentido fáctico son tales sobre la base de que detentan autoridad en sentido normativo. También sucede con frecuencia que las autoridades en sentido normativo son, además, autoridades en sentido fáctico. Sin embargo, entre una forma y otra no existe una conexión necesaria y bien puede darse el caso de alguien que sea autoridad en sentido normativo y que no sea autoridad en sentido fáctico, y viceversa.

II. AUTORIDAD Y SUPERIORIDAD FÍSICA

Von Wright acuñó la expresión «relación normativa» para hacer referencia al vínculo existente entre el emisor de una norma y su destinatario¹. Esto supone que las normas tienen su origen en la voluntad de un agente emisor y que van dirigidas a algún agente para que adopte un determinado curso de acción. De este modo, las normas consisten en directivas dadas por alguien que se halla en posición de autoridad a otro que se encuentra en situación de sujeto destinatario. En otras palabras, es la autoridad quien ordena, permite o prohíbe a determinados sujetos ejecutar ciertos actos o abstenerse de ellos en determinadas ocasiones.

En opinión de von Wright, mandar consiste en conseguir que los agentes hagan o se abstengan de hacer aquellas cosas que se pretende que ellos realicen u omitan². Cuando el que manda puede castigar efectivamente al mandado en caso de desobediencia, se dice que el primero es, en ese sentido, más fuerte que el segundo. Esto supone que mandar es posible solamente cuando la autoridad es más fuerte que el sujeto destinatario del mandato, de tal modo que la habilidad de mandar se funda así lógicamente en una fuerza superior del que manda sobre el mandado³.

Aunque este modo de concebir a la autoridad normativa a partir de la noción de superioridad física parece razonable, existen importantes razones para objetarlo, al menos como criterio general de identificación de autoridades jurídicas. Esto es así porque puede darse el caso de que la autoridad y los sujetos no sean contemporáneos o, incluso, que los sujetos destinatarios sean inexistentes o indeterminados. Bien puede ocurrir que no haya momento alguno en que coincidan la autoridad que dictó la norma y el sujeto a quien se aplica, lo que impediría por completo hablar de una relación de superioridad física. Puede suceder, además, que la autoridad no tenga la pretendida superioridad física respecto de los sujetos destinatarios. Consiguientemente, aunque el poder fáctico resulta importante, desde algún punto de vista, parece no ser suficiente ni necesario para explicar la noción de autoridad jurídica, que no es sino una subclase de la categoría general de las autoridades normativas⁴.

III. AUTORIDAD Y COMPETENCIA

Un modo alternativo de interpretar la relación entre la autoridad y los sujetos consiste en reemplazar la noción de superioridad física por la no-

¹ VON WRIGHT, 1963: 132.

² *Ibid.*: 135.

³ *Ibid.*: 141.

⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 76-77.

ción 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 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 fracaso. En general, salvo excepciones, esta idea parece gozar de aceptación. En otros términos, no hay autoridades jurídicas que no sean establecidas por normas jurídicas, y la identificación de tales autoridades solamente puede llevarse a cabo recurriendo a aquellas normas: una autoridad jurídica es tal cuando existe una norma en el sistema jurídico en cuestión que le atribuye competencia para ejecutar actos jurídicos con efectos sobre terceros.

En lo que no hay acuerdo entre los teóricos del derecho es acerca del carácter de las normas de competencia. Algunos consideran que estas normas son genuinas normas de conducta, esto es, normas que prescriben que algo debe o puede ser (o puede hacerse). Pero incluso los autores que defienden este punto de vista discrepan en cuanto a la cuestión de si las normas de competencia son normas imperativas (que establecen obligaciones) o permisivas. Otros, en cambio, sostienen que tales normas no son asimilables a normas reguladoras de conducta, sino que actúan más bien como definitorias de ciertas prácticas o como atributivas de poder. Un análisis cuidadoso de la literatura especializada permite detectar posiciones muy dispares que, en síntesis, podrían agruparse del siguiente modo⁵: (1) normas de obligación indirecta; (2) normas permisivas; (3) normas definitorias; (4) normas constitutivas, y (5) normas permisivas y definitorias.

(1) Las normas de competencia como normas de obligación indirecta. Ross defendió la tesis de que las normas de competencia son reducibles a normas de conducta, puesto que tanto unas como otras deben interpretarse como directivas dirigidas a los jueces y más precisamente como «directivas que disponen que las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta»⁶; «las normas de competencia hacen que sea obligatorio actuar de acuerdo con las normas de conducta que han sido creadas según el procedimiento establecido en las primeras»⁷. Esta tesis fue reiterada por Nino⁸.

⁵ MENDONCA, 1992: 118-178; FERRER, 2000.

⁶ ROSS, 1958: 32-33.

⁷ *Ibid.*: 113.

⁸ NINO, 1986: 48.

(2) Las normas de competencia como normas permisivas. Este modo de concebir las normas de competencia fue sugerido por von Wright. Las normas de competencia son, en su teoría, normas permisivas de orden superior, es decir, normas que permiten dictar o derogar normas⁹. Estos permisos de orden superior pueden combinarse, naturalmente, con órdenes o mandatos de dictar normas acerca de cierto tipo de actos. Los límites del poder delegado son frecuentemente fijados mediante prohibiciones: la autoridad puede dictar normas de cierto tipo, pero no debe dictar normas de otro tipo. Las normas de competencia, sin embargo, no deben confundirse con tales mandatos.

(3) Las normas de competencia como normas definitivas. Hart insistió en que las normas de competencia («reglas que confieren poder», según su terminología), no son reducibles al esquema general de las normas que imponen obligaciones o prohibiciones. Según Hart, las normas de competencia no exigen determinadas conductas, sino que definen las formas como se ejecutan actos válidos o las condiciones y los límites dentro de los cuales son válidas las decisiones de autoridad¹⁰. El incumplimiento de tales normas no acarrea una sanción o castigo, sino la nulidad del acto, puesto que su quebrantamiento no constituye una infracción o un delito. Cuando no se cumplen las condiciones estipuladas en la norma, el resultado es la nulidad del acto, es decir, el fracaso en el empeño de producir los efectos jurídicos deseados. En un estudio esclarecedor, Bulygin manifestó su adhesión a esta concepción¹¹.

(4) Las normas de competencia como normas constitutivas. De acuerdo con una tesis alternativa defendida por Ross, cabe distinguir entre reglas regulativas y constitutivas: las primeras son aquellas que prescriben ciertos tipos de conductas y las segundas aquellas que crean ciertos tipos de conductas. Ross explica que algunas de estas reglas constitutivas resultan de gran importancia para la vida de una comunidad y señala: «Un acto jurídico es una declaración que (normalmente) produce, en virtud de reglas jurídicas constitutivas, ciertos efectos jurídicos de acuerdo con su contenido», de modo tal que «testar, legislar, fallar un caso, hacer una resolución, no son actos naturales; son actos jurídicos, solo concebibles como constituidos por las reglas jurídicas»¹². Las normas de competencia pertenecen al grupo de las normas constitutivas, afirma Ross¹³. Con alguna variante, Atienza y Ruiz Manero también consideran a las normas de competencia como normas constitutivas¹⁴.

(5) Las normas de competencia como normas permisivas y definitivas. Según Guastini, las normas de competencia son aquellas normas que atribuyen poder normativo a un determinado órgano, esto es, el poder de crear nor-

⁹ VON WRIGHT, 1963: 198.

¹⁰ HART, 1961: 35 y ss.

¹¹ BULYGIN, 1989: 3 y ss.

¹² ROSS, 1968: 60.

¹³ *Ibid.*: 123.

¹⁴ ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 69-99; ATIENZA, 2001: 83.