

La tesis de las “fuentes” y los “frutos” sociales del derecho. Un diálogo entre la metafísica analítica y la teoría de los sistemas jurídicos

*María Cristina Redondo**

Resumen

Este trabajo presenta una discusión sobre el carácter socialmente constituido y constitutivo del derecho. En un primer momento intentaré explicar en qué consiste esta relación constitutiva o de determinación metafísica. En especial, me detendré en el tipo de explicación constitutiva que se apoya en este tipo de relación. Posteriormente, me concentraré en la tesis metafísica del positivismo jurídico según la cual la existencia y el contenido del derecho están determinados por fuentes sociales. Por último, me referiré al modo en el que el derecho se constituye a sí mismo y a otros resultados sociales. En tal sentido, conectaré la tesis de las fuentes sociales con una adicional referida a los frutos sociales que el derecho contribuye a producir.

Palabras clave: Relación metafísico-constitutiva. Tesis de las fuentes sociales del derecho. Reglas constitutivas. Explicación constitutiva

Abstract

This paper presents a discussion about the socially constituted and constitutive character of law. At first, I will try to explain what this constitutive or metaphysical determination relationship consists of. In particular, I will dwell on the type of constitutive explanation that rests on this kind of relationship. Later, I will concentrate on the metaphysical thesis of legal positivism according to which the existence and the contents of law are determined by social sources. Finally, I will refer to how the law constitutes itself and other social results. In this sense, I will connect the thesis of the social sources with an additional one referring to the social fruits that the law contributes to produce.

Keywords: The Grounding Relation. The Social Sources Thesis. Constitutive Rules. Constitutive Explanation.

* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, Via Balbi 30, 16126, Genova, Italia, cristina.redondo@unige.it.

Agradezco los valiosos comentarios de Ricardo Caracciolo y Diego dei Vecchi que me han llevado a reescribir varios puntos de este trabajo y a seguir reflexionando sobre ellos.

1. Introducción

Este trabajo presenta una reflexión sobre el carácter socialmente constituido y constitutivo del derecho. En primer lugar, intentaré explicar en qué consiste la relación constitutiva mediante la que, por una parte, el derecho es producido y, por otra, él produce otros efectos. Posteriormente, me concentraré en la tesis ontológica del positivismo jurídico según la cual la existencia y el contenido del derecho están determinados por fuentes sociales. Por último, conectaré esta tesis con una adicional sobre los frutos sociales que el derecho contribuye a producir.

1.1. En la metafísica analítica contemporánea existe un vivaz debate acerca de sí, a la par de la explicación científica causal, “puede haber un tipo distintivo de explicación metafísica, en la que el *explanans* y el *explanandum* están conectados, no a través de algún tipo de mecanismo causal, sino a través de alguna forma constitutiva de determinación”¹. Este tipo de explicación luce especialmente interesante en este ámbito de la filosofía del derecho, donde, entre otras cosas, se discute sobre la posibilidad de explicar la existencia y el contenido de hechos, propiedades o entidades jurídicos en virtud de la existencia de otros hechos, propiedades o entidades de los cuales lo primeros dependerían. A título de ejemplo de este tipo de explicación metafísica puede citarse el siguiente enunciado: “Existe un contrato de compraventa entre Susana y Patricia *porque* existe un acuerdo entre ellas en el cual Patricia se compromete a entregar un jarrón a Susana y esta última se compromete a pagar el precio establecido”. Ciertamente, este tipo de enunciado no es el único que se puede citar como ejemplo paradigmático. Esta clase de explicación podría *expresarse* mediante enunciados diferentes tales como “La proposición según la cual existe un contrato de compraventa entre Susana y Patricia es verdadera en virtud del hecho que ellas llegaron a un acuerdo en el que...”, o bien “La existencia de un contrato de compraventa entre Susana y Patricia se explica en virtud de que ellas llegaron a un acuerdo en el que...”, etc. Me referiré a este tipo de explicación con el nombre de “explicación metafísica o constitutiva”².

No es el objetivo de este trabajo entrar en el extenso debate existente acerca de este tipo de explicación, sin embargo, es indispensable indicar, al menos a grandes rasgos, cómo se entiende en este contexto³. Comenzaré por enunciar, en términos negativos, aquello que la explicación constitutiva no es. En primer lugar, cabe aclarar que este tipo de explicación no alude a un sentido de explicación diferente del usual. Como toda explicación, la que aquí llamo “constitutiva” conecta o relaciona un *explanandum* a un *explanans* que pretende hacerlo inteligible. Asimismo, tal

¹ Cf. Fine 2012: 37.

² La expresión “explicación constitutiva”, la tomo de Dasgupta 2017: 74.

³ Respecto la caracterización de este tipo de explicación sigo parcialmente a Dasgupta 2017 y a Schaffer 2019.

como proponen varios autores, es posible asumir que este tipo de explicación no es estructuralmente distinta de una explicación causal. Ahora bien, las razones que se invocan en una explicación constitutiva no son causas. Usando el lenguaje en el que se expresa la literatura referida a este tema diré que el *explanans* menciona los fundamentos, fuentes, (*grounds*), o condiciones constitutivas en virtud de los cuales el *explanandum* se produce.

En segundo lugar, asumiré aquí que dicha explicación da cuenta de, o expresa, una *relación* metafísica de constitutividad o fundamentación (*grounding*). Algunos autores son escépticos respecto de este tipo de relación⁴. Y, ciertamente, existen distintas teorías sobre aquello en lo que ella consiste. Algunos teóricos proponen una concepción muy robusta basada en la esencia de las entidades o hechos explicados, mientras otros sostienen que se trata de una relación de carácter conceptual y contrafáctico⁵. Algunas posiciones entienden que no hay un único tipo de relación de constitutividad metafísica, sino una multiplicidad de relaciones distintas⁶. Por último, según algunos autores, tiene sentido admitir un tipo de explicación metafísico-constitutiva aun si ella no da cuenta ni informa sobre la existencia de un específico tipo de relación existente en el mundo⁷. En todo caso, con respecto a la explicación constitutiva y a la relación de fundamentación (*grounding*) asumiré aquí una posición muy ‘delgada’ o ‘deflacionaria’⁸. Esto significa que puede aceptar-la quien quiera que admita que enunciados como los mencionados anteriormente, en primer lugar, explican ciertos fenómenos. En tal sentido, tales enunciados se apoyan, o presuponen, un patrón que conecta o unifica ciertos datos, lo cual hace posible su manipulación o predicción y, sobre todo, la comprensión de los mismos⁹. En segundo lugar, cabe subrayar que este tipo de relación constitutiva, en la medida en que es explicativa, es una relación asimétrica: si un acuerdo de voluntad es una condición constitutiva de un contrato de compraventa, un contrato de compraventa

⁴ A título de ejemplo, Daly 2012: 81-100. Un análisis de algunas posiciones supuestamente escépticas según el cual ellas no exigen abandonar la idea de una relación de determinación metafísica, sino solo precisarla, puede verse en Audi 2012: 101-121.

⁵ Por ejemplo, Jackson 1998. También Dasgupta 2017.

⁶ Por ejemplo, Willson 2014: 535-579. Según esta autora no existiría un único tipo de relación (Constitutividad con *C* mayúscula o *Grounding* con *G* mayúscula), sino múltiples tipos de relaciones metafísicas diferentes (distintos tipos de relaciones constitutivas con *c* minúscula, o relaciones de *grounding* con *g* minúscula).

⁷ Siguiendo a Fine, probablemente sería mejor entender la idea de fundamentación metafísica como una operación expresada por un operador que afecta enunciados más que como una relación expresada por un predicado. Cf. Fine 2012: 43. Con respecto a la posibilidad de admitir una explicación constitutiva aun rechazando que ella aluda a, o informe acerca de, la existencia de una relación, véase Dasgupta 2017.

⁸ En este sentido débil, en palabras de Schaffer: “... The reader who dislikes the notion of grounding is welcome to insert her own preferred understanding of the metaphysical – unified or not – so long as it covers these sorts of examples of non-causal generation”. Cf. Schaffer 2017: 303. Las itálicas son mías.

⁹ Al respecto, Schaffer 2019: 305-307.

no es una condición constitutiva de la firma de un acuerdo de voluntad. Asimismo, es irreflexiva: un acuerdo de voluntad no es condición constitutiva de un acuerdo de voluntad, ni un contrato de compraventa no es condición constitutiva de un contrato de compraventa. Por último, es transitiva: si un acuerdo de voluntad es una condición constitutiva de un contrato de compraventa y éste es una condición constitutiva de la propiedad de S sobre Y entonces un acuerdo de voluntad es una condición constitutiva de la propiedad de S sobre Y¹⁰. En tercer lugar, si bien puede admitirse que la explicación constitutiva es estructuralmente análoga a una explicación causal, ella no enuncia una relación causal. Es decir, el *explanans* que esclarece o hace inteligible el *explanandum* no menciona causas, sino condiciones constitutivas o metafísicamente determinantes¹¹.

Ahora bien, si admitimos que enunciados como los citados anteriormente *explanans* en el sentido indicado (unifican, permiten manipular y comprender fenómenos) se sigue que aceptamos un principio general según el cual no solo es posible *explicar* (científicamente) la producción de ciertos eventos en términos de una relación de causa-efecto, sino que también es posible explicar (metafísicamente) la producción de ciertos eventos en términos de una relación entre condiciones constitutivas-resultados constituidos. En otras palabras, así como aceptamos un principio filosófico de causalidad o explicación causal, podemos admitir un principio de constitutividad, de explicación constitutiva o metafísica. Conforme a este principio general, las propiedades, entidades o hechos a explicar (el *explanandum*) son datos no fundamentales que ‘están determinados por’, ‘dependen de’, o ‘existen en virtud de’ otros datos (propiedades, entidades, hechos) más fundamentales (el *explanans*)¹². Estos últimos son los que ya he llamado “condiciones constitutivas”, pero se denominan también “condiciones fundantes”, “fuentes”, “fundamentos” (*grounds*).

En este trabajo estaré exclusivamente interesada en la explicación metafísico-constitutiva aplicada a propiedades, entidades o hechos jurídicos; aunque, obviamente, el mismo tipo de explicación es pertinente para cualquier tipo de dato no fundamental que se considere constituido por, o dependiente de, otros factores fundantes, constitutivos o determinantes. Por ejemplo, conforme al mismo principio de constitutividad es posible sostener que los hechos mentales están determinados por

¹⁰ Las propiedades de relación de determinación metafísica son materia de controversia. Sin embargo, es ampliamente reconocido que ella es asimétrica, irreflexiva y transitiva. Schaffer indica diversos contraejemplos de la transitividad de esta relación, pero propone también el modo de resolverlos. Cf. Schaffer 2012: 122-138.

¹¹ Conforme a Schaffer: “Roughly speaking, just as causation links the world across time, grounding links the world across levels. Grounding connects the more fundamental to the less fundamental, and thereby backs a certain form of explanation.” Cf. Schaffer 2012: 122.

¹² La investigación sobre este tema se denomina “interlevel metaphysics”. A saber “The discipline which studies the nature of “high-level,” or “macroscopic,” things and how they are related to “low-level,” or “microscopic,” things.” Cf. Epstein 2015: 17.

hechos biológicos y que éstos dependen de hechos químicos; los que, a su vez, se explican constitutivamente en términos de hechos físicos, que, por su parte, dependen de datos microfísicos¹³.

1.2. La analogía entre la explicación causal y la constitutiva tiene al menos una consecuencia importante. Del mismo modo que las explicaciones causales requieren la admisión de ‘leyes’ causales de la naturaleza, las explicaciones metafísico-constitutivas requieren la admisión de ‘leyes’ o tesis metafísicas o constitutivas¹⁴. En otras palabras, así como admitimos ‘leyes’ científicas que conectan específicos tipos de eventos naturales en términos de causa-efecto (por ejemplo, la modificación de la temperatura y la de la presión atmosféricas) también podremos admitir ‘leyes’ o tesis metafísico-constitutivas que conectan específicos tipos de hechos o entidades en términos de condiciones constitutivas y resultados constituidos. Estas leyes o tesis son generalizaciones o principios contrafácticos que identifican un patrón. Son estas generalizaciones las que unifican los fenómenos explicados; de este modo, hacen posible su manipulación y, sobre todo, su comprensión¹⁵. En síntesis, si aceptamos la analogía entre explicación causal y explicación metafísico-constitutiva, toda explicación de este último tipo se apoya en una ‘ley’ o tesis metafísica, sin la cual no podríamos explicar aquello que queremos explicar.

Sobre la base de la analogía señalada deberíamos aceptar también lo siguiente. Del mismo modo que el principio de causalidad no expresa una ley causal, el principio de explicación metafísica no propone ninguna ‘ley’ o conexión metafísica sustancial. Se trata exclusivamente de una tesis filosófica general según la cual todo dato no fundamental está metafísicamente constituido o determinado por datos menos fundamentales. Consecuentemente, del mismo modo que el principio de causalidad debe ser claramente distinguido de las específicas ‘leyes’ científicas (que captan o identifican específicas relaciones causales), así el principio filosófico de constitutividad tiene que ser distinguido de las ‘leyes’ o tesis metafísicas sustantivas (que captan o identifican específicas relaciones constitutivas)¹⁶. En este sentido, el principio filosófico según el

¹³ Un elenco de ejemplos de este tipo de relaciones constitutivas puede verse en Correia, Schlieder 2012: 1.

¹⁴ Cf. Schaffer 2017: 302-321. “In saying that a law is ‘of metaphysics’, I mean just that it is operative in the metaphysical realm, concerning the not-causal-but-constitutive generation of a dependent outcome”. Cf. Schaffer 2017: 305.

¹⁵ Cf. Schaffer 2017: 307.

¹⁶ Tal como ha sido señalado con relación a la distinción entre un principio filosófico de determinación causal y las específicas leyes causales, algunos enunciados – en virtud del lenguaje en el que se expresan – pueden generar dudas acerca de su estatus y, consecuentemente, acerca del tipo de argumentos relevantes para establecer su verdad. Cf. Nowell-Smith 1954: 317 y 321. Ciertamente, el tipo de argumento relevante para dar sustento a una ley o tesis metafísica dependerá de cómo se conciba la relación de dependencia metafísica (*grounding*). En este contexto, como se verá más adelante, la verdad de una tesis metafísica depende de la efectiva existencia de la regla o relación constitutiva que ella pretende captar.

cual el derecho tiene carácter constituido (i.e. según el cual los hechos, propiedades o entidades jurídicas son susceptibles de explicarse en términos metafísicos constitutivos) debe ser distinguido de las tesis sustanciales según las cuales los datos jurídicos están metafísicamente determinados o dependen de hechos sociales, argumentos morales o la voluntad divina, etc. En suma, así como el principio de causalidad reclama la existencia de ‘leyes’ causales, pero no es en sí mismo una ‘ley’ causal de la naturaleza, el principio de explicación constitutiva exige la existencia de ‘leyes’ o tesis metafísicas sustanciales, pero no es en sí mismo una ‘ley’ o tesis metafísica sustancial.

Ahora bien, en el ámbito de la teoría jurídica, si bien por lo general se acepta que el derecho es un fenómeno no fundamental que depende de otros, no hay acuerdo sobre qué es lo que determina la existencia del derecho. En otras palabras, diversas teorías discrepan acerca de aquello de lo que el derecho depende. Con respecto a este punto, el positivismo jurídico sostiene la verdad de una ‘ley’ o tesis metafísica según la cual existe una relación constitutiva entre la existencia y el contenido del derecho (el *explanandum*) y ciertos hechos sociales externos a él (el *explanans*). La llamada “tesis de las fuentes sociales”. Ciertamente, se trata de una tesis metafísica que, como veremos luego, puede ser puesta en cuestión. Solo por dar un ejemplo, algunas teorías jurídicas sostienen que la tesis de las fuentes sociales es falsa y que, en realidad, la existencia y el contenido del derecho están determinados por argumentos morales, o por la voluntad divina. En todo caso, a tenor de estas posiciones, el derecho es siempre un resultado constituido que depende de, o está determinado por, ciertas condiciones fundantes o constitutivas más fundamentales.

1.3. Admitir que la existencia y el contenido de propiedades, entidades o hechos jurídicos puede explicarse en términos metafísicos-constitutivos presupone, entre otras cosas, dos ideas que es conveniente hacer explícitas. En primer lugar, y como acabo de enunciar, presupone que en algún sentido estos hechos, propiedades o entidades *existen*, forman parte del ‘mobiliario del (único) mundo’ real o actual que habitamos y que, por tal motivo, necesitan explicación. Este tipo de explicación parte de la admisión según la cual los datos explicados, si bien co-varían con respecto a los datos que los explican, no se reducen ni son idénticos a ellos¹⁷. De hecho, conforme he mencionado hasta aquí, los datos a explicar son menos fundamentales, producen efectos ‘constitutivos’ peculiares y un cuerpo de conocimientos diferenciado. En tal sentido, la tesis según la cual ciertos datos no fundamentales dependen de, o están determinados por, otros menos fundamentales no implica que una teoría sobre los primeros sea reducible o expresable en términos de una teoría de nivel inferior, más fundamental. Consecuentemente, la hipótesis de que el derecho pueda

¹⁷ En este sentido, la relación de dependencia o determinación, si bien no es sinónimo de, implica una relación de superveniencia. Por ejemplo, conforme a Epstein, la relación de *determinación* (que es más fuerte que la de *fundamentación completa* (*full grounding*)) implica superveniencia. Cf. Epstein 2015: 71.

ser explicado en este modo supone haber cerrado la discusión con el escéptico que niega la existencia de las entidades, propiedades o hechos jurídicos que se pretende explicar. O, al menos, presupone haber puesto entre paréntesis sus objeciones y no detenerse en ellas en este contexto.

En segundo lugar, y a pesar de lo dicho, es oportuno subrayar que el tipo de explicación del que estamos hablando, aunque no implique una reducción, tampoco implica necesariamente admitir un dualismo de sustancias. Es decir, aquello que se explica en términos de una relación constitutiva no es parte de un mundo o esfera separada de aquellos factores que lo explican. Todo lo contrario, conforme al principio de constitutividad, los datos a explicar son dependientes, y no existen más allá de los datos más fundamentales que los explican¹⁸. En una perspectiva como la del positivismo jurídico, es justamente éste uno de los aspectos interesantes de la admisión del principio de constitutividad con respecto a ‘la realidad’ jurídica: él habilita un sentido de “explicación” conforme al cual es posible hacer inteligible algo que no es un evento empírico (y que, por lo tanto, no puede hacerse inteligible en términos causales) pero que, no obstante ello, estaría totalmente determinado por eventos empíricos. Esto es lo que sostiene la tesis de las fuentes sociales a la que me referiré más adelante.

En síntesis, el principio de constitutividad aplicado a propiedades, entidades, o hechos jurídicos supone asumir que éstos existen, sin embargo, no son datos fundamentales o básicos y *dependen de* datos más fundamentales o básicos. Es claro que queda abierto cuáles sean específicamente los datos que determinan la existencia de entidades o hechos jurídicos y, asimismo, cuáles las características de la relación de dependencia o determinación. Sin embargo, cualquiera sea el modo en el que las condiciones y la relación constitutivas se entiendan, por hipótesis, esta perspectiva excluye que los datos jurídicos a explicar pertenezcan a una realidad normativa fundamental o autónoma.

2. Algunas precisiones sobre la relación de constitutividad en el derecho

2.1. En primer lugar, conforme a una posición ampliamente aceptada respecto de este tema, el principio de explicación metafísico-constitutiva conecta *hechos*¹⁹.

¹⁸ Una idea central de las posiciones que critican el dualismo ontológico es que la propiedad, entidad o hecho menos fundamental a explicar (el *explanandum*) no existe independientemente, o más allá, de aquello que lo determina o constituye (el *explanans*). Al respecto, por ejemplo, John Searle en numerosos escritos ha insistido en que es posible admitir la existencia de propiedades o hechos no reducibles a hechos empíricos, sin necesidad de asumir una posición dualista. Cf. Searle, 1983, 1992, 1995. También Epstein 2017: 43-46.

¹⁹ Cf. Epstein 2015: 74-75. También en este sentido la relación de constitutividad metafísica no es idéntica a la de superveniencia, que es normalmente entendida como una relación de co-variación entre conjuntos de propiedades. Cf. Epstein 2017: 66.

Sin embargo, entenderé que con las correcciones pertinentes, el mismo tipo de explicación puede ofrecerse respecto de cualquier tipo de propiedad o entidad constituida²⁰. Siguiendo esta línea, me permitiré hablar, por ejemplo, de ‘entidades’ como las normas jurídicas, de la ‘propiedad’ de ser jurídicamente existentes, o bien, de la verificación de ciertos ‘hechos’ jurídicos o sociales en tanto datos determinados o constituidos por otros más fundamentales. Ciertamente, por una parte, los datos a explicar son de distintos tipos. A título de ejemplo: el hecho de que Susana y María están unidas en matrimonio en Argentina (i.e. la existencia de un hecho jurídico individual), el hecho de que en España existe una monarquía constitucional (i.e. la existencia de una institución o un tipo de sistema jurídico) o que en Suiza está permitida la eutanasia (i.e. la existencia de una norma jurídica general, individualmente considerada). En cualquier caso, se trata de hechos, entidades o propiedades que, a diferencia de los hechos, entidades o propiedades físicas, están dotados de contenido. En tal sentido, explicarlos constitutivamente es explicar la existencia y el contenido de los mismos.

2.2. En segundo lugar, en la literatura sobre este tema, el debate se concentra alrededor de la noción *Grounding*, a la que aquí me estoy refiriendo mediante expresiones como “constitutividad”, “fundamentación”, “dependencia” o “determinación metafísica”. Conforme lo dicho precedentemente, la admisión de explicaciones constitutivas o metafísicas supone la existencia de leyes constitutivas o metafísicas en las que dichas explicaciones se sustentan. Esto permite advertir que la idea general según la cual ciertos hechos se explican metafísicamente en virtud de otros más fundamentales es ambigua. Cuando nos referimos, por ejemplo, a aquello que ‘explica metafísicamente’ (*grounds*) la existencia del matrimonio entre Susana y María podemos estar aludiendo, o bien a los hechos que son sus *condiciones constitutivas* (la firma de un documento, la inscripción en un registro, por ejemplo), o bien a la *ley o tesis de cobertura* que identifica las condiciones que determinan la existencia de un matrimonio²¹. La ‘ley’ o tesis general identifica la relación constitutiva que hace posible un universo de acciones, hechos, situaciones o mundos²². La verificación, en un específico tiempo y lugar, de las condiciones identificadas por la ley explica efectivamente por qué las consecuencias constituidas se generan, haciéndolas de este modo inteligibles. En cualquier caso, es imprescindible distinguir la ‘ley’ de las condiciones constitutivas identificadas por ella; aun cuando ambos datos puedan considerarse fundamentos (*grounds*) que explican el resultado constituido²³.

²⁰ Cf. Schaffer 2009 y Schaffer 2019: 753.

²¹ Esta ambigüedad corresponde a la distinción entre *triggering grounds* y *structuring grounds*. Véase, Schaffer 2019: 752. También Chilovi 2019: 57.

²² Cf. Epstein 2015: 78.

²³ Al respecto existe una discrepancia importante en la literatura sobre el tema. Según Epstein, explicar la existencia de la ‘ley’ que establece las condiciones constitutivas (a la que llama “principio

2.3. En tercer lugar, una característica típica de toda realidad ‘constituida’ es que ella supone necesariamente distinguir al menos dos niveles de hechos o de realidad, que son los que se conectan mediante la explicación constitutiva (un nivel menos y otro más fundamental). Ahora bien, en el ámbito del derecho, un aporte importante de la teoría de los sistemas jurídicos es el haber puesto de relieve que en la explicación de la ‘realidad jurídica’ a estos dos niveles se suma necesariamente un tercero. Me explico. Uno de los rasgos unánimemente reconocidos de los ordenamientos jurídicos entendidos como sistemas de normas es, entre otros, su carácter autopoietico o autorreferencial, es decir, el hecho de que el mismo derecho es el que pone las condiciones que *determinan* su reproducción y/o extinción. Esta es una peculiaridad del derecho que lo distingue de otros tipos de instituciones sociales constituidas, sobre todo, de la moral. Como se verá más adelante, este carácter autorreferencial o autogenerador del derecho tiene corolarios importantes. En este punto interesa subrayar que, una vez que se tiene en cuenta, se advierte también que no es posible explicar la existencia y el contenido del derecho o de las normas jurídicas, *sans phrase*, y que dentro del derecho o de la clase de las normas jurídicas es imprescindible distinguir, por una parte, la existencia de normas jurídicas llamadas “dependientes” (cuyas condiciones constitutivas están fijadas internamente por el propio derecho) y, por otra, la de normas llamadas “últimas”, “independientes” o “supremas” (que, por hipótesis, dependen directamente de hechos externos al derecho)²⁴. Conforme a la teoría de los sistemas jurídicos, la existencia y el contenido de toda norma jurídica dependiente se explica sobre la base de una relación intrasistémica con otra norma jurídica preexistente que determina las condiciones para su generación. Por ejemplo, la existencia y contenido de las normas legisladas por un parlamento están determinados por la existencia y contenido de normas constitucionales que establecen condiciones procedimentales y materiales para generarlas. Por su parte, la existencia y contenido de las normas constitucionales también pueden estar determinados por otras normas preexistentes. Sin embargo, esta cadena interna de fundamentación, necesariamente, termina en normas que son últimas y que, si bien son también constituidas, no pueden explicarse en los mismos términos intrasistémicos que se explican las anteriores. Como veremos a continuación, conforme a una ‘ley’ o tesis metafísica propuesta por el positivismo y ampliamente

marco”) exige admitir una relación de anclaje distinta de la relación de determinación metafísica que se verifica entre las condiciones constitutivas (establecidas por la ley) y los hechos constituidos. En contraste, para otros autores “conjuntivistas”, como por ejemplo Schaffer, es un error distinguir entre anclaje y determinación metafísica como dos relaciones de distinto tipo. Los dos aspectos que Epstein distingue se explican en términos del mismo tipo de relación de constitutividad metafísica. Véase Schaffer 2019: 749-767. Como dije anteriormente, aquí asumiré la existencia de un único tipo de relación metafísico-constitutiva, sin embargo, no creo que ello implique asumir la posición del conjuntivismo. No es posible discutir este punto en este trabajo.

²⁴ Una clara explicación de esta distinción puede encontrarse en Caracciolo 1986: 31-43.

aceptada en la teoría jurídica contemporánea (i.e. la tesis de las fuentes sociales) la existencia y contenido de estas normas jurídicas últimas se explica inmediatamente en virtud de una relación extrasistemática con determinados hechos sociales más fundamentales. A su vez, la existencia de las normas ‘dependientes’ u ordinarias – si bien en términos mediatos también depende de estas fuentes sociales –, se explica intrasistemáticamente en virtud de la satisfacción de las condiciones impuestas por normas jurídicas preexistentes.

Analizar la distinción entre normas independientes y dependientes desde una perspectiva metafísica tiene al menos dos ventajas. Por una parte, permite destacar que, aun cuando en la teoría de los sistemas jurídicos se hable de normas jurídicas ‘independientes’, si aceptamos el principio de constitutividad debemos admitir que es engañoso calificarlas de esta manera. Ello por la sencilla razón de que toda entidad o hecho jurídico, por hipótesis, es metafísicamente no fundamental, constituido o dependiente de otros hechos más fundamentales. Consecuentemente, la forma apropiada de presentar la distinción, y que adoptaré de aquí en adelante, es sosteniendo que en todo derecho hay, por una parte, normas jurídicas últimas, directa o inmediatamente determinadas por, o dependientes de, condiciones externas al propio derecho (por ejemplo, hechos sociales según la ley o tesis metafísica defendida por el positivismo jurídico) y, por otra parte, normas jurídicas ordinarias, directa o inmediatamente dependientes de las condiciones establecidas por otras normas jurídicas, cuya existencia, a su vez, se explica en virtud de la verificación de las condiciones previstas, o bien por ulteriores normas ordinarias, o bien por normas últimas. En todo caso, y dada la transitividad de la relación de determinación metafísica, todas las normas ordinarias, en modo mediato o indirecto, también dependen de aquellas condiciones constitutivas externas de las cuales las normas últimas dependen inmediatamente.

Por otra parte, al destacar que la existencia de normas jurídicas (últimas u ordinarias) se explica en términos de una relación de dependencia o constitutividad metafísica estamos también destacando que la ‘generación’ de normas jurídicas a partir de hechos no es una relación, ni de justificación moral, ni de derivación lógica, ni de causación empírica. Decir que las normas jurídicas se ‘derivan’, por ejemplo, según el principio aceptado por el positivismo, de hechos sociales o de otros hechos previstos por las mismas normas jurídicas, significa que, sobre la base de dicho principio, tales hechos son la razón metafísica en virtud de la cual las normas jurídicas existen. O bien, que la existencia de normas jurídicas se explica en virtud de tales hechos, y depende de ellos. En tal sentido, subrayar que se trata de una relación constitutiva de determinación metafísica permite comprender por qué está fuera de lugar la crítica de muchos autores según la cual ‘derivar’ normas a partir de hechos (empíricos, según la tesis del iuspositivismo) violaría el principio de Hume. Para despejar este tipo de crítica basta recordar que la ‘derivación’ de la que se está hablando se basa en una ley o principio que la justifica y que dicha ley

identifica una relación metafísico-constitutiva, no una relación de carácter lógico-formal, axiológico, o causal²⁵.

3. El carácter constituido del derecho: La tesis de las fuentes sociales

Conforme a la ‘tesis de las fuentes sociales’ sostenida por el positivismo jurídico el derecho es un dato no fundamental que se explica en virtud de otros hechos externos al derecho y más fundamentales que él. Precisamente, de acuerdo a ella, la existencia y el contenido del derecho están determinados por hechos sociales²⁶. Como mencioné anteriormente, esta tesis tiene el status de una ley metafísica sustancial que, si bien puede ser controvertida, en nuestros días es ampliamente compartida. En esta sección me interesa mostrar lo siguiente. En primer lugar, que esta tesis es sumamente genérica y, como tal, poco informativa. El carácter genérico de la misma se debe a que tanto los dos argumentos que conecta (el ‘derecho’, por una parte, y las ‘fuentes’ o ‘hechos sociales’, por la otra) como la relación de determinación que enuncia pueden entenderse en modos muy distintos. Al respecto, mostraré diversos sentidos que han sido atribuidos a esta tesis; incluyendo algunos que llegan a contradecir las premisas en las que ella supuestamente se basa. Teniendo en cuenta estas consideraciones, sostendré que semejante tesis, con el nivel de generalidad que se presenta, no expresa una idea distintiva de la concepción positivista del derecho. Posteriormente, intentaré indicar qué restricciones se deben aceptar (o qué interpretaciones se deben rechazar) para que la tesis de las fuentes sociales exprese una tesis iuspositivista. Por último, señalaré algunos corolarios que se siguen una vez que se adoptan las restricciones interpretativas propuestas.

3.1. En primer lugar, con respecto a la tesis de las fuentes sociales del derecho es oportuno hacer una aclaración. Al hablar de hechos sociales que determinan o constituyen ‘el derecho’, estoy dando por descontado que ‘el derecho’, i.e. el *explanandum*, es un fenómeno normativo. En tal sentido, estoy siguiendo la posición de autores como Kelsen o Hart, y rechazando la de una amplia corriente del iuspositivismo contemporáneo según la cual la normatividad no es una característica

²⁵ Con respecto a por qué el principio de Hume no es una amenaza para la tesis positivista, véase Chilovi 2019: 213-225.

²⁶ Cf. Raz 1979. En la literatura reciente sobre el tema, siguiendo una terminología empleada por Greenberg, en lugar de ‘hechos sociales’ se habla de ‘hechos descriptivos’. Cf. Greenberg 2004: 157-198. No considero que la expresión “hecho descriptivo” sea apropiada para expresar la idea de hecho social, dado que un hecho social puede ser ya un hecho normativo. Además, la asimilación de los hechos sociales a hechos descriptivos torna paradójica la idea de que los hechos normativos también pueden ser descriptos.

paradigmática o definitoria del derecho²⁷. No discutiré aquí este tema. Ahora bien, la ‘ley’ o tesis metafísica fundamental sostenida por el iuspositivismo es que el derecho está determinado por, o depende de, hechos sociales relativos a acciones y actitudes humanas. Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, ciertas actitudes y comportamientos humanos serían las condiciones constitutivas externas (i.e. extra-sistemáticas) que, en modo inmediato, determinan las normas jurídicas últimas y, de modo mediato, todas las restantes normas jurídicas ordinarias.

Lamentablemente, el acuerdo entre iuspositivistas no va mucho más allá de la fórmula general apenas mencionada. Si intentamos precisar cuáles son estos hechos relativos a ‘acciones o actitudes humanas’ de los cuales dependería el derecho encontramos marcadas discrepancias. Por ejemplo, siguiendo a John Austin, los hechos relevantes harían referencia a la obediencia habitual de un grupo respecto de una persona o grupo de personas que, a su vez, no obedece habitualmente a ninguna otra²⁸. Según Hart, en cambio, el comportamiento del grupo es crucial, pero no suficiente. Es también imprescindible una actitud crítico-reflexiva por parte de algunos miembros. Concretamente: la aceptación de ciertas condiciones constitutivas últimas (criterios últimos de validez) por parte de los órganos encargados de identificar y aplicar el derecho²⁹. Asimismo, otros teóricos sostienen que la condición constitutiva fundamental no es la aceptación tal como la caracteriza Hart, sino una precisa actitud moral³⁰. Todas estas tesis, si bien difieren entre sí, son coherentes con las premisas empiristas y naturalistas con las que el iuspositivismo se compromete. En contraste con ellas, en lo que sigue me referiré a tres posiciones que, dada la aparente obviedad de la tesis de las fuentes, sostienen que la comparten plenamente; sin embargo, valiéndose de su excesiva indeterminación, le atribuyen un contenido que, paradójicamente, contradice la idea positivista que ella pretende expresar.

(a) Por ejemplo, es posible admitir que las normas jurídicas dependen de la acción y la aceptación humanas, entendiendo que estas son fruto de una decisión intencional ‘libre’, de una voluntad no causalmente determinada. En esta lectura, el que las condiciones constitutivas últimas sean libremente creadas o aceptadas sería justamente lo que permite establecer el contraste entre un mundo físico gobernado por leyes de la naturaleza y un mundo social gobernado por normas (sean morales o jurídicas). En otras palabras, las acciones o actitudes humanas de las cuales la moral o el derecho dependen serían acciones y actitudes autónomas, no determinadas, y esto marcaría el contraste entre el principio de causalidad al que estamos sujetos en

²⁷ Con respecto a la tesis de que el derecho no es realmente normativo, por ejemplo, véase Bix 2018: 25-42.

²⁸ Cf. Austin 1832, 1995: 166-170.

²⁹ Cf. Hart 1961: 97-114.

³⁰ A título de ejemplo: Garzón Valdez 1990: 111-130, Soper 1984, Shiner 1992.

tanto organismos biológicos/físicos, y un principio de imputación al que estaríamos sujetos en tanto agentes capaces de crear y responder ante normas. Esta lectura del principio no distorsiona en absoluto la idea de que las normas jurídicas dependen, y se explican en virtud, de acciones o actitudes humanas. Solo que sostiene una concepción dualista de la realidad (existen dos mundos: un físico y otro normativo, independientes entre sí) e incompatible de la libertad, de la cual dependería el mundo normativo. Por ejemplo, una visión kantiana podría ser acusada de sostener esta visión reñida con el positivismo contemporáneo. El cual, por el contrario, trata de explicar la existencia de normas en términos monistas y naturalistas.

(b) Existe una segunda lectura de la tesis de las fuentes sociales que, a pesar de ser fiel con su presentación general, la banaliza casi por completo. Conforme a esta interpretación, la tesis de las fuentes sostendría que el derecho está ciertamente determinado por acciones y actitudes humanas, pero solo en modo parcial³¹. Ahora bien, si este es el contenido de la tesis de las fuentes, las teorías que se oponen al iuspositivismo no necesitan negarla. Un iusnaturalista, por ejemplo, sin lugar a dudas acepta que el derecho depende, entre otras condiciones, de acciones y actitudes humanas. Sin embargo, estas otras condiciones constitutivas son cruciales. Concretamente, las acciones humanas (si bien necesarias) no lograrán constituir normas jurídicas si, adicionalmente, no se respetan otras condiciones como la conformidad con específicos valores vigentes, o con los valores justificados sobre la base de ciertos criterios, o con la voluntad divina, etc. En realidad, interpretar la tesis de las fuentes sociales como una tesis de determinación parcial no solo la priva de su contenido positivista, sino que le confiere un sentido fútil, que la hace compatible con cualquier concepción del derecho. Ninguna teoría necesita ponerla en cuestión en virtud de su trivialidad. Como se verá en un momento, una de las razones que justificarían esta interpretación es que ella sería necesaria para captar la posición del positivismo jurídico inclusivo que, según esta lectura, sostendría justamente esta tesis, i.e. el derecho depende parcialmente de acciones y actitudes humanas, sin embargo, también *puede* depender de consideraciones morales. En otras palabras, si no adoptásemos esta interpretación deberíamos concluir que el positivismo jurídico inclusivo no es una forma de positivismo. En el punto siguiente trataré de mostrar por qué esto no es así. En realidad, para dar cuenta del positivismo jurídico inclusivo no es necesario pagar el alto precio de dar a la tesis de las fuentes sociales un contenido insustancial.

(c) Por último, una lectura de la tesis metafísica de las fuentes sociales que, paradójicamente, le confiere un contenido antipositivista es la siguiente. Piénsese en la pregunta ¿cómo se justifica una específica explicación metafísico-constitutiva? Por ejemplo: ¿Cómo justificamos la aserción “X es una norma jurídica última hoy

³¹ Por ejemplo, véase Chilovi 2019: 88-97.

en España en virtud de que los jueces así lo aceptan?» Si la pregunta se refiriese a cómo justificamos una explicación causal, sabemos que la respuesta apunta a una 'ley' que la sustenta; la cual, se supone, está apoyada en una investigación empírica. En el caso de la explicación metafísico-constitutiva la respuesta no es clara. En la literatura sobre el tema hay quienes sostienen que la relación de determinación metafísica (la relación de *Grounding*) sería una relación primaria y, en cuanto tal, no susceptible de ulterior fundamentación. Esta posición no solo no ofrece una respuesta a nuestra pregunta, sino que afirma que, por hipótesis, ella carece de respuesta. Una respuesta más prometedora es aquella que, como hemos asumido hasta aquí, sostiene que dicha explicación está fundada en una 'ley' o tesis metafísica sustancial que le ofrece apoyo contrafáctico. Por último, hay quienes sostienen que este tipo de explicación se funda y justifica en la *esencia* de las entidades o hechos que se explican, i.e. la esencia del *explanandum*. Esta concepción implica que la dirección de la relación de dependencia metafísica no va de las condiciones constitutivas al hecho o entidad constituidos, sino al revés, del hecho o entidad constituidos (el derecho en nuestro caso) cuya esencia fija cuáles son las condiciones o hechos que lo determinan³². Ahora bien, si esta idea se admite, estamos dando vuelta el sentido de la tesis iuspositivista. Conforme a ella, el derecho está determinado por hechos sociales y, específicamente, por acciones y actitudes humanas. Primero, porque las normas últimas, o inmediatamente derivadas, dependen directamente de ellos. Segundo, porque mediante acciones humanas podemos deliberadamente decidir de qué *otros* hechos o condiciones hacerlo depender. Es decir, a través de la acción y aceptación humanas podemos hacer depender el derecho de hechos que no son necesariamente hechos sociales o acciones humanas³³. En tal sentido, la existencia de una norma o de ciertas consecuencias jurídicas podrían explícitamente *hacerse* depender de fenómenos naturales como el nacimiento o la muerte de una persona, o de acontecimientos fortuitos como la destrucción de una cosecha. En todo caso, el punto iuspositivista es que las condiciones constitutivas del derecho, en general, y de las diversas instituciones jurídicas, en particular, en última instancia, dependen exclusivamente de, y pueden ser modificadas mediante, acciones humanas. Ahora bien, esta tesis parece ser exactamente la negación de la idea según la cual el derecho, en general, y las distintas instituciones jurídicas, tienen una esencia o naturaleza que impone cuáles pueden ser los hechos (más fundamentales) que los determinan o

³² Una concepción según la cual la esencia de aquello que es constituido determina sus condiciones constitutivas puede verse en Fine 2012: 37-80. En el ámbito de la teoría del derecho, una visión que puede considerarse también esencialista y que intenta mostrar la existencia de un límite (en este caso pragmático) a aquello que pueden ser las condiciones constitutivas previstas para una determinada institución puede verse en Roversi 2012:135-155.

³³ Epstein insiste sobre este punto y critica la trampa antropocéntrica en la que estaríamos instaurados al asumir que la realidad social está siempre constituida por aspectos relativos a acciones humanas. Cf. Epstein 2015: 10. Volveré más adelante sobre este punto.

constituyen. En esta línea de pensamiento, algunos autores sostienen que, conforme a una visión iuspositivista, las normas jurídicas no tendrían una esencia o naturaleza, justamente porque aquello en virtud de lo cual son normas jurídicas varía de un lugar a otro y de un momento a otro, según cuáles sean los criterios aceptados³⁴. Sin embargo, y para no caer en una paradoja, no es necesario negar que el derecho tenga una esencia o naturaleza. Lo que cabe es subrayar que ella precisamente consiste en que es un constructo exclusivamente humano. En palabras equivalentes: en última instancia, sus condiciones constitutivas están fijadas *solo* por decisiones humanas que, efectivamente, pueden variar.

Los ejemplos que he ofrecido son suficientes para mostrar que la tesis metafísica según la cual ‘la existencia y contenido del derecho dependen de hechos sociales’ es muy poco informativa y recibe interpretaciones que impiden afirmar que ella, con el nivel de generalidad que se presenta, expresa una tesis iuspositivista.

3.2. Para evitar una interpretación que frustre o contradiga las premisas del iuspositivismo, a mi juicio, deben admitirse las siguientes restricciones:

(a) Conforme a una visión positivista, no existen dos mundos independientes: uno de hechos sociales o normativos y otro de hechos físicos, naturales. Al contrario, la tesis positivista es que toda entidad o hecho normativo (jurídico, social, moral, o de cualquier otro tipo), en última instancia, está determinado por entidades o hechos naturales explicables en términos de leyes causales. Esta idea descarta cualquier posibilidad de interpretar que las acciones y actitudes en virtud de las cuales existe el derecho sean fruto de decisiones ‘libres’ que no puedan hacerse compatibles con una explicación causal. En pocas palabras: debería ser claro que, para una visión iuspositivista, las acciones y actitudes de las que en última instancia el derecho depende son datos que, a su vez, se explican en términos de hechos físicos, naturales.

(b) Para que la tesis de las fuentes sociales exprese una posición iuspositivista es necesario precisar qué se entiende por “derecho” cuando se afirma que su existencia y contenido dependen de actitudes y acciones humanas, o, como sostiene Hart, de la aceptación y el comportamiento conforme de ciertas personas. En rigor, según la tesis de las fuentes sociales, lo que estas acciones y actitudes determinan inmediatamente son solo las normas ‘últimas’ de todo sistema jurídico. Conforme vimos, una norma jurídica es última cuando su existencia no depende de condiciones previstas por una norma jurídica preexistente y, justamente por ello, se explica extrasistemáticamente en virtud de los hechos sociales a los que se refiere la tesis de las fuentes; en la versión de Hart: de la aceptación de ciertos parámetros y la conformidad con los mismos.

³⁴ Gardner subraya que, siguiendo a Hart, se debe llegar a esta conclusión. Cf. Gardner 2012: 179.

Teniendo en cuenta esta distinción propuesta por la teoría de los sistemas jurídicos entre normas intrasistemática y extrasistemáticamente explicables, cuando hablamos de ‘derecho’ nos estamos refiriendo a un conjunto conformado necesariamente por normas de dos niveles metafísicos diferentes: normas jurídicas ordinarias y normas jurídicas últimas. Las normas jurídicas ordinarias (normas constitucionales no originarias, normas legisladas en general, decretos, sentencias, circulares, etc.), independientemente de su jerarquía formal, son normas de un mismo nivel metafísico y dependen inmediatamente de las condiciones previstas por otras normas jurídicas preexistentes. Solo las normas jurídicas últimas (que son más fundamentales ya que no presuponen ni se derivan de otras normas jurídicas) dependen inmediatamente de las condiciones previstas por la tesis de las fuentes sociales. Ahora bien, cabe recordar que, dada la transitividad de la relación de fundamentación metafísica, toda norma jurídica ordinaria, en modo mediato, también está determinada por las acciones y actitudes que generan (y explican) a las normas jurídicas últimas.

Permítaseme hacer hincapié en la tesis según la cual en todo derecho es necesario distinguir entre normas jurídicas ‘últimas’ y normas jurídicas ‘ordinarias’, ya que las ‘fuentes sociales’ se relacionan en modo diverso con cada una de ellas. Esta distinción ha sido claramente advertida y presentada por Ricardo Caracciolo, pero confusamente captada, por ejemplo, por Herbert Hart. En efecto, Hart coloca a la regla ‘última’ de reconocimiento dentro de la categoría de las ‘normas secundarias’, que comprende también a las de cambio y de adjudicación. Al hacer esta clasificación se pierde de vista que, a diferencia de las de cambio y adjudicación, la regla de reconocimiento se explica extrasistemáticamente, i.e. es una norma jurídica última. Pero, a la vez, no se advierte que las reglas de cambio y adjudicación bien podrían ser normas últimas como ordinarias. Es decir, no hay ninguna razón por la que las normas de cambio y de adjudicación no puedan ser también, como la regla de reconocimiento del sistema, extrasistemáticamente explicables.

Cabe también subrayar que hay dos sentidos en los que todo sistema jurídico contiene normas jurídicas ‘últimas’³⁵. En primer término, como acabamos de ver, todo sistema incluye normas cuya existencia y contenido son solo extrasistemáticamente explicables. La existencia de estas normas es categorialmente distinta de la existencia de las normas jurídicas ordinarias, y ello independientemente de qué tipo de normas sean: podrían ser normas primarias de obligación, normas secundarias que confieren competencia a un legislador (i.e. normas de cambio), normas que constituyen órganos de aplicación (i.e. normas de adjudicación) o, en general, normas que establecen criterios de validez (i.e. normas de reconocimiento). En esta acepción, una norma es última porque su existencia no se explica intrasistemáticamente, sino en virtud de hechos sociales externos al derecho. Concretamente,

³⁵ Una distinción entre estos dos sentidos de normas últimas puede verse en Rodríguez 2016: 209-210.

existen porque satisfacen, inmediatamente, las condiciones previstas por la tesis metafísica de las fuentes sociales. En segundo término, todo sistema jurídico contiene normas que establecen las competencias más altas o supremas en relación con diversos ámbitos o materias. En este segundo sentido, solo pueden ser últimas (supremas) las metanormas sobre la producción de otras normas (i.e. lo que luego llamaré normas constitutivas en sentido estricto). Todo sistema jurídico tiene una estructura jerárquica con normas que constituyen autoridades últimas (supremas) en el sentido de sobre-ordenadas respecto a otras. De este modo, en la medida en que el derecho es un sistema dinámico, contiene normas que confieren las competencias supremas de cambio y, en la medida en que permite resolver casos individuales, contiene normas que otorgan competencias supremas de adjudicación. Ciertamente, las normas que delimitan estas autoridades supremas y las condiciones de su ejercicio podrían, contingentemente, concentrar las competencias en un único órgano que actúa mediante un único tipo de procedimiento. O bien, podrían distinguir procedimientos o distribuir las competencias en órganos diversos.

En suma, conforme a una concepción iuspositivista, en todo derecho hay normas últimas en los dos sentidos de esta expresión. En la medida en que todo derecho determina las condiciones de su reproducción, entre sus normas últimas en el primer sentido de esta expresión (i.e. extrasistemáticamente explicables), contendrá normas de competencia. Sin embargo, las normas constitutivas de las competencias supremas del sistema (últimas en el segundo sentido) podrían, o no, ser últimas en el primer sentido de la expresión (i.e. extrasistemáticamente explicables).

(c) Por último, habiendo ya subrayado que los hechos sociales a los que se refiere la tesis del iuspositivismo determinan *inmediatamente* solo las normas jurídicas últimas (extrasistemáticamente explicables) de todo derecho, debería destacarse también que, conforme a esta posición, estas normas últimas dependen *completamente* de hechos sociales. O, dicho de otro modo, si la tesis de las fuentes sociales expresa una posición característica del positivismo jurídico, ella no puede ser interpretada como una tesis de determinación parcial. Ahora bien, sostener que las normas últimas de todo derecho están *completamente* determinadas por hechos sociales no implica en absoluto sostener que tales hechos no sean, a su vez, hechos constituidos y, por lo tanto, explicables en virtud de datos aún más fundamentales. En tal sentido, la tesis de la determinación *completa* del derecho por parte de hechos sociales debe entenderse como sosteniendo que el derecho está determinado *solo* a partir de estos hechos sociales, excluyendo cualquier otro tipo de factor. Así entendida, la tesis de las fuentes sociales excluye a la moral, a la voluntad divina o a cualquier otro dato que no sea un hecho social. En otros términos, sostiene que los hechos sociales indicados por la tesis de las fuentes son *suficientes* para explicar las normas últimas y no necesitan ser puestos en *conjunción* con ningún otro factor. Ahora bien, obviamente, la tesis de las fuentes así entendida es totalmente compatible con

la transitividad de la relación de fundamentación. Es decir, admite que el derecho, en modo mediato, dependa de todos aquellos datos aún más fundamentales de los cuales sus propias fuentes dependen. Pero, ciertamente, estos datos aún más fundamentales no se agregan a, sino que determinan, la existencia de los hechos sociales de los cuales el derecho depende.

Con las restricciones indicadas, la 'ley' o tesis de las fuentes sociales asume un contenido típicamente positivista y adquiere densidad informativa, i.e. no es una tesis trivial compatible con cualquier concepción del derecho. Al mismo tiempo, a pesar de las apariencias, esta interpretación permite dar cuenta perfectamente de las dos corrientes internas del positivismo jurídico: el positivismo exclusivo e inclusivo³⁶. Estas dos posiciones concuerdan en que, como especificado anteriormente, las normas jurídicas últimas, i.e. *inmediatamente* derivadas, están determinadas *completamente* por acciones y actitudes humanas. Ahora bien, conforme al positivismo inclusivo, estas normas últimas extrasistemáticamente explicables *podrían* establecer como condición constitutiva inmediata de las normas ordinarias, su conformidad con criterios morales. En este caso, se puede ver con claridad la necesidad de no confundir la 'ley' o tesis metafísica del positivismo jurídico (i.e. la 'ley' o tesis metafísica de las fuentes sociales) con las normas constitutivas a través de las cuales se establecen las condiciones inmediatas para generar nuevas normas. El positivismo jurídico inclusivo sostiene que las normas constitutivas presentes en un derecho (sean últimas u ordinarias) *pueden* incorporar condiciones constitutivas de carácter moral; pero no la tesis de las fuentes sociales. En tal sentido, según esta posición, es *posible* que la existencia y el contenido de las normas ordinarias dependa de la satisfacción de exigencias morales. Por el contrario, el positivismo jurídico exclusivo entiende que esto no es posible, ni las normas últimas ni las ordinarias pueden depender de la satisfacción de condiciones morales. Aun cuando intentemos incorporar este tipo de condiciones, estableciendo explícitamente los criterios morales a los que el derecho debería adecuarse, ello solo significaría conferir discrecionalidad a los decisores encargados de identificarlo y, en definitiva, confirmar la tesis de las fuentes sociales. Es decir, que el derecho depende de una fuente empírica, en este caso, la decisión del juez. En suma, según el positivismo exclusivo, es *imposible* que la existencia y el contenido de las normas jurídicas (ni las normas últimas ni las ordinarias) dependan de la satisfacción de criterios morales, ellas están siempre en manos de una decisión humana³⁷. Como puede verse, la convivencia entre positi-

³⁶ En contra de esta posición, Chilovi sostiene que entender la tesis de las fuentes como una tesis de determinación completa del derecho por parte de hechos sociales haría imposible dar cuenta de la tesis del positivismo inclusivo. Cf. Chilovi 2019: 96.

³⁷ Con un lenguaje diferente, la propuesta que estoy presentando coincide con la de Shapiro 2011: 269-273.

vismo inclusivo y exclusivo es posible no porque la tesis metafísica del positivismo sostenga algo banal que nadie estaría interesado en negar, i.e. que, entre otras cosas (o en modo parcial), el derecho depende de acciones y actitudes humanas. Es posible porque ambas posiciones aceptan la tesis metafísica de las fuentes sociales. Concuerdan en que, en última instancia, el derecho depende completa y exclusivamente de acciones y actitudes humanas. Ciertamente, es imprescindible advertir que este es el contenido de la tesis metafísica de las fuentes sociales, no es el contenido de las normas constitutivas (últimas u ordinarias) que todo derecho necesariamente contiene. Estas normas jurídicas, según el positivismo inclusivo, podrían hacer depender el derecho de la satisfacción de criterios morales. El positivismo exclusivo niega esta posibilidad³⁸.

En síntesis, como el razonamiento precedentemente expuesto muestra, para dar cuenta de que hay dos formas de ser positivistas, sin trivializar la tesis de las fuentes, es imprescindible advertir la distinción entre normas jurídicas últimas (extra-sistemáticamente explicables) y normas jurídicas ordinarias (intrasistemáticamente explicables). Consecuentemente, también la distinción entre determinación o dependencia inmediata y mediata. La tesis metafísica del positivismo jurídico es que todas las normas jurídicas, en modo inmediato o mediato, dependen por completo de acciones y actitudes humanas. En modo inmediato, las normas jurídicas últimas y, en modo mediato, las restantes normas jurídicas ordinarias.

3.3. A partir de lo dicho es posible extraer algunos corolarios.

(a) Conforme a una posición iuspositivista, parte de la ‘naturaleza’ o ‘esencia’ del derecho está en que, en última instancia, él está *exclusivamente* en nuestras manos. El derecho es un ejemplo de hecho institucional que, en última instancia, es totalmente antropocéntrico. No es la naturaleza del derecho la que fija o identifica cuáles son sus condiciones constitutivas o determinantes. Son la actitudes y acciones humanas las que lo hacen, y ello en virtud de su naturaleza. Este rasgo es especialmente relevante puesto que, como veremos más adelante, no todos los hechos institucionales son como el derecho, en el sentido de que no todos ellos están, en última instancia, completamente determinados por acciones y actitudes humanas. Por ejemplo, si en un momento histórico intentamos explicar fenómenos sociales muy complejos tales como los flujos de inmigración, la existencia de prostitución o algunas de las características del mercado de valores, etc., veremos que, necesariamente, entre sus condiciones constitutivas figuran la existencia y el contenido de normas jurídicas. Ahora bien, este tipo de hechos sociales se explica solo parcialmente y no

³⁸ Si bien con una caracterización ingenua de la distinción entre reglas primarias y secundarias, y sin advertir la diferencia entre normas últimas y ordinarias, el análisis que ofrece Epstein, en términos de la relación de anclaje, podría ser traducido en una tesis similar a la sostenida aquí. Véase Epstein 2015: 98-99.

exclusivamente en términos de la existencia y el contenido del derecho. A su vez, esto permite ver una diferencia entre el derecho en tanto realidad social *constituida* por ciertas acciones y actitudes humanas y el mismo derecho en tanto realidad social *constitutiva*, no sólo de ulteriores normas jurídicas ordinarias, sino de hechos sociales ulteriores, que no son – o al menos no son exclusivamente – hechos jurídicos.

(b) Sostener que, en última instancia, el derecho es un fenómeno exclusivamente antropocéntrico, no impide destacar que tanto las normas jurídicas ordinarias como otros hechos sociales que dependen parcialmente de ellas *pueden* estar determinados por factores no relativos a individuos humanos. A través de las normas jurídicas (en última instancia, *completamente* dependiente de comportamientos y actitudes humanas) podemos deliberadamente establecer que otras específicas normas o resultados jurídicos no dependan de acciones humanas. Por ejemplo, que dependan de fenómenos naturales o acontecimientos fortuitos. Si aceptamos estas ideas podemos ver con claridad en qué sentido tiene razón, y en qué sentido no la tiene, Brian Epstein cuando destaca que el estudio de ‘la realidad social’ cae en una trampa antropocéntrica al no advertir que entre las condiciones determinantes de la misma *pueden* contar hechos no relativos a la aceptación o acción humanas³⁹. Es interesante notar que el punto destacado por Epstein para subrayar que la realidad social *puede hacerse depender*, inmediatamente, de múltiples factores diferentes (y así criticar la visión antropocéntrica de la misma) es el mismo que destaca el positivismo jurídico inclusivo cuando sostiene que la existencia/validez de las normas jurídicas ordinarias *puede hacerse depender* de otros factores que no son hechos sociales: concretamente puede hacerse depender de argumentos morales. Usando (y traduciendo) el lenguaje de Epstein: mediante nuestra aceptación podemos ‘anclar’ (poner en vigor) distintos ‘principios marco’ (normas constitutivas). De este modo, podemos establecer que cualquier tipo de hecho, natural o moral, sea un ‘*ground*’ (condición fundante o constitutiva) de un nuevo tipo de hecho social.

(c) Por último, la tesis de que las condiciones constitutivas del derecho están completamente en nuestras manos sugiere que podríamos siempre decidir dichas condiciones *deliberada o arbitrariamente*. Esta tesis necesita ser precisada. Ella es claramente verdadera respecto de las normas jurídicas ordinarias que dependen in-

³⁹ Las críticas que Epstein dirige a la tesis de que la realidad social depende enteramente de acciones de individuos humanos (i.e. la crítica a la trampa antropocéntrica) da por sentado que dicha tesis nos compromete con el individualismo, o bien metodológico, o bien sustancial. Sin embargo, no tiene por qué ser así. Podemos sostener que el derecho depende completamente de acciones humanas y criticar el individualismo metodológico y/o sustancial. Ello porque las acciones individuales se pueden explicar a partir de reacciones y expectativas intersubjetivas, sin asumir una visión individualista. Siguiendo la propuesta de Strawson 1962, un claro contraste entre una explicación individualista y otra interpersonal de la acción humana puede verse en Figueroa 2019: cap II y III.

mediatamente de las condiciones *intencionalmente* establecidas mediante normas jurídicas ya existentes. En contraste, respecto de las condiciones constitutivas de las normas jurídicas últimas, como vimos, en el positivismo jurídico no hay acuerdo más allá de la tesis general de que se trata de acciones y actitudes humanas.

El punto a destacar es que sostener que, en última instancia, el derecho depende por completo de actitudes y acciones humanas no implica sostener que, en última instancia, es creado intencional o deliberadamente. Por ejemplo, según Hart, las normas jurídicas últimas están completamente determinadas por la aceptación de los jueces y la conformidad del grupo social. En la literatura sobre el tema se discute sobre si la aceptación requerida es fruto de una intencionalidad colectiva, o bien de una pluralidad de intenciones individuales⁴⁰. No es parte de mi objetivo discutir este tema aquí. En todo caso, conforme a esta visión, ellas no son el resultado de un acto (ni colectivo ni individual) intencional o deliberadamente dirigido a crearlas.

4. El carácter constitutivo del derecho: La tesis de los frutos sociales

Como vimos, tal como se presenta usualmente, la ‘ley’ o tesis metafísica de las fuentes indica que el derecho depende de hechos sociales, pero no distingue entre dependencia mediata e inmediata y deja indeterminado cuáles son exactamente los hechos sociales que operan como condiciones constitutivas últimas de todo derecho (¿Se trata de un hábito de obediencia personal, de una práctica de comportamiento más la aceptación, sólo la aceptación moral es relevante?). Ahora bien, por otra parte, esta tesis también deja indeterminado qué se entiende exactamente por ‘derecho’, en tanto consecuencia *constituída* por fuentes sociales. Al respecto, si bien es claro que la expresión “derecho” se está usando en su sentido objetivo, ella puede hacer referencia al menos a tres cosas diferentes: a un conjunto de normas, a una norma jurídica general, o a una norma jurídica individual⁴¹. Por último, cabe notar que esta tesis se refiere solo al derecho y, consecuentemente, no menciona que las fuentes sociales a las que alude, en modo mediato y parcial, también determinan resultados externos al derecho. En otras palabras, no menciona que las fuentes del

⁴⁰ Muchos autores entienden que la explicación de la realidad social exige un tipo de intencionalidad colectiva. Al respecto, véase Searle 1995: 23-26. En contraste, una posición convencionalista en sentido estricto sostiene que la realidad social puede explicarse en términos de actitudes individuales interconectadas. Al respecto, véase Celano 2010: 137-169. También Arena 2014 o Ramírez & Vilajosana 2016. Un ejemplo dentro de este volumen: Vilajosana 2016: 119-130.

⁴¹ Kelsen destaca que el último eslabón de la cadena de fundamentación determina solo actos aplicativos y no creativos de derecho. Cf. Kelsen 1979 [1960]: 246. En otras palabras, estas normas individuales no establecen condiciones constitutivas de nuevas normas jurídicas.

derecho están también metafísicamente conectadas con consecuencias sociales que el derecho contribuye a producir.

En relación con este punto, y reproduciendo el lenguaje figurativo en el que se expresa la ley metafísica propuesta por el positivismo jurídico, a la par de la tesis según el cual el derecho está *constituido* por ‘fuentes sociales’ se justifica aceptar un principio según la cual el derecho es *constitutivo* de ‘frutos sociales’. Conforme a esta tesis, el derecho determina o constituye, en primer lugar, la existencia de normas jurídicas ordinarias y, en segundo lugar, la de otros hechos sociales externos, es decir, que no son parte del ordenamiento jurídico, y solo parcialmente pueden considerarse jurídicos. Atesorando lo dicho anteriormente, el derecho es (el *explanans*) constitutivo de al menos dos tipos de hechos (los *explananda*) claramente diferenciables: hechos estrictamente jurídicos y, en última instancia, completamente dependientes de él (la existencia de normas jurídicas ordinarias, generales e individuales) y hechos sociales no estrictamente jurídicos, externos al derecho y, en última instancia, solo parcialmente dependientes de él (por ejemplo, el grado de instrucción de la población, la distribución de la tierra, el crecimiento de una actitud xenofóbica en la población, etc.).

4.1. Al hablar del “carácter constitutivo” del derecho se presentan más de una ambigüedad que es importante señalar.

En primer lugar, cabe advertir que hay al menos tres sentidos en los que, hasta aquí, he hablado de principios de ‘carácter constitutivo’. (a) En primer lugar, con referencia al principio de constitutividad paralelo y comparable al principio de causalidad y que, como vimos, es un principio filosófico general (b) En segundo lugar, con relación a la ‘ley’ o tesis metafísica que identifica qué tipo específico de hechos más fundamentales determinan o constituyen otros hechos menos fundamentales. Por ejemplo, según la tesis de las fuentes analizada, son hechos sociales los que determinan la existencia y el contenido del derecho (c) Por último, para referirnos a principios o normas constitutivas en sentido estricto. Al respecto, es esencial advertir que todo enunciado que identifica una relación constitutiva, es decir, que conecta ciertas condiciones constitutivas con ciertos resultados constituidos es pragmáticamente ambivalente. Puede ser entendido, o bien como una norma o regla constitutiva, o bien como una tesis o ley explicativa. En el primer caso, el enunciado tiene una dirección de ajuste mundo-a-mente e intenta crear o justificar una relación constitutiva entre ciertas condiciones y ciertos resultados. En el segundo caso, el enunciado tiene una dirección de ajuste mente-a-mundo y pretende captar una relación constitutiva (i.e. una regla constitutiva) existente. Al respecto, toda la discusión en torno a la tesis de las fuentes puede ser entendida como un debate teórico-descriptivo acerca de cuál es el contenido de la regla que establece las condiciones constitutivas de las cuales el derecho depende. O bien como un debate

normativo-justificativo que intenta justificar y contribuir a configurar las condiciones constitutivas del derecho en un determinado modo⁴².

En segundo lugar, al hablar específicamente del ‘carácter constitutivo’ de ciertas normas o reglas es posible identificar otra ambigüedad que es paralela a la que presenta cuando se afirma el ‘carácter regulativo’ de las mismas.

- El ‘carácter constitutivo’ puede ser entendido como la propiedad de hacer metafísicamente posible (y en este sentido de *constituir*) un nuevo tipo o descripción de acción (hecho, propiedad o entidad) menos fundamental⁴³.
- El ‘carácter constitutivo’ puede ser entendido como la propiedad de hacer metafísicamente posible (y en este sentido de *constituir*) una competencia normativa.

En el primer sentido, toda norma tiene una función o dimensión metafísico-constitutiva. Es decir, toda norma es constitutiva en cuanto hace posible nuevos tipos o descripciones de acción: por una parte, la acción de ‘seguir’ o ‘conformarse’ con la norma misma, y, complementariamente, la acción de ‘no seguir’ o ‘no conformarse’ con ella. Eventualmente, las acciones o entidades que una norma hace posible tienen nombre propio. Sin embargo, el hecho de que no lo tengan no significa que no sea posible su realización. Por ejemplo, la norma que establece la prohibición de matar hace posible las acciones de ‘conformarse a la prohibición matar’ y la de ‘no conformarse a la prohibición matar’. Conceptualmente, no sería posible realizar estas acciones (‘conformarse’, o ‘no conformarse’, a la prohibición matar) si no existiese la prohibición de matar, o el deber de no matar. Y, esto, independientemente del hecho de que estas acciones tengan o no un nombre que las identifique. En este ejemplo, la acción de ‘no conformarse a la prohibición matar’ se llama ‘homicidio’, pero podemos referirnos a ella apelando a múltiples descripciones alternativas. La literatura jurídica ha analizado con detenimiento este carácter constitutivo de las normas y no es mi objetivo detenerme en tal análisis⁴⁴. Lo que interesa señalar es lo siguiente: en primer lugar, no hay normas que carezcan de un rol constitutivo. Solo que algunas no mencionan explícitamente el nuevo tipo de acción, propiedad o entidad que hacen posible, mientras que otras indican expresamente que las condiciones establecidas dan lugar, por ejemplo, a una promesa, un matrimonio, una

⁴² Las teorías post-positivistas entienden que es imposible separar tajantemente la explicación de la justificación. Consecuentemente, en su visión, el debate de las teorías jurídicas parcialmente explica y parcialmente justifica (y contribuye a constituir) la forma en la que el derecho se entiende y las condiciones que lo determinan. En esta perspectiva no cabría hacer la distinción neta entre (b) y (c).

⁴³ En lo que sigue hablaré solo de nuevos tipos o descripciones de acciones. Sin embargo, como se vio en la primera parte del trabajo, lo dicho con respecto a acciones podría presentarse en términos de propiedades, entidades o hechos.

⁴⁴ Solo por mencionar algunos ejemplos: Comte 1983: 21-39, Raz 1975: 108-111, Carcaterra 1974 y Carcaterra 1979: 71-109, Gonzalez Lagier 1993: 265-273.

donación, un testamento, etc.⁴⁵. En segundo lugar, que el carácter constitutivo así entendido es inescindible de un carácter regulativo (en sentido amplio) asociado, también por definición, a toda norma: la propiedad de ser un parámetro de evaluación o corrección del comportamiento⁴⁶. Desde este punto de vista, toda norma, por el hecho de ser tal, tiene carácter constitutivo y regulativo a la vez. Para evitar la ambigüedad, cuando quiera aludir a esta idea hablaré del “carácter”, “función”, “dimensión” o “rol” constitutivo o regulativo de una norma.

Ahora bien, lo dicho no impide que la misma expresión “carácter constitutivo” se utilice para marcar una subdivisión dentro del universo de las normas. En este segundo sentido, se consideran constitutivas solo aquellas metanormas que hacen posible un poder o competencia normativa constituyendo explícitamente a una autoridad. Al respecto, se distinguen al menos cuatro tipos de normas que confieren poder: aquellas que definen el órgano o agente dotado de competencia, las que establecen los procedimientos para ejercerla, las que delimitan el objeto o materia sobre la cual se ejerce y las que definen límites al ejercicio⁴⁷. En contraste con ellas, se consideran regulativas solo aquellas normas que establecen consecuencias deónticas. Al respecto, pueden también distinguirse cuatro tipos de normas regulativas: aquellas que establecen permisos, facultades, obligaciones y prohibiciones.

Nuevamente, para despejar la ambigüedad, cuando quiera aludir a este último sentido me referiré a “normas constitutivas” o “normas regulativas” en sentido estricto. Claramente, en este caso, una norma o bien es constitutiva o bien regulativa ya que se trata de propiedades excluyentes entre sí. A su vez, toda norma constitutiva en sentido estricto, es también constitutiva en el primer sentido, i.e. tiene una dimensión o carácter constitutivo, pero no todo enunciado que tiene carácter constitutivo es una norma constitutiva en sentido estricto. Del mismo modo, toda norma regulativa en sentido estricto tiene carácter regulativo en el primer sentido mencionado, pero no todo enunciado con carácter regulativo, i.e. que permite evaluar comportamientos, es una norma regulativa en sentido estricto.

En la literatura especializada existe una extensa discusión sobre si el contraste entre las dos especies de normas mencionadas está dado por el hecho de que las regulativas están conectadas (necesaria o contingentemente) con una sanción,

⁴⁵ Existe una extensa discusión acerca de las normas que explícitamente establecen las condiciones para la existencia de un/a (clase de) acción, hecho o entidad. Al respecto, en ocasiones la expresión “norma constitutiva” alude en realidad un conjunto de normas (cf. Ross 1994 [1958]: 164-169). En otras ocasiones con ella se designa una única norma general Cf. Hart 1961: cap. III. También Searle, se refiere al contenido de una norma convencional extra lingüística que confiere para crear un hecho institucional (cf. Searle 2010: 111-112). En otras ocasiones, se hace referencia al contenido de un acto performativo o declaración individual como “Declaro cerrada la sesión” (cf. Searle 1995: 34).

⁴⁶ Así entendido, el carácter regulativo corresponde a un sentido débil de normatividad. Cf. Narváz 2004:187-190; 2014: 266-269.

⁴⁷ Cf. Guastini 2018 [2017]: 50-60.

mientras las constitutivas están conectadas (necesaria o contingentemente) con la validez/invalidéz de ciertos resultados normativos⁴⁸. Es interesante observar, en cualquier caso, ya sea que ambas consecuencias se consideren, o no, del mismo tipo – es decir, que la invalidez se entienda, o no, como un tipo de sanción – o que la conexión se considere interna /necesaria o externa/ contingente, las propiedades en cuestión (ser una norma constitutiva o una norma regulativa en sentido estricto) son lógicamente independientes entre sí. Es decir, en este sentido estricto de las expresiones, una norma constitutiva no implica ni presupone una norma regulativa y, viceversa. Es decir, las normas que configuran una competencia normativa no califican deónticamente ningún comportamiento, y las que califican deónticamente un comportamiento no configuran una competencia normativa⁴⁹. Ahora bien, es imprescindible recordar que, en el primer sentido de las expresiones, por definición, ambos tipos de normas tienen carácter regulativo y constitutivo a la vez, ya que necesariamente hacen posible un nuevo tipo o descripción de acción y, a su vez, permiten evaluar un comportamiento como conforme/ correcto, o como disconforme / incorrecto en relación con ellas.

Ahora bien, según fue señalado, la existencia de toda norma jurídica (sea constitutiva o regulativa en sentido estricto) es un resultado constituido. Ello significa que toda norma jurídica depende metafísicamente de que se verifiquen las condiciones establecidas, o bien por normas constitutivas ya existentes en un sistema jurídico (en el caso de las normas ordinarias), o bien por normas constitutivas externas al derecho (en el caso de las normas últimas). En tal sentido, la explicación de la existencia de cualquier norma jurídica, sea ella regulativa o constitutiva, en sentido estricto, sea última u ordinaria, exige captar correctamente cuáles son las condiciones constitutivas de las cuales ellas dependen. En otras palabras, requiere que las tesis metafísicas que apoyan la explicación sean verdaderas, i.e. que describan adecuadamente las reglas constitutivas existentes.

⁴⁸ Es ampliamente difundido el análisis de Hart conforme al cual la nulidad o invalidez es una consecuencia necesaria establecida por toda norma de competencia. Cf. Hart 1961: 27-35. Es interesante notar que, aplicando las categorías Hohfeldianas, se pueden identificar normas de competencia que establecen, o bien una competencia/sujeción, o bien una incompetencia/inmunidad independientemente de que existan normas que impongan el deber o permiso de *declarar* la nulidad/invalidéz de los resultados que no se conforman a tales normas. De este modo, podría decirse que hay un total paralelismo entre normas constitutivas y regulativas ya que, así como, en palabras de Hart “podemos distinguir claramente la regla que prohíbe cierto comportamiento de la *provisión* de una punición” o del hecho que una punición u otro mal “sean *amenazados*” (cf. Hart 1961: 34, las cursivas son mías), también podemos distinguir claramente la regla que constituye una competencia de la *provisión* de una nulidad o del hecho que una nulidad sea *amenazada* para los resultados que no se adecuan. Como ejemplo de un análisis en el que las normas constitutivas se conciben como no necesariamente conectadas con normas que imponen o permiten la declaración de nulidad véase Arriagada, 2020 forthcoming.

⁴⁹ Cf. Bulygin 2015 [1992]: 282. En relación con el contraste entre convenciones constitutivas y regulativas véase Marmor 2009 y 2016.

4.2. Las consideraciones precedentes permiten subrayar algunos corolarios.

(a) Toda norma jurídica tiene una función o dimensión práctica regulativa-evaluativa, pero también, y en modo inescindible, una función o dimensión metafísico-constitutiva. Es precisamente esto lo que se está diciendo al afirmar que toda norma es regulativa y constitutiva a la vez. Desde la perspectiva de la filosofía práctica, existe un amplio debate acerca de la normatividad del derecho o, en otros términos, acerca de qué tipo de razones ofrecen los distintos tipos de normas jurídicas. El punto destacado aquí es que toda norma, por definición, tiene carácter normativo o regulativo al menos en un sentido débil: ofrece una razón o parámetro para la evaluación de comportamientos que, justamente por ello, pueden juzgarse como conformes/correctos o disconformes/incorrectos con relación a la norma.

(b) Las ‘leyes’ o tesis de explicación metafísica a las que hemos hecho referencia (por ejemplo, la tesis de las fuentes sociales del derecho) no son normas, ni constitutivas ni regulativas en sentido estricto (i.e. no configuran una competencia normativa ni califican deónticamente un comportamiento). Una ley metafísica identifica el contenido de una regla constitutiva. Ahora bien, no todas las reglas constitutivas tienen relevancia explicativa. Las normas constitutivas generan *un* universo de posibilidades y *hacen posible* la explicación de acciones. Sin embargo, la efectiva relevancia explicativa de estas normas depende de que ellas sean de hecho seguidas en la práctica. En tal sentido, una norma constitutiva jurídica no necesariamente logra explicar acciones. Ello, porque podría no ser eficaz. Por el contrario, una regla constitutiva social o consuetudinaria siempre lo hace, ya que su existencia presupone aceptación y comportamiento generalmente conforme. En todo caso, cualquier tipo de norma puede ganar o perder poder explicativo en la medida en que gane o pierda eficacia, por los motivos que fuere. La efectiva relevancia explicativa de una norma jurídica, sea última u ordinaria, es gradual, no es una propiedad todo o nada. Atento a estas consideraciones, una tesis metafísica será idónea a explicar aquello que pretende explicar solo si identifica reglas constitutivas efectivamente vigentes.

(c) Por último, es oportuno observar que tanto las normas jurídicas regulativas como las metanormas jurídicas constitutivas pueden ser indistintamente últimas u ordinarias. Es decir, es posible que su existencia y contenido dependa directamente de ciertas acciones y actitudes – tal como establece la tesis de las fuentes –, o bien, es posible que dependan de las condiciones establecidas por normas jurídicas previamente existentes. No hay ninguna razón por la que una norma por el hecho de ser última deba ser regulativa o constitutiva. O, viceversa, por el hecho de ser constitutiva o regulativa deba ser última. Ahora bien, un sistema normativo que entre sus normas últimas no incluya metanormas constitutivas en sentido estricto carecerá de una de las características distintivas del derecho, no será un conjunto de normas que determina deliberadamente las condiciones para su reproducción. Por este motivo,

i.e. porque, por definición, el derecho es un conjunto de normas que determina las condiciones de su propia producción, todo derecho, necesariamente, contiene metanormas constitutivas entre sus normas últimas. Por el contrario, si bien es posible que entre las normas últimas haya normas regulativas en sentido estricto, no es necesario que así sea. Todas las normas regulativas de un sistema jurídico *podrían* ser ordinarias o mediatamente derivadas.

4.3. Como vimos, la existencia del derecho es un hecho institucional constituido por fuentes sociales más fundamentales, pero, a su vez, es constitutiva de otros hechos institucionales menos fundamentales que el derecho. En este sentido, es preciso distinguir entre dos tipos de ‘frutos’ que el derecho constituye o contribuye a constituir. En el primer caso se trata de frutos estrictamente jurídicos como la existencia de normas jurídicas ordinarias, generales o individuales, que están completamente determinadas por el derecho mismo. En el segundo caso se trata de hechos sociales que no son parte del derecho y que él determina solo parcialmente. En este punto me interesa detenerme brevemente sobre el rol constitutivo del derecho respecto de estos últimos.

La advertencia de que ciertos hechos sociales están parcialmente determinados por el derecho permite destacar que éste, si bien en parte es un sistema autorreferencial (en la medida en que establece las condiciones para autoreproducirse), es también heteroreferencial (en la medida en que establece condiciones que determinan efectos sociales externos a él).

Esta dimensión heteroreferencial del derecho ha sido ampliamente destacada con respecto a las normas regulativas en sentido estricto. Nadie duda de que a través de la calificación deontológica de comportamientos el derecho establece condiciones que contribuyen a producir o evitar estados de cosas valiosos o disvaliosos. Sin embargo, al mismo fin, las normas constitutivas son también cruciales porque a través de ellas se confieren poderes privados y públicos, no solo para generar nuevas normas jurídicas, sino para decidir sobre la propia vida, o la de la sociedad en general. Piénsese en el poder que se quita o confiere cuando se fijan las condiciones para ser ciudadano, para ofrecer o acceder a servicios educativos o de salud, para obtener un visado, o importar/exportar bienes. Asimismo, en virtud de estas normas constitutivas devienen aplicables normas regulativas que no son necesariamente jurídicas (normas sociales y morales) que, por lo tanto, no pueden ser directamente manipuladas (abrogadas o modificadas) como pueden serlo las normas jurídicas. En suma, sin imponer nuevas obligaciones, sino ampliando o restringiendo, por ejemplo, la definición de “hijo”, “familia”, “puerto seguro”, etc. el derecho tiene impacto, no solo sobre sí mismo, sino sobre estados de cosas individuales y generales externos a él; y lo tiene en un modo que puede ser tan o más eficaz que cuando emana normas de obligación. Desde este punto de vista, las normas jurídicas constitutivas establecen condiciones determinantes de consecuencias sociales con las que se encuentran

en una relación extrasistemática de determinación parcial. La relación constitutiva en este caso es extrasistemática porque las consecuencias sociales en cuestión no son parte del sistema jurídico, y es solo parcial porque, si bien las normas constitutivas pueden determinar completamente el significado jurídico de expresiones como “hijo”, “familia”, o “puerto seguro”, por hipótesis, visto que las consecuencias de las que hablamos no son exclusivamente jurídicas, solo pueden establecer algunas de las condiciones necesarias para que se produzcan, pero no pueden garantizar su producción.

Cabe destacar que ha sido fundamentalmente Hart quien ha puesto de relieve el carácter heteroreferencial de las normas constitutivas. En efecto, al criticar la concepción imperativista del derecho, Hart destaca que a través de las mismas se establecen las condiciones no solo para crear nuevas normas jurídicas, sino también para facilitar la vida de los ciudadanos y para ampliar su capacidad de acción. Cabría precisar que mediante estas normas también es posible producir efectos exactamente contrarios a los mencionados. Es decir, es posible dificultar y restringir la capacidad de acción de los ciudadanos.

Para ilustrar la relevancia conceptual de esta característica heteroreferencial del derecho podemos imaginar una situación posible en la que ella no esté presente. Por ejemplo, podemos conjeturar que un grupo social acepta un conjunto de normas que, por una parte, identifica las condiciones para poder reproducirse y, por otra, también impone la obligación de hacerlo en ciertas circunstancias, estableciendo sanciones para el caso en que esto no suceda. Es decir, se trata de normas que determinan órganos con competencia para crear, interpretar y aplicar otras normas que, a su vez, constituyen nuevas competencias, o bien establecen la obligación o la prohibición de crear, interpretar y aplicar las mismas normas (constitutivas y regulativas) relativas a los órganos y procedimientos ya constituidos, o a constituir. Un conjunto de normas como éste, más que un sistema jurídico sería un sistema de normas lúdicas: un juego⁵⁰. Y ello, no porque esté compuesto solo por normas constitutivas. Por hipótesis, estoy admitiendo que contiene también normas regulativas en sentido estricto, dirigidas a los órganos de creación y aplicación. Sin embargo, sería difícil considerarlo un ejemplo de derecho porque sus normas son totalmente autorreferenciales. Por hipótesis, se acepta que el sistema no produce resultados que vayan más allá de las acciones de crear, interpretar y aplicar sus propias normas, i.e. determina sólo estos comportamientos.

Un ejemplo como el propuesto permite subrayar que las normas constitutivas en sentido estricto son esenciales en el derecho no solo porque a través de ellas se establecen las condiciones para crear nuevas normas, i.e. porque hacen del derecho un sistema dinámico, sino porque a través de ellas también se establecen las condiciones que determinan ulteriores importantes consecuencias sociales, no estricta-

⁵⁰ Al respecto, véase Atria 2001: 29-49.

mente jurídicas. Consecuencias que pueden ser valiosas o disvaliosas y más o menos mediatas. En efecto, el derecho puede determinar inmediatamente la posibilidad/imposibilidad de contraer matrimonio, adoptar hijos u organizar asociaciones políticas, pero también, en modo mediato, puede contribuir a fenómenos más complejos como el incremento/disminución del producto bruto interno de un país, la alfabetización infantil o un determinado estándar de salud de la sociedad. Asimismo, estas consecuencias sociales mediatas pueden ser intencionalmente perseguidas o no. En este sentido, en modo deliberado o no deliberado, el derecho puede establecer condiciones que contribuyen a incrementar/disminuir la prostitución, la desnutrición infantil, la desertificación de la tierra, etc.

En síntesis, la tesis que aquí he llamado de los ‘frutos’ sociales del derecho está presupuesta en la idea – unánimemente aceptada – de que el derecho tiene carácter instrumental. En efecto, el que el derecho pueda determinar estas consecuencias sociales o, lo que es lo mismo, el hecho que ellas puedan parcialmente depender de él, hace inteligible el uso deliberado del derecho como un instrumento apto para producirlas.

5. Consideraciones finales

En este último punto querría destacar algunas ideas que se siguen del análisis propuesto.

Si es verdad que toda norma jurídica tiene contemporáneamente carácter constitutivo y regulativo, se sigue que toda norma jurídica tiene, a la vez, un rol metafísico y un rol práctico: por una parte, hace posible explicar en virtud de qué ciertas consecuencias constituidas se producen; por otra parte, permite evaluar y justificar ciertos actos como correctos o incorrectos, adecuados o inadecuados, válidos o inválidos. Sostener el carácter a la vez constituido y constitutivo de las normas jurídicas supone sostener una tesis ontológica o metafísica.

El análisis de las normas jurídicas desde la perspectiva metafísica supone poner el acento en un tipo de análisis que ciertamente no sustituye, sino que complementa aquellos que pueden proporcionar el análisis conceptual, la filosofía práctica, la historia o la sociología. Se podría decir que, al menos en parte, supone retomar la preocupación Kelseniana respecto de la razón en virtud de la cual podemos decir que ciertos comportamientos generan, o dan lugar a, normas. Preocupación parcialmente abandonada por el análisis que se concentra en el carácter regulativo del derecho, i.e. en su rol de razón para la acción.

Sin lugar a dudas, el enfoque metafísico permite responder a la preocupación Kelseniana. Sin embargo, va más allá ya que, adicionalmente, permite mostrar cómo el mismo derecho es la razón en virtud de la cual tienen lugar otros hechos sociales no estrictamente jurídicos. En tal sentido, este tipo de análisis es un complemento

esencial de cualquier estudio empírico de la realidad social en general. Asimismo, es interesante notar otro aspecto en el que este análisis metafísico ofrece una respuesta que no coincide con la sugerida por Kelsen. El enfoque presentado aquí, en lugar de apoyar la explicación en una norma (hipotética) como la propuesta por este autor, explica la existencia de normas jurídicas sobre la base de una 'ley' o tesis metafísica. Esta tesis no es parte de la estructura ni está en la base de ningún sistema jurídico. Es una tesis teórica que describe la existencia de reglas que establecen relaciones constitutivas: reglas sociales externas al derecho que permiten explicar cómo se generan las normas jurídicas últimas de cualquier ordenamiento jurídico, las que, a su vez, permiten explicar la existencia de normas jurídicas ordinarias, de las que, a su vez, dependen otros hechos sociales menos fundamentales.

En todo caso, debería ser claro que adoptar una perspectiva metafísica, como la seguida en este caso, no significa sostener que el método para estudiar el derecho sea el método metafísico. El derecho puede, y debería, ser estudiado desde diversas perspectivas o con distintos enfoques metodológicos. En otras palabras, el método para estudiar el derecho no es el metafísico, ni el propuesto por la filosofía del lenguaje, ni el que sugieren la filosofía práctica o las ciencias empíricas. Cada uno de estos enfoques es en sí mismo adecuado y permite captar una dimensión o rol del derecho que con un método alternativo, por hipótesis, no podríamos captar.

Referencias bibliográficas

- Arena, F. (2014). *El convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons.
- Arriagada, M.B. (2020). *Las dos caras del precedente vinculante* (en vía de publicación).
- Atria, F. (2001). *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing.
- Audi, P. (2012). *A Clarification and Defense of a Notion of Grounding*, en F. Correia, B. Schnieder (eds.) 2012: 101-121.
- Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], Cambridge, Cambridge University Press.
- Bix, B. (2018). *Kelsen, Hart, and Legal Normativity*, «Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law», 34, 25-42.
- Bulygin, E. (2015). *On Norms of Competence* (1982), en C. Bernal *et al.* (eds.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 272-283.
- Carcattera, G. (1974). *Le norme costitutive*, Milano, Giuffrè.
- Carcattera, G. (1979). *La forza costitutiva delle norme*, Roma, Bulzoni.
- Celano, B. (2010). *Institutional Facts: The Realist Approach*, in Id., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma, Aracne, 137-169.

- Conte, A.G. (1983). *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Comunità, 21-39.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Chilovi, S. (2019). *Grounding Legal Reality*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona.
- Correia F., Schnieder, B. (2012). *Grounding: an opinionated introduction*, en F. Correia, B. Schnieder (eds.), 2012: 1-36.
- Correia, F., Schnieder, B. (eds.) (2012). *Metaphysical Grounding Understanding the Structure of Reality*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Daly, C. (2012). *Skepticism about Grounding*, en F. Correia, B. Schnieder (eds.), 2012: 81-100.
- Dasgupta, S. (2017). *Constitutive Explanations*, «Philosophical Issues», 27, 74-97.
- Epstein, B. (2015). *The Ant Trap. The Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford, Oxford University Press.
- Figuroa, S. (2019). *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*, Madrid, Marcial Pons.
- Fine, K. (2012). *Guide to Ground*, en F. Correia, B. Schnieder (eds.), 2012: 37-80.
- Gardner, J. (2012). *The Legality of Law*, en Id., *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press.
- Garzón Valdés, E. (1990). *Algo más sobre la relación entre derecho y moral*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho», 8, 11-130.
- González Lagier, D. (1993). *Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho», 13, 265-276.
- Greenberg, M. (2004). *How Facts Make Law*, «Legal Theory», 10, 157-198.
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra.
- Hart, H. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Kelsen H. (1979). *Teoría Pura del derecho* [1960], Ciudad de México, UNAM.
- Marmor, A. (2009). *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, Princeton University Press.
- Marmor, A. (2016). *Convenciones, razones y derecho*, en L. Ramírez Ludeña, J.M. Vilajosana Rubio (eds.) 2016: 67-88.
- Narváez, M. (2004). *Wittgenstein y la Teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons.
- Nowell-Smith, P. (1954). *Determinists and Libertarians*, «Mind», 63: 317-337.
- Raz, J. (1975). *Practical Reasons and Norms*, London, Hutchinson.

- Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press.
- Ramírez Ludeña, L., Vilajosana Rubio, J.M. (2016). *Convencionalismo y derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Rodríguez, J.L. (2016). *La regla de reconocimiento como convención constitutiva*, en L. Ramírez Ludeña, J.M. Vilajosana Rubio (eds.) 2016: 89-117.
- Roversi, C. (2012). *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*, Torino, Giappichelli.
- Schaffer, J. (2012). *Grounding, Transitivity and Contrastivity*, en F. Correia, B. Schnieder (eds.) 2012: 122-138.
- Schaffer, J. (2017). *Laws for Metaphysical Explanations*, «Philosophical Issues», 27: 302-321.
- Schaffer, J. (2019). *Anchoring as Grounding: On Epstein's the Ant Trap*, «Philosophy ad Phenomenological Research», 99: 749-767.
- Searle, J. (1983). *Intentionality, an Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Searle, J. (1992). *The Rediscovery of the Mind*, Cambridge (Mass.), The MIT Press.
- Searle, J. (1995). *The Construction of Social Reality*, London, Penguin Books.
- Searle, J. (2010). *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press
- Shapiro, S. (2011). *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Shiner, R. (1992). *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press.
- Soper, P. (1984). *A Theory of Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Strawson, P.F (1962). *Freedom and Resentment*, «Proceedings of the British Academy», 48, 1-25,
- Vilajosana, J.M. (2016). *Por qué la regla de reconocimiento es una convención*, en L. Ramírez Ludeña, J.M. Vilajosana Rubio (eds.) 2016: 219-242.
- Wilson, J. (2014). *No Work for a Theory of Grounding*, «Inquiry», 57, 535-579.