

Funciones jurídicas*

Legal Offices

Luka Burazin

Resumen

Autor:

Luka Burazin
University of Zagreb, Croacia
lburazin@pravo.hr
<https://orcid.org/0000-0002-2437-8871>

Recibido: 2-11-2019

Aceptado: 14-2-2020

Citar como:

Burazin, Luka, (2021). Funciones jurídicas
Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,
44, pp. 145-157. [https://doi.org/10.14198/
DOXA2021.44.06](https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.06)

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Luka Burazin

Este artículo pretende explicar el tipo de entidades que son las funciones jurídicas y en qué consiste su forma particular de existencia. Esto es, pretende explicar en virtud de qué puede afirmarse que las funciones jurídicas existen. De igual manera, pretende explicar en virtud de qué puede decirse que estas funciones son jurídicas. A pesar de que se toma el antirrealismo como punto de partida, según el cual los artefactos, y por lo tanto las funciones jurídicas, dependen de la mente humana (i.e. son entidades dependientes de la mente (*mind-dependent*)) en el sentido que los estados mentales de los autores de artefactos o los conceptos en los que se basan estos estados constituyen (por lo menos parcialmente) su existencia, el artículo procura demostrar la relevancia que tiene el uso efectivo de las funciones jurídicas para constituir su existencia.

Palabras clave: funciones; funcionario; función de estado; teoría del derecho como artefacto; eficacia.

Abstract

The paper aims to explicate what kind of entity legal offices are and what their specific mode of existence amounts to. That is, it aims to explicate in virtue of what legal offices can be said to exist. Also, it aims to explain in virtue of what these offices can be said to be legal. While the basic idea rests on an antirealist ontological position, according to which artifacts, and thus, per hypothesis, legal offices, depend on the human mind (i.e., they are mind-dependent entities) in the sense that the mental states of the authors of artifacts and the concepts on which these states are based are (at least partly) constitutive of their existence, the paper strives to show the relevance of the actual use of legal offices for their existence.

Keywords: office; officials; status function; artifact theory of law; efficacy.

* Traducción de Pablo Rivas-Robledo (Universidad de La Sabana). A menos que no se especifique, las traducciones de otros textos son tomados de traducciones autorizadas.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende explicar el tipo de entidades que son las funciones jurídicas y qué implicaciones tiene su forma particular de existencia. Esto es, pretende explicar en virtud de qué puede afirmarse que las funciones jurídicas existen. De igual manera, pretende explicar en virtud de qué puede decirse que estas funciones son jurídicas. A pesar de que se toma el antirrealismo como punto de partida, según el cual los artefactos, y por lo tanto las funciones jurídicas, dependen de la mente humana (i.e. son entidades dependientes de la mente (*mind-dependent*)) en el sentido de que los estados mentales de los autores de artefactos o los conceptos en los que se basan estos estados constituyen (por lo menos parcialmente) su existencia, el artículo procura demostrar la relevancia que tiene el uso efectivo de las funciones jurídicas para constituir su existencia.

El artículo primero presenta el concepto inicial de función jurídica que aparece en el discurso jurídico ordinario (sección 2). Luego presenta una distinción entre funciones jurídicas originarias y derivadas para poder dar cuenta de las diferencias relevantes entre funciones del primer poder constituyente, el legislador y la judicatura, particularmente respecto a lo que las hace jurídicas (sección 3). A esto le sigue una explicación en virtud de la cual puede decirse que las funciones jurídicas existen y cuál es la mejor manera de entenderlas ontológicamente (sección 4). Finalmente, el artículo analiza la manera en la cual la existencia de las funciones jurídicas se ve afectada por sus funcionarios y las actividades que llevan a cabo bajo los poderes deónticos conferidos a estos (sección 5).

2. EL CONCEPTO DE FUNCIÓN JURÍDICA

Permítanme comenzar dando algunos ejemplos paradigmáticos de funciones jurídicas. La Presidencia, el Congreso y los juzgados son denominados funciones jurídicas *públicas*. Además, algunos extienden la noción de funciones jurídicas al patrimonio y fideicomisos, las cuales pueden ser denominadas funciones jurídicas *privadas* (Essert, 2013; Katz, 2020; Penner, 2020).

En el discurso jurídico ordinario, se habla de funciones jurídicas como creaciones del derecho positivo, i.e., impuestas por las autoridades (agentes que expiden normas jurídicas) o por la costumbre. Por ejemplo, el Congreso y la Presidencia son creadas por las normas expedidas por la Asamblea Nacional Constituyente o los padres fundadores (i.e. la Constitución); las direcciones de impuestos y la policía son creadas normalmente por normas expedidas por el legislador (i.e. normas reglamentarias). Las funciones jurídicas son entidades que dependen de normas. Las normas en virtud de las cuales las funciones jurídicas existen son normas constitutivas, pues estas constituyen las funciones jurídicas, esto es, son normas que permiten la existencia de las funciones.

Es común afirmar que las funciones jurídicas consisten en un conjunto de poderes deónticos, e.g., poderes para hacer, modificar, derogar, identificar y aplicar o hacer cumplir normas. Ser el legislador, por ejemplo, consiste en tener los poderes para hacer,

cambiar y derogar normas generales y abstractas; ser juez consiste en tener los poderes para identificar y aplicar las normas. De hecho, es posible afirmar que una función jurídica es simplemente una unidad *funcionalificada* (en analogía con personificada) de un conjunto de poderes deónticos.

Adicionalmente, es común afirmar que las funciones jurídicas tienen funcionarios, i.e., individuos que detentan los poderes deónticos propios de la función jurídica a la que pertenecen. Las normas que constituyen las funciones designan a individuos o grupos de individuos como sus representantes y les confieren ciertos poderes deónticos, e.g., poderes para expedir normas para otros o para aplicar o hacer cumplir normas existentes (von Wright, 1963, p. 76). De esta manera, las normas que constituyen funciones jurídicas también son normas que otorgan poderes, i.e., normas que confieren poderes deónticos de las funciones a los funcionarios designados (Shapiro, 2013, p. 75).

Los individuos o grupos de individuos que pertenecen a cierta función normalmente están cualificados de acuerdo con alguna ley. Pueden estar cualificados por una serie de propiedades naturales, e.g., sexo, edad, salud física o mental, descendencia, condiciones morales o ciertas habilidades (Kelsen, 1967, p. 154). Sin embargo, es normal que también estén determinados por la manera en la que se vinculan a la función (Kelsen, 1967, p. 154). Los funcionarios pueden ser vinculados de manera directa o indirecta (Kelsen, 1967, p. 154). Ellos o ellas son pueden ser convocados a la función directamente cuando una norma refiere a un individuo o grupo de individuos particular y les confiere los poderes deónticos propios de la función. Por ejemplo, «si la primera constitución histórica dice ‘El Jefe de Estado será N.N.’, o también ‘se le llamará Asamblea Nacional Constituyente al grupo de personas reunidas en este grupo determinado, en este lugar determinado, que han votado la presente Constitución’» (Kelsen, 1967, p. 154)¹ se trata de funcionarios convocados de manera directa. Por otro lado, los funcionarios son convocados de manera indirecta cuando una norma requiere de cierto acto, como la nominación o la elección, por el cual un individuo o grupo de individuos es convocado a la función (Kelsen, 1967, p. 154).

De modo que las funciones jurídicas pueden ser inicialmente definidas como un estatus acompañado de los poderes deónticos para crear, aplicar y hacer cumplir la ley, las cuales se adscriben a ciertas personas (funcionarios o servidores) de manera directa o indirecta por una norma existente.

3. FUNCIONES JURÍDICAS ORIGINARIAS Y DERIVADAS

Las funciones legales discutidas en la sección anterior pueden denominarse funciones jurídicas derivadas². Las funciones jurídicas derivadas son funciones legales que existen gracias a un norma jurídica existente, i.e. una norma que pertenece a cierto

1. Nota del T.: Traducción tomada de (Kelsen, 2011, p. 196).

2. Aquí quiero hacer una distinción normas originales (o soberanas) y derivadas. Ver (von Wright, 1963, p. 199) y (Guastini, 2014, pp. 115–116).

ordenamiento jurídico. Es derivada dado que el que pertenezca a un ordenamiento jurídico depende de normas positivas preexistentes. Lo que la hace jurídica, por lo menos en un sentido³, es que hay una norma de carácter *legal* que la constituye. Por ejemplo, el legislador, la Presidencia y los jueces existen dado que hay una norma, en principio, la Constitución.

Sin embargo, parece que cualquier ordenamiento jurídico tiene una función que no depende de una norma positiva preexistente, pero se le considera una función jurídica. Esta función es el constituyente originario (*constitution-maker*). Por *constituyente originario* debe entenderse aquí el creador de la primera Constitución histórica⁴, y Constitución debe entenderse en el sentido de «la norma o normas positivas que regulan la producción de normas jurídicas generales» (Kelsen, 1967, p. 222)⁵. El constituyente originario, tal como es entendido aquí, es por definición la función que consiste en el poder para expedir la norma según la cual se pueden producir otras normas de orden legal y, en este sentido, la primera norma positiva de un ordenamiento jurídico. De esta manera, el constituyente originario no puede, por definición, ser una función jurídica derivada, pues no existe gracias a ninguna norma positiva preexistente. Si existiera gracias a una norma positiva preexistente, la norma expedida no sería la primera norma positiva del ordenamiento jurídico, i.e., la primera Constitución. Puede entonces afirmarse que el constituyente originario, al menos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, es una función original y soberana. Esto es, una función la cual no es constituida por una norma positiva precedente, pero que le permite a las personas que detentan sus poderes constituir otras funciones legales al expedir normas constitutivas (i.e. funciones jurídicas derivadas, como el legislador, el sistema judicial o la Presidencia). Por supuesto, esto no implica que la función que corresponde al constituyente de la primera Constitución no sea constituida por una norma, como se verá a continuación.

La pregunta que surge ahora es qué hace que la función original sea *jurídica*: ¿qué es lo que hace posible identificar a quienes detentan los poderes de la función original como los agentes que hacen uso de sus poderes deónticos de creación? ¿qué hace que sus poderes deónticos sean legalmente significativos? Hay un número de aproximaciones teóricas que presuponen que tiene que haber cierto marco normativo según el cual la función original puede ser interpretada como una función jurídica: en términos de los poderes deónticos en los que consiste y las acciones de sus funcionarios como actos legales (Marmor, 2011, pp. 47–48).

De acuerdo con la teoría del Derecho de Kelsen, la norma que provee el carácter normativo de la función jurídica original, esto es, al constituyente originario, es la

3. Puede llegar a decirse que es legal en otro sentido, con referencia al contenido de sus poderes deónticos, los cuales son los poderes para expedir, aplicar y hacer cumplir normas de contenido *legal*.

4. «If we ask why the constitution is valid, perhaps we come upon an older constitution. Ultimately we reach some constitution that is the first historically and that was laid down by an individual usurper or by some kind of assembly» (Kelsen, 1945, p. 115).

5. Nota del T.: Traducción tomada de (Kelsen, 2011, p. 258).

norma fundamental (*Grundnorm*). La norma fundamental es la norma que dota de naturaleza jurídica a los actos de la función que genera la (primera) Constitución (i.e. el acto de expedir la primera Constitución) al constituir al constituyente originario como el órgano autorizado para expedir la primera Constitución, y por lo tanto establece la función jurídica del constituyente originario. En palabras de Kelsen:

Si por Constitución de una comunidad jurídica se entiende la norma o las normas que determinan cómo, es decir, por qué órganos o mediante qué procedimientos (si mediante actos legislativos conscientes, especialmente la legislación, o por vía de la costumbre) han de producirse las normas generales del orden jurídico constitutivo de la comunidad, entonces la norma fundamental es aquella norma que está presupuesta cuando (...) o el acto constituyente establecido de manera consciente por determinados hombres se interpreta objetivamente como un hechos productor de normas; es decir (...) cuando el individuo o la asamblea de individuos que han redactado la Constitución sobre la que reposa el orden jurídico son considerados como autoridad normadora. (Kelsen, 1967, pp. 198–199)⁶⁷

La norma fundamental es, según Kelsen, una norma presupuesta, y puede ser presupuesta únicamente si el ordenamiento jurídico es eficaz, lo que implica que las leyes son expedidas por los órganos competentes, aplicados por los órganos competentes y obedecidas por los ciudadanos (Kelsen, 1967, p. 155). Si «la vieja Constitución pierde su eficacia y deviene eficaz la nueva, (...) los actos que se presentan con el sentido subjetivo de producir o aplicar normas jurídicas ya no son interpretados bajo el presupuesto de la vieja norma fundamental, sino bajo el presupuesto de la nueva» (Kelsen, 1967, p. 210)⁸. A pesar de que Kelsen no siempre fue claro en el punto sobre quién presupone la norma fundamental, e incluso cambió su posición a lo largo de los años, soy de la opinión de que, de acuerdo con Kelsen, los órganos jurisdiccionales son los que presuponen la norma fundamental, y en virtud de esto la Constitución es legalmente vinculante y el acto de creación de la Constitución es genuinamente un acto jurídico (Bindreiter, 2001, pp. 149–151).

De acuerdo con la teoría del Derecho de Hart, la norma que provee los fundamentos normativos de la función jurídica originaria, i.e. la función del (primer) constituyente, parece ser la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento es la regla que especifica los criterios de validez en un sistema jurídico dado. No es una regla positiva y decretada, sino «una forma de regla consuetudinaria judicial que existe únicamente si ésta es aceptada y practicada en las operaciones de identificación y de aplicación jurídicas de los tribunales» (Hart, 1994, p. 256)⁹.

6. Nota del T.: Traducción tomada de (Kelsen, 2011, p. 234).

7. Las secciones omitidas son aquellas en las que Kelsen indica que la Constitución también puede llegar a existir gracias a la costumbre, pero en ese caso no hablaría del constituyente originario como *función*, sino de individuos que mediante su comportamiento constituyen una costumbre que crea la Constitución. En este caso no habría una función que fuese el constituyente originario, pues no es usual hablar de una función conformada por un individuo o grupo de individuos que no han sido convocados a conformarla. Ver (Kelsen, 1967, p. 155).

8. Nota del T.: Traducción tomada de (Kelsen, 2011, pp. 245–246)

9. Nota del T.: Traducción tomada de (Hart, 2000, p. 33).

Hart critica la posición de Kelsen según la cual se debe presuponer una norma fundamental que prescriba una primera Constitución o que aquellos que la introdujeron deban ser obedecidos. Hart arguye que si la Constitución «especifica las varias fuentes de derecho es una realidad viviente en el sentido de que los tribunales y los funcionarios del sistema efectivamente identifican el derecho con arreglo a los criterios que ella suministra, entonces la constitución es aceptada y efectivamente existe» (Hart, 1994, p. 293)¹⁰. Por lo tanto, Hart afirma que «[p]arece una duplicación innecesaria sugerir que hay otra regla más que dispone que la constitución (o quienes la “establecieron”) ha de ser obedecida» (Hart, 1994, p. 293)¹¹. Así, de acuerdo con Hart la primera Constitución es eficaz si aquellos con el poder de promulgar la normas de carácter general (legisladores) de hecho pueden hacerlo, y aquellos con el poder de aplicarlas (las cortes) de hecho las aplican, y al aplicarlas las reconocen como normas válidas, entonces se puede hablar de la práctica de funcionarios como constituyendo una regla de costumbre según la cual «deben usarse ciertos criterios de validez (p. ej. sanción por la Reina en Parlamento) para identificar el derecho» (Hart, 1994, p. 293)¹². Al explicitar los criterios para la identificación de las reglas del sistema como válidas, pareciera que la regla de reconocimiento le otorga significado a actos de ciertas entidades y al mismo tiempo estas entidades están facultadas para llevar a cabo actos que generan reglas jurídicas válidas. En ese sentido se puede decir que la regla de reconocimiento en efecto establece las funciones jurídicas y empodera a los funcionarios de estas funciones para llevar a cabo ciertas acciones. Al referirse a actos como la primera Constitución histórica, la regla de reconocimiento hace la Constitución legalmente válida y, presumiblemente, faculta a quienes llevan a cabo estos actos, i.e. el poder original o soberano, para hacerlo.

De acuerdo con mi teoría del Derecho como artefacto (la cual se explica en otros trabajos)¹³, la función que representa el constituyente originario es constituida por la regla de reconocimiento, la cual a su vez está constituida por la práctica reiterada de los ciudadanos (en el sentido de miembros de la comunidad relevante). Los ciudadanos (incluyendo los funcionarios judiciales) son quienes, mediante su reconocimiento colectivo, imponen sobre otras personas el estatus institucional a la función jurídica originaria y al hacerlo confieren poderes deónticos para expedir la norma o normas que regulan la creación de normas jurídicas (i.e. normas que regulan la legislación). En este sentido puede decirse que los miembros de la comunidad relevante son los autores de la función que es el constituyente originario y le confieren poderes deónticos a los funcionarios de esta.

A pesar de que ciertas personas pueden definirse como *constituyentes originarios* cuando se ponen de acuerdo en una serie de criterios para tener este estatus, estos no tienen el estatus institucional a menos que sean reconocidos como tal por una

10. Nota del T.: Traducción tomada de (Hart, 1998, p. 311).

11. Nota del T.: Traducción tomada de (Hart, 1998, p. 311).

12. Nota del T.: Traducción tomada de (Hart, 1998, p. 311).

13. Ver (Burazin, 2016, 2018).

comunidad relevante (una comunidad respecto de la cual ejercitan poderes deónticos los cuales se siguen de su estatus de constituyentes originarios) (Lagerspetz, 1995, p. 15). El reconocimiento colectivo de los ciudadanos a los funcionarios originarios representa la práctica social de los primeros respecto de la cual reconocen a ciertas personas como funcionarios. Así como la práctica social descansa en razones sociales para la acción (reconocer a ciertas personas como funcionarios dado que otros los reconocen como tal y se espera que hagan lo mismo), así también constituye una regla de reconocimiento social. Aparte de ser una norma social, es una norma constitutiva en sentido doble, pues le confiere estatus institucional a la función jurídica originaria (la constituye como tal) y constituye el marco conceptual que hace posible la instanciación de un sistema legal. El cual, sobre la base de la división de labor, es desarrollado tanto por los funcionarios originarios como por los derivados, los cuales asientan los criterios de identificación de los recursos de la ley en una comunidad relevante. De esta manera, de acuerdo con mi teoría del derecho como artefacto, el constituyente originario es una función no porque es creada por la ley o reconocida como tal sólo a través de la práctica de funcionarios judiciales, sino porque es considerada como tal de manera colectiva por los ciudadanos.

En síntesis, tal como con la norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart, la norma de reconocimiento de los ciudadanos no es una norma jurídica positiva promulgada. Contrario a la norma fundamental de Kelsen, no es una norma presupuesta, pero similar a la regla de reconocimiento de Hart, la norma de reconocimiento de los ciudadanos es una norma social. Finalmente, contrario a tanto la norma fundamental de Kelsen, que es presupuesta por los funcionarios, como a la regla de reconocimiento de Hart, la cual se constituye a través de la práctica de los funcionarios, la regla de reconocimiento de los ciudadanos se constituye a través de la práctica de los ciudadanos.

4. ONTOLOGÍA DE LAS FUNCIONES JURÍDICAS

Las funciones jurídicas no son entidades como el agua, el oro o los tigres. Las funciones jurídicas deben entenderse como construcciones sociales. Estas son construcciones en el sentido de que son creadas por humanos, quienes por su puesto las crean con un propósito. El propósito de las funciones legales está reflejado en los poderes deónticos que detentan, i.e. los poderes para identificar, crear y aplicar el Derecho. Generalmente, puede decirse que el propósito de las funciones jurídicas es permitir que los individuos identifiquen, creen y apliquen el Derecho, lo cual no pueden hacer en virtud solo de su estructura física. El hecho de que son creadas por humanos y hayan sido creadas con un propósito las hace artefactos, de acuerdo con la definición clásica de artefacto (Hilpinen, 2011).

A partir de la teoría de Searle de la construcción social del mundo¹⁴, es posible definir las funciones jurídicas como la función de estado tal que tiene los poderes deónticos relevantes, las cuales existen y son impuestas a un individuo o grupo de individuos mediante el reconocimiento colectivo de la regla constitutiva relevante (ya sea directa o indirectamente). El hecho de que estas se basen en normas que requieren de intencionalidad colectiva para existir (lo que significa que en principio pueden ser creadas solo si hay un reconocimiento colectivo o una aceptación de las normas constitutivas relevantes las cuales le confieren la función de estado a la función jurídica acompañada por los poderes deónticos relevantes y puede continuar existiendo por el tiempo en el que sea reconocida) hace a las funciones jurídicas artefactos institucionales.

Aquí es útil introducir la diferencia entre tipos de normas (constitutivas) mediante las cuales las personas de manera colectiva le imponen el estatus institucional a una función jurídica. Como he defendido en otro texto, puede hacerse una distinción entre normas de reconocimiento codificadas o explícitas y decodificadas o implícitas, así como normas de reconocimiento generales e individuales (Burazin, 2018, p. 123). Las reglas de reconocimiento codificadas o explícitas son las que son planteadas explícitamente y formuladas por una autoridad humana y son, por lo menos de manera indirecta (por medio del reconocimiento de los funcionarios originales y de lo que reconocen como derecho) reconocidas de manera colectiva por los ciudadanos. Las reglas de reconocimiento decodificadas o implícitas son aquellas que se constituyen únicamente por la práctica social del reconocimiento colectivo. Las reglas de reconocimiento decodificadas o implícitas son, de hecho, normas sociales. Las reglas de reconocimiento generales son normas que constituyen un tipo de artefacto institucional y pueden ser formuladas de la siguiente manera: Para cualquier x , reconocemos de manera colectiva que si x cumple con las condiciones C , entonces cuenta como y . Las reglas de reconocimiento individuales son aquellas que constituyen una instancia de artefacto institucional (o una instanciación de un tipo de artefacto institucional) y pueden ser formuladas de la siguiente manera: para una entidad (preexistente particular) e , de manera colectiva reconocemos que cuenta como y .

Ahora enfoquémonos en la aplicación de estas normas a casos particulares de funciones jurídicas, i.e., las funciones jurídicas originales (o las primeras) y las derivadas. La primera función jurídica de un ordenamiento jurídico, históricamente hablando, i.e., la función del constituyente originario, es constituida por el reconocimiento colectivo de un norma constitutiva decodificada o implícita individual¹⁵. Una comunidad puede reconocer a cierto grupo de personas como sus constituyentes originarios, y de

14. Para un breve resumen del aparato conceptual de Searle, ver (Searle, 2010, pp. 6–11).

15. De acuerdo con Searle, este es el caso cuando no existen normas constitutivas y, por lo tanto, debe haber un ejemplo pre-institucional que tenga la misma estructura que las normas constitutivas. Es simplemente un reconocimiento colectivo *ad hoc* que algo que tiene cierto estatus y es un paso hacia su codificación en forma de regla. Ver (Searle, 2010, pp. 19–21), ver también (Thomasson, 2009, p. 548). De acuerdo con la tipología de Thomasson de normas constitutivas, en estos casos se está únicamente ante reglas constitutivas singulares, pues los objetos institucionales son creados instancia por instancia.

esta manera investirlos del estatus institucional de constituyente originario con los correspondientes poderes deónticos para expedir la norma que regula la expedición de otras normas jurídicas de carácter general. Todas las funciones jurídicas subsecuentes son (en principio) constituidas o bien por la norma general constitutiva (codificada o explícita) promulgada o bien por la primera función desde el punto de vista histórico (i.e. por medio de una norma constitucional) o bien por los funcionarios de las funciones jurídicas derivadas (e.g. a través de una norma los reglamente). De cualquier modo, incluso en este caso es necesario que haya por lo menos un reconocimiento informal, decodificado o implícito por parte de los ciudadanos, lo que se asegura mediante su reconocimiento inicial a la función jurídica conformada por los primeros funcionarios o los funcionarios originales y sus poderes deónticos correspondientes (incluyendo la capacidad de codificar las normas que constituyen funciones jurídicas derivadas y en virtud de la cual los funcionarios son elegidos o nombrados). Esto es así debido a que la codificación no es socialmente eficaz si al ordenamiento jurídico como un todo le hace falta cierto nivel de reconocimiento colectivo informal por parte de la comunidad relevante (Tuomela, 2002, p. 159).

Al reconocer de manera colectiva a ciertas personas como los funcionarios, los miembros de la comunidad relevante les adscriben un poder normativo para crear derecho. Sin embargo, dado que los ciudadanos han reconocido de manera colectiva que ciertas personas son funcionarios jurídicos, y por lo tanto han reconocido colectivamente qué funcionarios crean derecho, están comprometidos con el hecho de que ciertas personas son sus funcionarios y que lo que crean como derecho es vinculante para la comunidad. Cuando hacen esto, también se comprometen con el hecho de participar en una práctica legal la cual es conceptualmente posible gracias a la práctica reiterada de los funcionarios. Esto es, una vez que las normas han sido identificadas como normas jurídicas por los funcionarios del ordenamiento jurídico, los ciudadanos se comprometen a cumplirlas y a usarlas al momento de regular las relaciones entre estos. Esto demuestra por qué un reconocimiento por separado de los hechos institucionales y de las instituciones creadas dentro de una institución existente, como aquellas derivadas de otras funciones jurídicas y sus funcionarios, no es necesario. Al reconocer de manera colectiva la institución del constituyente originario e (indirectamente) un ordenamiento jurídico, uno ya se comprometió consigo mismo(a) a reconocer normas particulares creadas por los funcionarios de funciones jurídicas derivadas como válidas dentro del ordenamiento jurídico.

En el caso de tanto funciones jurídicas originarias como derivadas, las funciones jurídicas son creadas por el reconocimiento colectivo de las normas constitutivas con las cuales los humanos imponen la función de estatus de función jurídica a ciertas personas (Searle, 2010, pp. 41–51). En el caso de la función jurídica original (i.e. el constituyente originario), la función se crea por el reconocimiento directo de la norma social de reconocimiento de los ciudadanos y, en el caso de funciones jurídicas derivadas, mediante un reconocimiento implícito indirecto por parte de los ciudadanos a las normas constitutivas dirigidas a los funcionarios. En la misma medida, en estos casos

las funciones jurídicas son ontológicamente inmateriales, pues no son nada más que una función de estado, y esta, como ya se dijo, consiste en un conjunto de poderes deónticos (i.e. el poder para identificar, crear y aplicar leyes), el cual es una abstracción. Por lo tanto, es posible decir que las funciones jurídicas son abstractas o artefactos inmateriales institucionales.

La diferencia entre las dos es que, en el caso de la función originaria, los funcionarios son nombrados directamente, pues la regla de reconocimiento de los ciudadanos refiere a individuos particulares o a un grupo de individuos; en el caso de funciones derivadas, los funcionarios son nombrados de manera directa o indirecta, pues en algunos casos las normas constitutivas para los funcionarios requieren de cierto acto, como la nominación o la elección, por el cual un individuo o grupo de individuos son convocados para ocupar el cargo. Otra diferencia radica en el contenido de los poderes deónticos propios de cada función. Mientras que las funciones derivadas pueden consistir en cualquier tipo de poderes deónticos, como el poder de crear, aplicar o hacer cumplir las normas, la función originaria, por definición, consiste en el poder normativo de crear normas jurídicas o, más específicamente, el poder de expedir la primera constitución. Aquí Constitución se entiende en el sentido kelseniano de un conjunto de normas que regulan el proceso de legislación en un ordenamiento, i.e., «la creación de normas de carácter general, particularmente la creación de estatutos» (Constitución en sentido material) (Kelsen, 1945, p. 124).

En síntesis. El hecho de que las funciones jurídicas tengan autores humanos (miembros de una comunidad relevante), los cuales las crean con un propósito (crear, identificar o aplicar la ley), las hace artefactos. El hecho de que sean reguladas (constituidas por la norma social de reconocimiento o una norma constitutiva positiva) y requieran de reconocimiento colectivo para su existencia (por miembros de la comunidad relevante), las hace institucionales. El hecho de que sean una función de estado respecto de un conjunto de poderes deónticos las hace inmateriales. Por lo tanto, podemos decir que, ontológicamente, las funciones jurídicas son artefactos institucionales inmateriales.

5. FUNCIONES, FUNCIONARIOS Y EFICACIA

A pesar de que las funciones jurídicas originarias son constituidas por normas, no pueden existir sin sus funcionarios y el ejercicio propio de los poderes deónticos a cargo de estos, y tampoco sin otras funciones jurídicas con sus respectivos funcionarios ejerciendo los poderes deónticos de los que están investidos. Esto es, para que la función jurídica originaria exista en un sentido no trivial, no es suficiente que esté constituida por una norma. La norma relevante puede determinar solo el carácter pretendido del artefacto institucional y de este modo crear el concepto. La existencia y el carácter del artefacto institucional dependen de si los poderes deónticos conferidos son de hecho usados. Esto se sigue de las explicaciones aludidas anteriormente sobre lo que constituye a la función como la constituyente originaria.

De acuerdo con Kelsen, la norma fundamental, que faculta a un individuo o grupo de individuos para crear la primera Constitución histórica y así constituye a la función que es el constituyente originario, está presupuesta sólo si la primera Constitución es eficaz. La primera Constitución histórica es eficaz si el individuo o grupo de individuos facultados por la Constitución de hecho expiden la primera Constitución histórica, la autoridad legislativa facultada por la Constitución de hecho expide leyes y estas de hecho son aplicadas por los funcionarios que deben hacer y obedecidas por los ciudadanos (Kelsen, 1967, p. 210). Por lo tanto, el constituyente originario como función existe en un sentido no trivial, i.e., como función jurídica, sólo si sus funcionarios existen, si expiden la Constitución de acuerdo con poderes deónticos, si existe el legislador como función jurídica y sus funcionarios (los legisladores) expiden leyes, si existe la rama judicial como función jurídica y sus funcionarios (los jueces) aplican las leyes, y si las personas obedecen las leyes.

La misma conclusión se sigue de la explicación de Hart sobre lo que constituye al constituyente originario como función. La regla de reconocimiento establece que el constituyente originario como función existe solo si hay una práctica reiterada al identificar y aplicar la primera Constitución (junto con otras fuentes del Derecho) por parte de los órganos jurisdiccionales. Esto, de nuevo, presupone que los funcionarios del constituyente originario de hecho promulguen la primera Constitución y de este modo establezcan al legislador como función, que el legislador ejerza sus funciones y de este modo expida normas jurídicas generales.

De acuerdo de mi teoría del Derecho como artefacto, la función del constituyente originario está constituida por el reconocimiento de una norma constitutiva decodificada o implícita individual que los ciudadanos de manera colectiva. Dado que las normas constitutivas individuales son aquellas que constituyen el estatus relevante al adscribir este estatus a particulares que existen previamente, la norma de reconocimiento de los ciudadanos presupone la existencia de ciertos individuos que son reconocidos de manera colectiva por los ciudadanos como los constituyentes originarios, los funcionarios de esta función. Dado que para existencia institucional de un artefacto es necesario que sus poderes deónticos se ejerzan, no habría constituyente primario si en la primera Constitución no se establece un legislador. De manera similar, la función de expedir la primera Constitución no es meramente establecer al legislador como función jurídica, sino también asegurarse que esta función esté ocupada por funcionarios que ejercerán los poderes deónticos propios de la expedición de normas jurídicas de carácter general. Si el legislador establecido por la primera Constitución nunca estuviera ocupada o sus funcionarios nunca expidieran normas jurídicas generales, a lo sumo se puede decir que algunas personas, i.e., los supuestos constituyentes originarios, propusieron una primera Constitución. Del mismo modo, si los supuestos legisladores expiden normas de carácter general, y estas nunca son aplicadas por los órganos encargados de hacerlo, a lo sumo puede afirmarse que algunas personas, i.e., los supuestos legisladores, propusieron algunas normas jurídicas para el supuesto ordenamiento jurídico.

Esto supone una ligera matización de la afirmación según la cual «en las funciones siempre existe la posibilidad de vacancia porque son posiciones impersonales de autoridad separables del funcionario» (Katz, 2020, p. 269). El constituyente originario como función nunca puede estar vacante o, en otras palabras, no puede haber una brecha institucional respecto a la función que es el constituyente originario¹⁶. Para poder existir, tiene que asegurarse que ciertas personas son reconocidas como funcionarios del constituyente originario. Del mismo modo, dado que los poderes deónticos del constituyente originario se agotan en la expedición de la primera Constitución por definición (Guastini, 2014, p. 166), el problema de la continuidad del constituyente primario y su eventual vacancia no surge. Lo mismo sucede respecto de las funciones del legislador y los jueces en lo que se refiere a su existencia. Si las funciones que son el legislador y los jueces no se ocupan de manera inicial, podría decirse que, de hecho, no hay funciones jurídicas, dado que no hay ejercicio de los poderes deónticos propios de las funciones. Sin embargo, el legislador y los jueces como funciones pueden estar vacantes sin dejar de existir si existe una norma que regule cómo se debe nombrar a los funcionarios. Esto es así en tanto en ambos casos es posible (y de hecho es normalmente el caso) que los funcionarios sean nombrados de manera indirecta y sus poderes deónticos no se agotan con el primer uso.

Para concluir, las funciones jurídicas, como artefactos institucionales, existen en virtud de sus normas constitutivas las cuales son reconocidas por miembros de una comunidad relevante, bajo la condición de que, por lo menos inicialmente, esté compuesta por funcionarios que de hecho ejerzan los poderes deónticos propios de la función en la que se encuentran y por el tiempo que el reconocimiento colectivo de los ciudadanos a los funcionarios originales no sea revocado.

BIBLIOGRAFÍA

- BURAZIN, L. (2016). Can There Be an Artifact Theory of Law? *Ratio Juris*, 29(3), 385–401. <https://doi.org/10.1111/raju.12134>
- BURAZIN, L. (2018). Legal Systems As Abstract Institutional Artifacts. En K. E. Himma & C. Roversi (Eds.), *Law as an Artifact*. Oxford University Press. <https://papers.ssrn.com/abstract=2907334>
- ESSERT, C. (2013). The Office of Ownership. *The University of Toronto Law Journal*, 63(3), 418–461.
- GUASTINI, R. (2014). *La sintassi del diritto*. Giappichelli.
- HART, H. L. A. (1994). *The concept of law*. Clarendon Press ; Oxford University Press.
- HART, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.
- HILPINEN, R. (2011). Artifact. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University. <https://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/artifact/>

16. Respecto a las brechas institucionales, ver (Romano, 1925, pp. 7–10).

- KATZ, L. (2020). Ownership and offices: the building blocks of the legal order. *The University of Toronto Law Journal*. 70(Issue supplement 2), 267-286.
- KELSEN, H. (1945). *General Theory of Law and State*. Harvard University Press.
- KELSEN, H. (1967). *Pure Theory of Law*. University of California University Press.
- KELSEN, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho* (L. Langbehn (trad.)). Ediciones Colihue.
- LAGERSPETZ, E. (1995). *The Opposite Mirrors: An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Springer Netherlands. <https://doi.org/10.1007/978-94-017-3409-7>
- MARMOR, A. (2011). *Philosophy of Law* (Vol. 3). Oxford University Press.
- PENNER, J. (2020). *Private law offices*. . *The University of Toronto Law Journal*. 70(Issue supplement 2), 299-314.
- ROMANO, S. (1925). *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*. Presso l'Università degli studi.
- SEARLE, J. R. (2010). *Making the Social World. the Structure of Human Civilization*. Oxford University Press.
- SHAPIRO, S. (2013). *Legality*. Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press.
- THOMASSON, A. L. (2009). Social Entities. En R. L. Poidevin (Ed.), *The Routledge Companion to Metaphysics*. Routledge.
- TUOMELA, R. (2002). *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*. Cambridge University Press.
- VON WRIGHT, G. H. (1963). *Norm and action: a logical enquiry*. Routledge & Kegan Paul.

