

### III

## ELEMENTOS DE UNA TEORÍA DE LAS NORMAS

SUMARIO: 1. *Enunciados normativos.* 2. *Los elementos de una norma.* a) *La explicación de la estructura de una norma en Bentham.* b) *La estructura de una norma en Kelsen.* 3. *La existencia de normas.* a) *Condiciones de creación derivadas.* b) *Condiciones de extinción derivadas.* c) *Condiciones originarias de existencia.*

Idealmente la teoría de un sistema jurídico debería ser tratada como parte de una teoría general de las normas. En el actual estado confuso de la teoría general, sin embargo, es mucho más recomendable atacar los problemas de la teoría del sistema jurídico aisladamente. Empero, tal aislamiento no puede ser nunca completo; es un hecho que los más grandes filósofos del derecho, incluyendo a aquellos analizados aquí, han desarrollado sus propias teorías de las normas como fundamento de sus teorías del derecho.

En éste y en el próximo capítulo ciertas partes de la teoría general de las normas, extraídas de los trabajos de Bentham y Kelsen, las cuales tienen una relación directa con sus teorías de los sistemas jurídicos, serán críticamente examinadas. Este análisis comprenderá cuatro problemas principales. En el presente capítulo examinaremos (1) la doctrina de Kelsen que se refiere a cierta clase de enunciados, denominados aquí enunciados normativos; (2) la explicación de Bentham de la estructura de las disposiciones jurídicas en términos de actos y "aspectos de la voluntad"; (3) la explicación de Kelsen sobre la existencia de las normas jurídicas. En el próximo capítulo examinaremos (4) la teoría de la individuación de las disposiciones jurídicas que se encuentra explícita o implícita en estos dos autores.

Esperamos que la importancia de estos cuatro aspectos de la teoría del sistema jurídico se hará manifiesta después de lo que hemos dicho en los capítulos I y II y en la explicación que sigue a continuación. Sin embargo, como estos problemas son complejos y su investigación supone, necesariamente, un tratamiento detallado de cuestiones aparentemente ale-

jadas de nuestro tema principal, se ofrece en seguida una explicación breve de la relación de estos cuatro problemas con la teoría de un sistema jurídico.

En la medida en que los sistemas jurídicos son sistemas de disposiciones jurídicas, algo tiene que ser dicho aquí sobre la naturaleza de las disposiciones jurídicas. El significado de 'una disposición jurídica'<sup>a</sup> es una cuestión muy controvertida para ser tomada como generalmente aceptada y, por otro lado, de gran importancia para la teoría de los sistemas de disposiciones jurídicas como para ser evitada por completo. Las explicaciones de la existencia, de los elementos y de la individuación de las disposiciones jurídicas son parte del análisis del concepto de una disposición jurídica. Los enunciados normativos son enunciados acerca de disposiciones jurídicas y alguna indicación de su relación con las disposiciones jurídicas es necesaria para evitar confusión. Más aún, la existencia de un sistema de disposiciones jurídicas implica la existencia de disposiciones jurídicas que pertenezcan a él; de ahí la importancia particular de las condiciones de existencia de las disposiciones jurídicas para el entendimiento de la existencia de los sistemas jurídicos. Más adelante se sostendrá que los problemas de la estructura de los sistemas jurídicos y de la individuación de las disposiciones jurídicas se encuentran íntimamente relacionadas; que la estructura de un sistema jurídico está determinada por: (1) la opción teórica de los principios de individuación de las disposiciones jurídicas y (2) por el ingrediente fáctico de la riqueza y complejidad del sistema jurídico en consideración. De ahí la importancia del problema de la individuación para la teoría del sistema jurídico.

En la explicación de estos problemas ciertos aspectos de las teorías de Kelsen y Bentham serán criticados. En ocasiones, distintas partes de sus teorías serán reformuladas y combinadas para servir como contexto para el análisis de los problemas de una teoría del sistema jurídico en los capítulos posteriores.

### 1) *Enunciados normativos*

La teoría pura de Kelsen explora el fundamento de las ciencias de las normas sociales, esto es, las que él denomina ética y ciencia jurídica. En parte este análisis se ocupa del lenguaje en el cual esas ciencias formulan sus conclusiones. La característica particular de este lenguaje es que es un lenguaje normativo, en la medida que incluye oraciones usadas para

<sup>a</sup> Véase *supra* nota b de la *Introducción*. NT.

hacer enunciados de cierto tipo, enunciados que aquí denominamos enunciados normativos.

“Las normas jurídicas establecidas por las autoridades creadoras del derecho son prescriptivas”.<sup>1</sup> En su establecimiento el lenguaje es usado performativamente.<sup>2</sup> La ciencia jurídica, por otro lado, es descriptiva: “...el jurista, como exponente teórico del derecho presenta las normas en proposiciones que tienen un sentido puramente descriptivo”.<sup>3</sup> Estas observaciones más bien crípticas son explicadas con mayor detalle en la nueva edición de la *Teoría pura del derecho*:<sup>b</sup> “las normas jurídicas no son juicios, esto es, no son enunciados sobre un objeto de conocimiento. Conforme con su significado, son mandatos [y como tales órdenes, imperativos]; pero igualmente son permisiones y autorizaciones”.<sup>4</sup> En virtud de que las normas no transmiten información, sino son órdenes, permisiones, o autorizaciones, no pueden ser descritas como verdaderas o falsas: “...las normas establecidas por la autoridad jurídica, que imponen obligaciones y confieren derechos a los sujetos jurídicos no son ni verdaderas ni falsas, sino, únicamente, válidas o no válidas”.<sup>5</sup> Que una norma sea obligatoria y que sea válida es una y la misma cosa y ambos significan que ésta existe: “por ‘validez’ entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida es decir que asumimos su existencia o —lo que equivale a lo mismo— asumimos que tiene ‘fuerza obligatoria’ para todos aquellos cuya conducta regula”.<sup>6</sup> Las normas, por

<sup>1</sup> *General Theory of Law and State*, cit., p. 45.

<sup>2</sup> Prefiero ‘performativamente’ en vez de ‘prescriptivamente’ como caracterización del uso del lenguaje en la creación de normas. Ambos términos son objeto de mucha controversia que no podemos abordar aquí.

<sup>3</sup> Kelsen, Hans. *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. Berkeley, University of California Press, 1960, p. 268.

<sup>b</sup> Joseph Raz usa normalmente la versión inglesa de la *Reine Rechtslehre* debida a Max Knight: *The Pure Theory of Law* (Berkeley, University of California Press, 1967). (No obstante que esta versión ha sido considerada poco satisfactoria, incluso por el propio Raz, traduciremos de ésta los párrafos a los que Raz hace referencia en virtud de que, en no pocos casos, mucho de su argumento se debe a la forma como los argumentos de Kelsen son formulados en inglés). En todo caso indicaremos a qué pasaje del original de la *Reine Rechtslehre* (*zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage* [Viena, Franz Deuticke, Verlagbuchhandlung 1960] se alude. Igualmente, haremos referencia a la versión española debida a Roberto Vernengo: *Teoría pura del derecho* (México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas [1979] 1983).

<sup>4</sup> Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law*, cit., p. 71. Como mero ejemplo de lo dicho en la nota anterior: lo que se encuentra entre corchetes es texto omitido en la versión inglesa. Cfr. *Reine Rechtslehre. Teoría pura del derecho*, cit., p. 84. NT.

<sup>5</sup> Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 73.

<sup>6</sup> Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, cit., p. 30.

tanto, son entidades, aunque, por supuesto, son entidades abstractas más que cosas físicas: “el derecho, como norma, es un ideal y no una realidad natural”.<sup>7</sup> Las observaciones de Kelsen sobre la relación entre normas y el lenguaje usado en su creación son, en general, confusas y no hay necesidad de ocuparse de ellas aquí. El resto de este inciso se refiere a la relación entre normas y los enunciados normativos.

Los enunciados normativos transmiten información y, consecuentemente, pueden ser verdaderos o falsos: “los enunciados formulados por la ciencia del derecho . . . no imponen obligaciones ni confieren derechos sobre nadie; pueden ser verdaderos o falsos”.<sup>8</sup> La estructura básica y la importancia de los enunciados normativos son brevemente explicados en el siguiente pasaje:

Uno puede también decir: cierto algo —específicamente cierta conducta— puede tener la cualidad de ‘ser’ o de ‘debe ser’. Por ejemplo, en los dos enunciados: ‘la puerta es cerrada’ y ‘la puerta debe ser cerrada’, el cierre de la puerta en el primer enunciado es enunciado como algo que es; en el segundo, como algo que debe ser.<sup>9</sup>

Estas observaciones tienen afinidades con varias ideas que fueron sugeridas por otros filósofos.<sup>10</sup> Sin embargo, como Kelsen no continuó con el tema más allá y se contentó con este pasaje bastante vago y como aquí no haremos ningún intento para desarrollar una lógica de los enunciados normativos, dejaremos el tema como está.

En el siguiente pasaje Kelsen establece lo que equivale a una explicación de las condiciones de verdad de los enunciados normativos: “las reglas de

<sup>7</sup> Kelsen, Hans. “The Pure Theory of Law”, en *The Law Quarterly Review*, vol. 50, octubre 1934 y vol. 51 julio 1935, p. 481. (Esta es una versión inglesa, debida a Charles H. Wilson de un trabajo inédito en alemán del cual existe versión española de Luis Legaz y Lacabra: *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, [Madrid, Revista de derecho privado, 1933]. Este trabajo es anterior a la primera edición de la *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* [Viena, Franz Deuticke, 1934], de la cual existe traducción al castellano debida a Jorge C. Tijerina: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática, científica del derecho*, Buenos Aires (1941) 1946] NT).

<sup>8</sup> Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 73.

<sup>9</sup> Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 6.

<sup>10</sup> Véase por ejemplo la distinción de R. M. Hare entre frásico y néustico (en *The Language of Morales*, Oxford, Oxford University Press, 1964), los modos semánticos de E. Stenius (en *Wittgenstein's "Tractatus"*, Oxford, Basil. Blackwell, 1960); y la lógica de los enunciados normativos de Georg H. von Wright (en *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Rutledge and Paul Kegan, 1963. [Existe versión española de esta obra debida a Pedro García Ferrero: *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Editorial, Tecnos, 1970. NT.]).

derecho en un sentido descriptivo... son juicios hipotéticos que establecen que, *de acuerdo con un orden jurídico nacional o internacional*, bajo las condiciones determinadas por dicho orden, ciertas consecuencias determinadas por ese orden deben tener lugar".<sup>11</sup> Análogamente: "la ética describe las normas de una moral determinada, ella nos enseña cómo debemos conducirnos *según esta moral*".<sup>12</sup> Uno puede decir que un enunciado normativo tiene la forma general de que *p* debe ser el caso y que éste es verdadero si, y sólo si, hay, en un cierto sistema normativo, una norma que establece que *p* debe ser el caso.

Al explicar esta doctrina las consideraciones siguientes tienen que ser tenidas en cuenta:

(1) El término 'debe ser', como otros términos similares, pueden ser usados, según Kelsen, tanto performativamente —para crear una norma— como descriptivamente —para afirmar la existencia de una norma—. En la ciencia jurídica se usa únicamente en el último sentido: "...el 'debe ser' de una regla de derecho no tiene un carácter prescriptivo, como el 'debe ser' de la norma jurídica —su significado es descriptivo—. Esta ambigüedad de la palabra 'debe ser' es pasada por alto cuando los enunciados de 'debe ser' son identificados con enunciados imperativos".<sup>13</sup>

(2) Más aún, Kelsen usa el término 'debe ser' en un sentido técnico mucho más amplio que el del lenguaje ordinario:

la palabra 'debe ser' se usa aquí en un más amplio sentido que el usual. De conformidad con el uso acostumbrado, 'debe ser' corresponde únicamente a un mandato, mientras que 'tener permiso' ['*may*'] corresponde a una permisión y 'poder' ['*can*'], a una autorización. Pero, en el presente trabajo, la palabra 'debe ser' ... comprende 'tener permiso' y 'poder'.<sup>14</sup>

En realidad, Kelsen usa 'debe ser' como un tipo de variable para modalidades normativas. La forma general de un enunciado normativo

<sup>11</sup> *The Pure Theory of Law, cit.*, p. 71.

<sup>12</sup> Kelsen, Hans. *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 99 n. 1. Las cursivas son mías. (Esta obra es la versión francesa de la 2ª edición de la *Reine Rechtslehre* [Viena, Franz Deuticke 1960]). El autor hace uso de esta edición porque, además de que, "en ocasiones encuentra que la traducción [inglesa] se desvía del original de manera significativa..." [p. 240 n. 1], no contiene notas a pie de página del original. (Cfr. *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 86. n. 61. NT).

<sup>13</sup> Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law, cit.*, p. 75. Debe recordarse que 'reglas de derecho' significa lo mismo que 'enunciados normativos sobre el derecho' y que por 'enunciados imperativos' Kelsen se refiere a imperativos.

<sup>14</sup> Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law, cit.*, p. 5. (El traductor de la versión inglesa usa '*may*' para '*dürfen*' y '*can*' para '*Können*'. NT).

puede, por tanto, ser formulada de la siguiente manera:  $Mp$ , donde  $M$  representa cualquier modalidad normativa.

(3) Las oraciones en cursiva en los párrafos transcritos hacen claro que los enunciados normativos se refieren siempre a sistemas normativos particulares (por supuesto pueden referirse a más de un sistema). La referencia puede ser más o menos explícita, como en 'en Inglaterra uno debe...' o 'de acuerdo con el derecho inglés, uno debe...'. Puede ser una referencia implícita, la cual es el caso cuando el sistema referido no es mencionado en absoluto al establecer los enunciados.

La existencia del sistema referido no es afirmada en el enunciado de referencia. Es presupuesta. Si el sistema no existe, el enunciado no es falso pero tampoco verdadero. No tiene valores de verdad.

Los enunciados normativos explicados por Kelsen se refieren también, implícitamente, a un momento particular de la vida de un sistema; se refiere a un sistema momentáneo particular. Nuevamente la referencia puede ser explícita y puede ser con referencia a más largos periodos de tiempo. Pero, siguiendo a Kelsen, la referencia temporal de los enunciados será pasada por alto y, por el momento, se asumirá que cada enunciado se refiere a un sistema momentáneo particular.

(4) Kelsen asume que los enunciados normativos de la forma  $Mp$  son idénticos en significado a los enunciados de que hay una norma que  $Mp$ : "...la afirmación de que una cierta norma jurídica se encuentra en vigor... significa la misma cosa que la afirmación de que una norma jurídica dada esté en vigor, la cual significa, a su vez —y nada más ni menos— que uno se debe comportar como la norma jurídica le prescribe".<sup>15</sup>

Ésta es la explicación de Kelsen de su noción de enunciados normativos. Su explicación es gravemente errónea en tanto intenta aplicarse a los enunciados de 'debe ser' del discurso no jurídico; puede ser aceptada como base de una explicación de cierta clase de enunciados que se ocupan del derecho, los cuales bien pueden ser llamados enunciados normativos (siempre que se entienda que se aplica únicamente a una clase de enunciados normativos). Kelsen considera los enunciados normativos como teniendo la forma  $Mp$  y describiendo normas. Sin embargo, un enunciado como 'la puerta debe ser abierta' no describe una norma, porque cada norma, de acuerdo con Kelsen, prescribe conducta humana y ninguna mención de este hecho se hace en este enunciado. Más aún, enunciados como 'el sistema jurídico

<sup>15</sup> *Théorie pure du droit, cit.*, p. 109 n. 1 (la cual comienza en p. 107. *Cfr. Teoría pura del derecho, cit.*, p. 92, n. 65. NT)

inglés sufrió un cambio radical en los últimos cien años' o 'el derecho israelí sobre el homicidio no ha cambiado desde 1936' no sólo no describen el contenido de una norma, ni siquiera exhiben la estructura *Mp*. No obstante, todos estos enunciados son usualmente tenidos como enunciados normativos.

El concepto de Kelsen de un enunciado normativo debe, por tanto, ser generalizado como sigue: un enunciado es un enunciado normativo (jurídico) si, y sólo si, la existencia de una norma (jurídica) es una condición necesaria para su verdad. La existencia de la norma puede estar entre las condiciones de verdad del enunciado o puede ser una condición para que tengan, de alguna manera, valores de verdad.

Se dice que los enunciados normativos son directos si incluyen únicamente enunciados con ya sea, un operador normativo (como 'debe ser...' o 'es permitido...'), o bien, un predicado normativo (*e.g.* 'tener un derecho a'). De otra forma, ellos serían denominados enunciados normativos indirectos; enunciados como: 'en 1948 un nuevo sistema jurídico se estableció en Israel' son indirectos.

Los enunciados normativos verdaderos son puros o aplicativos, o bien, de ambos tipos. Un enunciado normativo es puro si la existencia de ciertas normas es suficiente para hacerlo verdadero; es un enunciado aplicativo si hay una norma y un hecho los cuales, conjuntamente, son suficientes para hacerlo verdadero y ninguno de ellos, separadamente, es suficiente para hacerlo verdadero. Un enunciado es tanto puro como aplicativo si existen dos conjuntos independientes de condiciones cada uno de los cuales es suficiente para su verdad y en virtud de uno es puro y en virtud del segundo es aplicativo. Si un enunciado es puro o aplicativo depende del contenido de un sistema jurídico. Un enunciado del tipo 'los habitantes de Oxford deben hacer *A*' es puro si existe una disposición jurídica en el sentido de que los habitantes de Oxford deban hacer *A*; es un enunciado aplicativo si hay una disposición jurídica que establezca que los habitantes de todas las ciudades con población superior a 100,000 habitantes deben de hacer *A* y si Oxford tiene una población superior a 100,000 habitantes.

El conjunto de todos los enunciados puros que se refieren a un mismo sistema jurídico describen completamente dicho sistema. Este conjunto será llamado el 'conjunto total' de dicho sistema. Todo conjunto de enunciados puros que implica lógicamente el conjunto total de un sistema es una descripción (completa) del sistema.

Una descripción completa de un sistema es su descripción apropiada si, y sólo si, todo enunciado de él describe, de forma completa, exactamente

una disposición jurídica del sistema y no existen dos enunciados en la descripción que describan la misma disposición jurídica.

La terminología adoptada aquí hace posible formular, de manera novedosa, algunos problemas que son relevantes para la teoría del sistema jurídico: el criterio de identidad proporciona el método para establecer si cualquier conjunto de enunciados normativos directo es, si son verdaderos, una descripción completa de un sistema jurídico. El criterio de existencia de un sistema jurídico y de una disposición jurídica son ambos necesarios para proporcionar el método para establecer si la descripción es verdadera, esto es, si el sistema existe. Las doctrinas de la estructura e individuación de las disposiciones jurídicas y de la estructura de los sistemas jurídicos proporciona un método para determinar cuál de las descripciones de un sistema jurídico es una descripción apropiada.

Esta manera de formular estas tareas de una teoría jurídica, puede parecer extraña a primera vista. Si esta forma es correcta y cuáles son sus ventajas será explicado en el próximo capítulo.

## 2. *Los elementos de una norma*

### a) *La explicación de la estructura de una norma en Bentham \**

“Los ingredientes esenciales en la idea de una disposición jurídica singular o simple son... el acto y el aspecto”,<sup>16</sup> explica Bentham. Para comenzar, algo tiene que ser dicho sobre la muy elaborada teoría de los actos de Bentham.

Bentham distingue entre actos de la mente, actos de discurso y actos externos;<sup>17</sup> de éstos únicamente los actos externos y sus omisiones serán explicados aquí. Los actos son complejos o simples. Los actos complejos, explica Bentham, consisten “... cada uno de una multitud de actos simples, los cuales, aunque numerosos y heterogéneos, obtienen un tipo de unidad por la relación que tienen de algún diseño común o fin; tales como el acto de ofrecer una cena, el acto de mantener a un niño, el acto de mostrar un triunfo, el acto de manejar armas, el acto de presidir un tribunal, etcétera.”<sup>18</sup>

\* Sobre la teoría del derecho de Bentham, véase: Hart. H. L. A. *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press 1982.

<sup>16</sup> *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., p. 78, Cfr. Bentham, Jeremy. *Of Laws in general*, cit., p. 94.

<sup>17</sup> Cfr. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., p. 194.

<sup>18</sup> *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., p. 194.



Los actos complejos son actos (genéricos) los cuales pueden ser analizados como la realización de varios actos simples en ciertas circunstancias. Las categorías de acto simple y acto complejo no son mutuamente excluyentes. Muchos actos que pueden ser analizados en términos de la realización de varios actos simples, también pueden ser analizados en la forma ordinaria en la que los actos simples son analizados. Ésta es una de las características más importantes que se encuentran detrás de la teoría de los actos de Bentham la cual permite diferentes métodos para describir un mismo acto -situación.<sup>c</sup> Los actos complejos no serán tratados aquí.

Los actos de todos los tipos mencionados pueden ser individuales o genéricos ( la expresión de Bentham es 'clases de actos').<sup>19</sup> Voy a distinguir, además, los actos eminentemente genéricos de los actos parcialmente genéricos.<sup>20</sup> Un acto es eminentemente genérico si puede ser descrito sin referencia a cualquier individuo. Los actos genéricos que no son eminentemente genéricos son parcialmente genéricos. Besar es un acto eminentemente genérico, mientras que besar al César es parcialmente genérico; besar al César ahora o bien matar al César son actos individuales. Los actos individuales son instancias de actos genéricos.

Los actos positivos, dice Bentham, "consisten en movimiento o ejercitación".<sup>21</sup> "Todo acto individual que imprime movimiento tiene que tener un sujeto en el cual comienza, sujetos a través de los cuales progresa y un sujeto en el que termine."<sup>22</sup> El sujeto en el cual el movimiento comienza es llamado agente y es siempre un ser humano. En todo acto positivo los tres sujetos pueden ser distinguidos, aunque pueden ser idénticos: *e. g.* cuando una persona se rasca. En ciertos actos individuales, aunque no en todos, existe un cuarto sujeto —objetos en los cuales los efectos patológicos del acto son creados (*i. e.* sensaciones de dolor o placer).<sup>23</sup> Bentham admite únicamente seres humanos en esta cuarta categoría. Este método de descripción de actos debe ser modificado, adicionando el presupuesto general de que el agente tiene que tener un mínimo de control sobre sus actos.

<sup>c</sup> En el original aparece: '*...one and the same act-situation*'. NT.

<sup>19</sup> *Cfr. The Limits of Jurisprudence Defined, cit.*, p. 126. El pasaje relevante no está incluido en *Of Laws in General*.

<sup>20</sup> Para una distinción análoga entre proposiciones, véase: Wright, Georg Henrik, von. *Norm and Action, cit.*, p. 24.

<sup>21</sup> *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, cit.*, p. 190.

<sup>22</sup> Bentham, Jeremy. *The Limits of Jurisprudence Defined, cit.*, p. 126.

<sup>23</sup> *Cfr. Bentham Jeremy, The Limits of Jurisprudence Defined, cit.*, p. 121; *Of Laws in General, cit.*, p. 35.

Bentham distingue entre dos tipos de omisiones: <sup>24</sup> la abstención de un acto, la cual consiste meramente en no realizar el acto y la abstención deliberada. Siguiendo a Bentham voy a usar el término en el primer sentido, adicionando la presente condición: un hombre omite hacer *A* en el tiempo *t*, únicamente si hubiera en *t* una oportunidad de hacer *A*. De esta manera, si la puerta está cerrada yo no puedo omitir cerrarla, porque no existe ninguna oportunidad de cerrarla. <sup>25</sup> El carácter negativo de las omisiones es la propiedad de los actos, no de sus descripciones. De ahí que las omisiones puedan ser descritas en términos positivos y los actos externos puedan ser descritos en términos negativos. <sup>26</sup> Una persona puede, en uno y mismo tiempo, hacer varios actos separados y puede hacer un acto y omitir hacer otro. <sup>27</sup>

En su libro *Human Acts* E. D'Arcy escribe:

A la pregunta '¿qué harás a las dos en punto esta tarde?', cualquiera de las siguientes respuestas podría ser apropiada: 'tomando una siesta', 'descansando en un sofá', 'asoleándome', 'posando para un retrato', 'esperando que el semáforo de Carfax cambie', 'estaré siendo radiografiado', 'cortándome el pelo', 'sentado en Whitehall en desobediencia civil', 'huelga de hambre'. Cada una de estas respuestas satisfaría la definición de Bentham de una omisión como un no movimiento físico, 'mantenido en reposo'; sin embargo no debemos llamar a ninguna de ellas omisión. <sup>28</sup>

Sugiero que hacer huelga de hambre sería mejor llamada una omisión, a saber: no comer mientras se tiene oportunidad de hacerlo (por un propósito de cierto tipo). Bien puede ser que estar en huelga de hambre rara vez sea llamada una omisión. Pero esto es debido probablemente a la rareza de la ocasión para explicarlo en estos términos. De cualquier forma, Bentham no estaba interesado en hábitos ordinarios de lenguaje, sino más bien, en categorías y clasificaciones filosóficas útiles.

Transcribo el pasaje de D'Arcy para señalar una falla que debe evitarse al interpretar a Bentham. Contrariamente a lo que D'Arcy asume, no todo lo que pueda ser dicho sobre una persona y no implique que ha movido su cuerpo, describe, de acuerdo con Bentham, una omisión de ella. La omisión no es simplemente no movimiento físico. La omisión

<sup>24</sup> Cfr. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., p. 191 n.

<sup>25</sup> Sobre el concepto de oportunidad, véase: Wright, Georg Henrik, von. *Norm and action*, cit., p. 37.

<sup>26</sup> Cfr. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., p. 191.

<sup>27</sup> Esto se sigue de las observaciones de Bentham (cfr. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., p. 191).

<sup>28</sup> D'Arcy, E. *Human Acts*, Oxford University Press, 1963, p. 41.

“conlleva la negación de... actuación positiva”.<sup>29</sup> Por tanto, de los ejemplos de D'Arcy, únicamente ‘huelga de hambre’ es una omisión de conformidad al criterio de Bentham. ‘Ser radiado’ y ‘cortarme el pelo’ no son actos en absoluto; son estados en los cuales una persona se encuentra; son cosas que le ocurren a él. Los otros ejemplos describen actos positivos de un tipo especial, a saber: actos continuos, como apoyarse, mantener en posesión.<sup>30</sup> etcétera.

Al usar el término ‘circunstancias’ y ‘acto situación’ como términos técnicos, uno puede decir que, por definición, un acto-situación es cualquier número de hechos de los cuales, al menos uno, es un acto y que, en relación con cualquier acto en un acto-situación, los otros hechos de la situación son circunstancias. Tomando la totalidad de hechos como un acto-situación, uno puede decir con Bentham:

el campo de circunstancias que pertenecen a cualquier acto, puede ser definido como un círculo, cuya circunferencia no está en ningún lugar; pero, del cual, el acto en cuestión es el centro. Por tanto, como cualquier acto, para el propósito del discurso, puede ser considerado como un centro, cualquier otro acto o cualquier objeto puede ser considerado como uno de aquellos que se encuentra alrededor de él.<sup>31</sup>

La relación de un acto con sus circunstancias es análogo, según Bentham, a la relación de una substancia con sus propiedades. Esto implica, *inter alia* que un acto situación puede ser descrito de varias maneras, ya sea como un acto y circunstancias o como un acto solo, *e. g.* matar con veneno o envenenar, jalar el gatillo de un rifle cargado con el resultado de que se dispare o disparar un rifle; o bien como Bentham lo pone: “aquí también es con un acto y sus circunstancias tal y como ocurre con una substancia y sus propiedades: puede desnudar a una substancia de sus propiedades una por una hasta que la reduzca a nada; de esta misma manera usted puede desnudar a un acto de sus circunstancias”.<sup>32</sup> Más aún:

He de ocasionar gran perplejidad si no observamos cuidadosamente que la cuestión de si tal o cual acto, tal y como es considerado por el derecho, se encuentra acompañado con circunstancias o si no es un mero acto libre de circunstancias, depende completamente de los términos:

<sup>29</sup> *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., p. 191.

<sup>30</sup> Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., p. 193.

<sup>31</sup> *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., p. 195 n.

<sup>32</sup> *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., p. 129. *Cfr. Of Laws in General*, cit., p. 44.

tanto que precisamente el mismo acto, en una forma de expresarlo, será acompañado por circunstancias, en otra no.<sup>33</sup>

La teoría de los actos de Bentham tiene tres características principales:

(1) la gran flexibilidad de la descripción de actos y la intercambiabilidad parcial de varios métodos de descripción de actos.

(2) Los actos externos simples constituyen la base para explicar algunos otros tipos de actos, particularmente omisiones y actos complejos.

(3) El énfasis en la explicación de los actos externos simples es sobre el impulso generado por el agente, esto es, sobre su movimiento, tales propósitos de una teoría jurídica son los actos genéricos y no los individuales los que son de importancia primordial.

La teoría de los actos de Bentham puede ser reconstruida haciendo que los actos elementales (en vez de sus actos externos) constituyan la base de un método comprensivo de descripción de actos. Un acto genérico elemental es aquel que asegura un cierto resultado mediante algún movimiento en alguna forma y con cierta intención. Todo acto genérico elemental es un acto positivo, *i. e.* implica algún movimiento de la gente; sin embargo, el tipo de movimiento implicado no es explicado en la descripción de un acto elemental. Similarmente, todo acto elemental es hecho de alguna manera —rápidamente o despacio, quizá usando ciertas herramientas, etcétera— el cual no está especificado en su descripción. El acto genérico es definido parcialmente por su resultado, esto es, produciendo algún estado de cosas o impidiendo que un estado de cosas sea cambiado. Otro elemento en la definición es una intención determinada; así, el resultado es asegurado con la intención de asegurar un cierto estado de cosas. En el acto ordinario el estado de cosas intentado es el estado de cosas garantizado, pero esto no es siempre el caso.

Los actos elementales sirven como base para la definición de otros actos genéricos. Esto puede ser definido como un acto elemental hecho de un modo específico (*e. g.* envenenar) o mediante un específico movimiento (*e. g.* pateando o aventando una pelota) o como un acto elemental, el cual tiene una cierta consecuencia, etcétera. Otros actos genéricos son tipos de actos genéricos de los tipos descritos (*e. g.* matar y conducir pueden ser analizados como tipos de actos genéricos, incluyendo tanto actos elementales —matar intencionalmente y conducir— y actos genéricos no elementales) o como omisiones o complejidades de otros actos.

<sup>33</sup> *The Limits of Jurisprudence Defined*, *cit.*, p. 129; *Cfr. Of Laws in General*, *cit.*, pp. 43-44.

El tipo de actos elementales que acaba de ser descrito es, de esta manera, una poderosa herramienta para la explicación de la mayoría de los actos de los cuales se ocupa el derecho.<sup>34</sup> En lo que resta del presente estudio, aunque todos los tipos de actos servirán de ejemplo, el análisis es hecho para aplicarse directamente a este tipo de actos elementales.

El resto de este inciso es virtualmente una interpretación de pasajes en donde Bentham expone sus ideas sobre la estructura de una disposición jurídica.<sup>a</sup> Para Bentham una disposición jurídica es “un compuesto de signos declarativos de una volición”;<sup>35</sup> es realmente una oración o un conjunto de oraciones, aunque, las más de las veces, Bentham lo explica como si fuera una proposición en el sentido de que el soberano quiere esto u lo otro.

“Hay dos cosas esenciales a toda disposición jurídica —explica Bentham—, un acto de uno u otro tipo, que es el objeto de un deseo o volición... y un deseo o volición del cual dicho acto es el objeto”.<sup>36</sup> El aspecto, en consecuencia, corresponde al deseo o volición. Así como la descripción de un acto describe el acto de esta manera, presumiblemente, la descripción del aspecto describe la volición.

Muchas de las objeciones que han sido hechas contra la teoría de Bentham pueden ser evitadas con la simple, aunque amplia, modificación siguiente: en vez de identificar aspectos con voliciones o fases de voliciones del legislador, las podemos tratar como aquellos elementos de enunciados normativos, a saber: modalidades normativas las cuales han sido ya mencionadas. Sin embargo, aunque mucho de la base filosófica de la doctrina de Bentham sobre la estructura del derecho es, de esta manera, rechazada, esto no significa que la doctrina misma no tenga valor. Por el contrario, éste es el mejor análisis disponible de la estructura de una disposición jurídica hecha por un filósofo del derecho de la escuela imperativa.

<sup>34</sup> Me parece que todos los actos intencionales pueden ser analizados en términos de actos elementales (aunque para ciertos propósitos otros tipos de análisis pueden ser más útiles). Las acciones intencionales, sin embargo, ‘parecen ser una subclase de acciones voluntarias conscientes’. Acciones que, aunque conscientes pueden ser inhibidas con un esfuerzo y no son hechas con un propósito, parecen ser voluntarias sin ser intencionales: ejemplos podrían ser... “postrarse de dolor, agitarse, estornudar, reír, usar un tono irritable de voz, maquinara una ofensa” (Kenny, A. J. P. “Intention and Purpose”, en *The Journal of Philosophy*, vol. 63, 1966, p. 644).

<sup>a</sup> *Of Laws in General*, cit., pp. 93-97. NT.

<sup>35</sup> *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., p. 88. Cfr. *Of Laws in General*, cit., p. 1.

<sup>36</sup> *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., p. 178. Cfr. *Of Laws in General*, cit., p. 93.

Las disposiciones jurídicas continúan siendo consideradas entidades abstractas no lingüísticas. Se podría decir que una disposición jurídica tiene una estructura que corresponde a la estructura de un enunciado normativo, el cual la describe completamente y sólo a ella. Dentro de este contexto será explicada la teoría de Bentham de la estructura de normas. Una disposición jurídica, según Bentham, consiste de un aspecto y en un acto o, como tiene que ser dicho considerando las modificaciones introducidas en la teoría de los actos, un acto-situación (incluyendo una especificación del agente). Algunas disposiciones jurídicas tienen partes que también consisten en un aspecto y en un acto-situación. Tales partes serán denominadas 'prescripciones'.<sup>e</sup> Las partes de una disposición jurídica que no son prescripciones son llamadas 'cláusulas'.

Según Bentham hay cuatro aspectos: (1) una directiva positiva, (2) una directiva negativa, (3) una no directiva positiva y (4) una no directiva negativa. Los cuatro aspectos serán representados aquí como *C*, *P*, *NC*, *NP*, respectivamente. Representado los actos-situación positivos por *a* y los actos-situación en donde el acto es una omisión por  $\bar{a}$ , uno puede distinguir cuatro tipos de prescripciones: *Ca* o un mandato, *Pa* o una prohibición, *NCa* o un no-mandato y *NPa* o una permisión (una no-prohibición). Las cuatro son interdefinibles: "un aspecto negativo un acto positivo es *equipolente* a un aspecto afirmativo hacia el acto negativo correspondiente".<sup>37</sup> Esto es:

- (1) *NPa* es lógicamente equivalente a *NC $\bar{a}$*
- (2) *Pa* es lógicamente equivalente a *C $\bar{a}$* . Aún más:
- (3) *Ca* es el derecho siempre que *NCa* no lo es y viceversa.

La última definición es establecida por Bentham entre otras relaciones de prescripciones:

Entre esos mandatos subsiste una relación tal que, con respecto a uno y el otro, alguno de ellos es necesariamente repelente y exclusivo, otros son necesariamente concomitantes... Un mandato... incluye una permisión: excluye tanto una prohibición como un no-mandato. Una prohibición incluye un no-mandato y excluye tanto un mandato como una permisión.<sup>38</sup>

<sup>e</sup> En el original aparece '*provisions*' que corresponde más exactamente a 'disposiciones'; sin embargo, hemos preferido 'prescripciones' para no confundirlas con la propia disposición jurídica (*a law*) NT.

<sup>37</sup> *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., p. 180. Cfr. *Of Laws in General*, cit., pp. 95-96.

<sup>38</sup> *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., p. 181. Cfr. *Of Laws in General*, cit., p. 97.

Esto significa que siempre que  $Ca$  es el derecho, también lo es  $NPa$ , pero nunca  $Pa$  o  $NCa$ ; y siempre que  $Pa$  es el derecho, igualmente lo es  $NCa$ , pero nunca  $Ca$  o  $NPa$ . De las relaciones entre prescripciones que pueden ser expresadas en estos términos las siguientes pueden ser consideradas como fundamentales:

- (1) El derecho es siempre  $NCa$  o  $NPa$ , o ambas.
- (2) Nunca es el caso que  $Ca$  y  $Pa$  sean, ambas, el derecho.

De lo anterior, conjuntamente con las definiciones, pueden ser deducidas todas las otras relaciones entre prescripciones. Por tanto, estos aspectos forman un cuadro de opuestos.<sup>39</sup> Una interesante consecuencia de los principios señalados es que para cualquier acto-situación dado, siempre es el caso de que, ya sea,  $NCa$  y  $Pa$  o  $NPa$  y  $Ca$ , o bien,  $NPa$  y  $NCa$ , sean el derecho.

Hasta aquí  $a$  y  $\bar{a}$  han sido consideradas como representando un acto-situación. De ahora en adelante distinguiré entre el acto y la especificación del agente, representada como  $a$  o  $\bar{a}$  y la especificación de la circunstancia representada como  $c$  y  $\bar{c}$  (siendo  $\bar{c}$  el contradictorio de  $c$ ).  $a\bar{c}$  significa la realización de algún acto positivo por algún agente en la circunstancia  $c$ . La parte de una disposición jurídica la cual determina las circunstancias en que un acto debe o no debe ser hecho es llamado 'cláusula limitativa'. Usando  $T$  para representar cualquiera de los cuatro aspectos, el término de Bentham 'cláusula exceptiva' (representada como  $\bar{c}$ ) puede ser definido como sigue:<sup>40</sup>

$Ta\bar{c}$  es lógicamente equivalente a  $Ta/c$

Una cláusula que es, ya sea, limitativa o exceptiva es llamada por Bentham 'cualificativa'.

En 'está prohibido tomar la propiedad de cualquiera sin su consentimiento' las últimas tres palabras describen una cláusula limitativa —cuando  $x$  no ha consentido, el acto es prohibido—. La misma regla, sin embargo, puede ser formulada como 'está prohibido tomar la propiedad de cualquiera, a menos que éste consienta en ello'. Aquí, la regla es formulada con la ayuda de una cláusula exceptiva: es siempre prohibido realizar el acto excepto en las circunstancias especificadas. Una cláusula limitativa especifica las circunstancias a las cuales la disposición jurídica se aplica como

<sup>39</sup> Cfr. Prior, Arthur N. *Formal Logic*, Oxford, Oxford University Press, 1962.

<sup>40</sup> Cfr. *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., pp. 208-209; *Of Laws in General*, cit., pp. 114-115.

fuera. Una cláusula exceptiva especifica las circunstancias a las cuales no se aplica, las que son excepción a la regla, implicando lógicamente, de esta manera, que ella se aplica en todas las otras circunstancias.

Bentham agrega otras cuatro relaciones fundamentales entre prescripciones: “una permisión con una excepción es *equipolente* a una prohibición con una limitación... no mandato con una excepción es *equipolente* a un mandato con una limitación... un mandato con una excepción es *equipolente* a un no mandato con una limitación... una prohibición con una excepción es *equipolente* a una permisión con una limitación”.<sup>41</sup> En otras palabras:

$Pa \setminus c$  es lógicamente equivalente a  $NP a / c$ ;  
 $Pa / c$  es lógicamente equivalente a  $NP a \setminus c$ ;  
 $Ca \setminus c$  es lógicamente equivalente a  $NC a / c$ ;  
 $Ca / c$  es lógicamente a  $NC a \setminus c$

Estos principios no tienen ningún correspondiente obvio en el discurso jurídico ordinario. Puesto que no siempre se asume que, cuando una cierta excepción es explícitamente mencionada, no exista ninguna otra excepción o que cuando una condición es especificada, ninguna otra condición exista. Por tanto, usualmente las cláusulas exceptivas no pueden reemplazar en el discurso ordinario cláusulas limitativas en la forma que se acaba de describir.

Las cláusulas cualificativas pueden ser analizadas dentro de una cláusula principal que cualifica la especificación del acto y de subcláusulas que cualifican la cláusula principal. Las subcláusulas mismas son limitativas o exceptivas.<sup>42</sup> En ‘estacionarse en frente de las oficinas gubernamentales está prohibido en verano durante horas de trabajo, excepto por permiso especial’ la cláusula ‘en verano’ es la cláusula (limitativa) principal. ‘Durante horas de trabajo, es una subcláusula limitativa que cualifica la cláusula principal y ‘excepto por permiso especial’ es una subcláusula exceptiva que cualifica la primera subcláusula. No hay necesidad de explorar la cuestión mayormente aquí.

Hasta aquí hemos analizado las prescripciones jurídicas. Toda disposición jurídica contiene una prescripción principal la cual es un mandato o una prohibición (en cuyo caso la disposición jurídica es *obligativa*) o bien es un no mandato o una permisión (en cuyo caso la disposición jurídica es *desobligativa*). Las disposiciones jurídicas obligativas pueden

<sup>41</sup> *The Limits of Jurisprudence Defined, cit.*, pp. 209-210. *Cfr. Of Laws in General, cit.*, p. 116.

<sup>42</sup> *Cfr. The Limits of Jurisprudence Defined, cit.*, pp. 213-214; *Of Laws in General, cit.*, p. 120.



contener permisiones o no mandatos como prescripciones subsidiarias las cuales tienen el efecto de prescripciones exceptivas, *e. g.* 'uno no puede conservar un libro de la biblioteca más de 15 días. Sin embargo, uno puede conservarlo más tiempo durante las vacaciones'.

Aceptar la posibilidad de disposiciones desobligativas origina varios problemas teóricos así como interpretativos. Las disposiciones jurídicas desobligativas presuponen disposiciones jurídicas obligativas, las cuales derogan o cualifican.<sup>43</sup> Es dudoso si tiene sentido en considerar a una disposición derogatoria (*i. e.* a una disposición jurídica cuyo único efecto es derogar una o varias otras disposiciones jurídicas) como existiendo después de que las disposiciones que ella deroga han dejado de existir. Esto, con otras consideraciones, sugiere que es mejor considerar las disposiciones jurídicas como derogadas por actos y no por otras disposiciones jurídicas. De conformidad con esta idea, las leyes cuya única función consiste en derogar disposiciones jurídicas, no expresan disposiciones jurídicas; son meramente recipientes y productos de actos derogatorios.

Las disposiciones jurídicas desobligativas que únicamente cualifican disposiciones obligativas serán explicadas con mayor detalle más adelante.<sup>†</sup> Sin embargo, tiene que mencionarse aquí que admitir su posibilidad implica serias dificultades en la interpretación de la teoría de Bentham. En ocasiones parece como si Bentham explícitamente negara la posibilidad de disposiciones jurídicas desobligativas. Así, dice de la prescripción 'cualquier persona puede exportar trigo cuando el precio no está abajo de 44 shellings por cuarto': "esa prescripción no es del tipo imperativo y, en tal virtud, no puede, de acuerdo a la naturaleza de las cosas, constituir una disposición jurídica independiente".<sup>44</sup> ¿Significa esto que las disposiciones jurídicas desobligativas no son disposiciones jurídicas independientes? Ciertamente, son idénticas, en cuanto a los efectos, a las prescripciones exceptivas en las disposiciones jurídicas obligativas. La única diferencia, presumiblemente, es que una prescripción exceptiva subsidiaria es legislada al mismo tiempo como la prescripción principal, mientras que una disposición jurídica desobligativa es legislada después que la prescripción que cualifica. Pero, como se esclarecerá en el próximo capítulo, de con-

<sup>43</sup> *Cfr. The Limits of Jurisprudence Defined, cit.*, p. 249; *Of Laws General, cit.*, pp. 168-169; *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, cit.*, p. 430.

<sup>†</sup> *Cfr. infra* capítulo VII, sección 2.

<sup>44</sup> *The Limits of Jurisprudence Defined, cit.*, p. 248. *Cfr. Of Laws in General, cit.*, p. 157.

formidad con la propia teoría de Bentham, ésta es una muy pobre razón para tal distinción. Más aún, aceptar la posibilidad de disposiciones jurídicas desobligativas es incompatible con la definición de Bentham de disposiciones jurídicas como la expresión de “una volición... que se refiere a la conducta que debe observarse en un cierto caso por cierta persona...”,<sup>45</sup> la cual parece indicar que toda disposición jurídica es obligativa. Por tales razones usualmente consideraré que Bentham admite únicamente disposiciones jurídicas obligativas.

Una disposición jurídica puede también contener cláusulas independientes de tres tipos:

(1) cláusulas expositivas,<sup>46</sup> que explican conceptos que son usados en la disposición jurídica.

(2) cláusulas satisfactivas, las cuales son declaraciones de la política diseñada para reparar daños que pueden ser causados mediante la desobediencia a la disposición jurídica.<sup>47</sup>

(3) cláusulas incitativas, una declaración de política —de recompensas por obediencias o de sanciones por desobediencias a la disposición jurídica.<sup>48</sup>

Las disposiciones jurídicas con más de una prescripción, o con cláusulas independientes, son denominadas ‘disposiciones jurídicas complejas’.

#### b) *La estructura de una norma en Kelsen*

Las ideas de Kelsen sobre la estructura de una norma no son distintas a las de Bentham. “La norma —dice Kelsen— es la expresión de la idea de que algo debe ocurrir, especialmente que un individuo debe de comportarse de cierta manera”.<sup>49</sup> El siempre presente ‘debe ser’ de Kelsen corresponde al ‘aspecto’ de Bentham y el individuo y su conducta corresponde, de cierta manera, al agente y al acto que son distinguidos en la teoría de Bentham. Más aún, las normas, de acuerdo con Kelsen, son característicamente condicionales. Su ‘condición’ no es otra cosa que las ‘circunstancias’ en Bentham; esto es, aquella parte de la norma que determina la ocasión en la cual el agente tiene que actuar como se ha especi-

<sup>45</sup> *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., p. 88. Cfr. *Of Laws in General*, cit., p. 1.

<sup>46</sup> Cfr. Bentham, Jeremy. *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., pp. 127 y 302-303.

<sup>47</sup> Cfr. Bentham, Jeremy. *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., p. 242; *Of Laws in General*, cit., p. 151.

<sup>48</sup> Cfr. Bentham, Jeremy. *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., p. 134.

<sup>49</sup> *General Theory of Law and State*, cit., p. 36.

ficado. De ahí que estos cuatro elementos serán llamados 'carácter normativo' (i. e. 'aspecto' de Bentham y el 'debe ser' de Kelsen), 'sujeto normativo', 'acto normativo' y 'condición de realización'.<sup>50</sup>

Una norma es incondicional si, de acuerdo con su condición de realización, la próxima oportunidad después de que la norma es emitida para realizar el acto normativo es la única ocasión a la cual la norma se aplica. Una norma es también incondicional si toda oportunidad para realizar el acto normativo es una ocasión a la cual la norma se aplica.<sup>51</sup>

Tomando la ventaja de la gran flexibilidad en los métodos de descripciones de actos, voy a adoptar la convención de considerar siempre al acto normativo como eminentemente genérico. Cualesquiera características que individualicen serán consideradas como parte de la descripción del sujeto o de la condición de realización.

Todo esto puede decirse sobre la similitud básica entre las ideas de Kelsen y las de Bentham sobre la estructura de una descripción jurídica y de una norma. Pero aquí la similitud termina. Por una cosa, Kelsen no admite nada como las disposiciones jurídicas complejas de Bentham. Una norma si lo es, comprende, únicamente una prescripción jurídica. Mucho más importante es el hecho de que, de acuerdo con la teoría de Kelsen, todas las disposiciones jurídicas son normas que otorgan libertades, esto es, permisiones ya sea para hacer o no hacer un acto. Sus razones para esta sorprendente doctrina serán explicadas más adelante.<sup>5</sup>

### 3. La existencia de normas

"Una norma es una norma jurídica válida si (a) ha sido creada en la forma establecida por el orden jurídico al cual pertenece y (c) si no ha sido anulada, ya sea por la forma establecida por el orden jurídico, por medio de la *desuetudo* o, bien, por el hecho de que el orden jurídico, en su totalidad, haya perdido su eficacia."<sup>52</sup> Éste es el criterio kelseniano de la existencia de las normas o, para ser más preciso, de las normas derivadas. Esto puede ser reformulado e incorporado en un criterio completo de existencia tal y como sigue:

Una norma existe desde el momento en que un apropiado conjunto de condiciones derivativas de creación se producen hasta el momento en

<sup>50</sup> Cfr. Wright, Georg Henrik, von. *Norm and Action*, cit., pp. 70 y ss.

<sup>51</sup> Una postura de Kelsen de alguna manera diferente puede verse en *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 100-101.

<sup>5</sup> Cfr. *infra* capítulo IV, sección 2.

<sup>52</sup> Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, cit., p. 120.

que una condición derivativa apropiada de terminación se produce, o bien, desde el momento que un apropiado conjunto de condiciones originarias de creación se producen hasta el momento en que una apropiada condición originaria de terminación se produce, siempre que el sistema jurídico al cual pertenece exista.

Las normas jurídicas son de dos tipos: originarias y derivadas, las cuales se distinguen por su forma de creación y terminación.<sup>53</sup> El criterio de existencia se refiere a las condiciones de creación y terminación, las cuales, conjuntamente, forman las condiciones de existencia de una norma. Esto será brevemente explicado. Como en el resto del presente capítulo, el objetivo es meramente esclarecer los principios sobre los cuales se basa la teoría, detalles y complicaciones particulares serán evitados tanto como sea posible.

#### a) *Condiciones de creación derivada*

Una norma derivada se crea en el momento en que, al menos, un conjunto apropiado de condiciones de creación es producido. Todo conjunto de condiciones de creación derivada contiene condiciones de dos tipos: (a) la existencia de una cierta norma ('una norma creadora de normas') y (b) la ocurrencia de cierto evento (eventos creadores de normas).

Una norma creadora de normas es aquella que estipula que si ciertos eventos ocurren, una norma de cierto tipo será creada. Un evento es un evento creador de normas si existe una norma que lo convierta en una condición para la creación de otra norma.

Únicamente eventos que satisfagan las siguientes cuatro condiciones pueden convertirse en eventos creadores de normas. Tienen que ser (1) actos humanos; (2) los cuales sean voluntarios; (3) realizados con una intención especial; (4) la cual es expresada de forma convencional en el propio acto. La condición (1) representa la doctrina fundamental de Kelsen de que las normas son la significación objetiva de ciertos actos humanos; (2) es expresada por la doctrina de que los actos creadores de normas son actos de voluntad. Las dos últimas, (3) y (4) son expresadas por la doctrina de Kelsen de que los actos creadores de normas tienen la significación objetiva de 'deber ser'. Resulta claro que con 'significación subjetiva' Kelsen se refiere a la intención manifiesta, por ejemplo, considérese lo siguiente: "sin duda, el hombre que hace el acto y actúa

<sup>53</sup> Dicho en forma general, las normas originales son cuyas condiciones de creación no incluyen la existencia de otras normas. Toda norma original es una norma derivada.

de manera racional, asocia a su acto una cierta significación que se manifiesta o traduce de una u otra manera y es comprendida por otros hombres: esto es lo que nosotros llamamos la 'significación subjetiva' de los actos."<sup>54</sup> La naturaleza de la intención que Kelsen llama la significación subjetiva del 'deber ser' se explica como sigue: "'*Sollen*' es la significación subjetiva de todo acto de voluntad de un hombre que, piensa, pretende obtener una conducta de otro".<sup>55</sup> La intención es afectar la conducta de los otros individuos.

Es importante entender que es la intención manifestada lo que determina el contenido de la norma. Si el acto es realizado con la intención de hacer que ciertos individuos,  $x$  se comporten de una cierta manera,  $a$ , entonces la norma es de que  $x$  debe de hacer  $a$ .

Esta doctrina recuerda fuertemente las de Bentham y Austin y es expuesta a la crítica que el propio Kelsen dirigió a las doctrinas de Austin en su *General Theory of Law and State*.<sup>56</sup> Uno de los más importantes argumentos sostenidos por Kelsen es que frecuentemente los legisladores firman o votan una disposición jurídica sin conocer su contenido y, por tanto, sin intentar que el sujeto normativo deba comportarse en la forma prescrita. En la *Théorie pure du droit* Kelsen enfrenta este punto escribiendo: "cuando un miembro del parlamento vota para que se adopte un proyecto de ley del cual no conoce el contenido, el contenido de su voluntad es una forma de habilitación. El votante quiere que se convierta en derecho cualquiera que sea el contenido del proyecto de ley por el cual vota".<sup>57</sup> De esta forma, la intención de afectar la conducta de alguien, es reemplazada por la intención de crear una norma. Kelsen parece no estar consciente de las implicaciones de este cambio. Esto constituye un alejamiento significativo de la concepción de Austin, toda vez que presupone la existencia de normas y actividades convencionales y no puede servir como última explicación.<sup>58</sup> La doctrina de la creación legislativa de Austin fue formulada para explicar primordialmente la legislación independiente, esto es, legislación que no presupone la existencia de normas y no es necesariamente llevada a cabo dentro del marco de un sistema

<sup>54</sup> *Théorie pure du droit, cit.*, p. 3 (Cfr. *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 16. NT).

<sup>55</sup> *Théorie pure du droit, cit.*, p. 10 (Cfr. *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 21 NT).

<sup>56</sup> Cfr. *General Theory of Law and State, cit.*, pp. 33-35.

<sup>57</sup> *Théorie pure du droit, cit.*, p. 10 n. 1. (Cfr. *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 21 n. 3. NT).

<sup>58</sup> El enfoque modificado de Kelsen es similar a aquella parte de la doctrina general de los actos del discurso expuesta por P. Strawson en "Intention and Convention in Speech Acts" (*Philosophical Review*, 1964, pp. 456-457) donde se refiere a la intención "de aumentar o afectar el curso de la práctica en cuestión".

de normas, mientras que la doctrina de Kelsen se aplica únicamente a legislación dentro del marco de sistemas normativos.

b) *Condiciones de extinción derivadas*

Las normas dejan de existir si una norma es creada con objeto de que sean explícita o implícitamente derogadas. Algunas veces una norma derogatoria hace que la terminación de una norma esté condicionada por la ocurrencia de un cierto evento o el lapso de un cierto periodo de tiempo. Éstas son las maneras ordinarias en que termina la existencia de las normas. A éstas Kelsen agrega (aparte de el colapso total del sistema jurídico como un todo) la forma especial de la costumbre negativa (*i. e.* una costumbre que deroga normas).

Al afirmar que la costumbre negativa siempre y necesariamente es un medio por el cual las disposiciones jurídicas terminan, Kelsen abandona la postura de Austin de que la eficacia de una disposición jurídica es relevante para su validez únicamente y en la medida en que ésta afecta la validez del sistema jurídico en su totalidad. La superioridad del enfoque de Austin será mostrada en el capítulo posterior. Las siguientes observaciones son hechas nuevamente para muestra que aun sin la postura de Kelsen es aceptada, la costumbre negativa no puede ser considerada como creadora de normas en el mismo sistema en que la costumbre positiva las crea. Más aún, la costumbre negativa no es costumbre en el sentido en el cual lo es la costumbre positiva.

Kelsen introduce su doctrina de la manera siguiente:

Una norma jurídica general es considerada válida, únicamente si la conducta humana es regulada por ella efectivamente se conforma a ella, al menos, en algún grado. Una norma que no es obedecida por nadie, en ningún lugar, en otras palabras, una norma que no es efectiva al menos en cierto grado, no es considerada una norma jurídica válida. Un mínimo de eficacia es una condición de validez.<sup>59</sup>

Que esto constituye una condición de terminación y no una condición de creación es claro cuando Kelsen señala que una norma no es necesariamente eficaz en el momento de su creación. Hay, por tanto, dos formas por las cuales una norma puede terminar en razón de su ineficacia:

porque nunca llega a ser eficaz o, siéndolo por un tiempo, deja de serlo después. Ambos modos, de acuerdo con Kelsen, constituyen costumbre negativa.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> *The Pure Theory of Law, cit.*, p. 11.

<sup>60</sup> *Cfr. The Pure Theory of Law, cit.*, p. 213.

Si la costumbre negativa crea normas derogatorias esas normas son originarias o derivadas. Éstas no son originarias, puesto que la norma fundamental es la única norma originaria, según Kelsen. Sin embargo, tampoco son normas derivadas puesto que éstas presuponen una norma creadora de normas. Todo el argumento de la doctrina de Kelsen es que la costumbre negativa extingue las disposiciones jurídicas, aun si no existe ninguna norma en el sistema que la autorice como un procedimiento creador de normas.<sup>61</sup> En esto se diferencia de la costumbre positiva, la cual crea normas únicamente si la norma fundamental o alguna otra norma la convierte en un procedimiento creador de normas.<sup>62</sup> No es lógicamente necesario, se desprende de Kelsen, que las costumbres positivas deban ser consideradas como un procedimiento creador de normas en todo sistema jurídico. Por tanto, la costumbre negativa termina la existencia de normas sin crear normas derogatorias, o bien, las crea en una forma que Kelsen no pudo explicar.<sup>63</sup>

¿Es la costumbre negativa realmente una costumbre? Para constituir una costumbre una regularidad de conducta tiene que ir acompañada de 'presión normativa': exhortaciones para conformarse a la regularidad, críticas por desviarse de esa regularidad y justificaciones para conformarse a dicha regularidad. La explicación de Kelsen no implica que tal presión normativa sea necesaria en el caso de extinción por ineficacia. La impresión general es que en estos casos la norma simplemente desaparece por abandono y ninguna presión positiva para desobedecer es necesaria. Más aún, la desviación de una costumbre es ilícito pero ¿es ilícita la decisión de un tribunal de aplicar una norma que ha sido abrogada por costumbre negativa? Esto sugiere que la costumbre negativa no es costumbre en absoluto.

Una otra forma por la cual las normas pueden ser extinguidas debe ser mencionada: una norma deja de existir si ya no puede ocurrir una ocasión a la cual se aplique. De esta manera, una norma en virtud de la cual John debe visitar a *Rex* una vez al año automáticamente desaparece a la muerte de *Rex*. Una norma por la cual la entrada a cierta área es prohibida este verano no existe después de que el verano ha pasado.

<sup>61</sup> Cfr. *The Pure Theory of Law, cit.*, p. 213.

<sup>62</sup> Cfr. *The Pure Theory of Law, cit.*, pp. 225-226.

<sup>63</sup> Existen buenas bases para sostener que en cualquier caso las normas son derogadas no por normas derogativas, sino por actos derogativos. No voy a argumentar aquí en favor de estas tesis; pero, al igual que la mayoría de los filósofos analizados en este trabajo, no incluiré a las normas derogativas en una representación sistemática del contenido de un sistema jurídico.

Delitos cometidos mientras la norma existe pueden, por supuesto, ser castigados después. Ninguna terminación de una norma legitima los delitos cometidos mientras la norma estaba en vigor.

c) *Condiciones originarias de existencia*

De conformidad con Kelsen la norma fundamental es la única norma originaria. Mucho se dirá sobre este particular en los próximos dos capítulos. Sin embargo, algunas aclaraciones son hechas a continuación. La norma fundamental existe, *i. e.* es válida: “la norma fundamental se presupone una norma *válida*”.<sup>64</sup> Es parte de un sistema jurídico porque “tiene funciones jurídicamente relevantes” —ocupa, sin embargo, una posición única dentro del sistema jurídico— porque sólo ella “no es una norma de derecho positivo, esto es, una norma creada por un acto real de voluntad de un órgano jurídico”.<sup>65</sup>

En ocasiones Kelsen se expresa en tal forma que está expuesto a crear la impresión de que la norma fundamental es creada al ser presupuesta. Así, por ejemplo, dice que ésta “existe en la conciencia jurídica” y que “ésta no es . . . válida porque sea creada de cierta forma por un acto jurídico sino, es válida, porque es presupuesta válida”.<sup>66</sup> Sin embargo, esa impresión es errónea. Kelsen específicamente niega que las normas fundamentales sean creadas al ser presupuestas.<sup>67</sup> Dos cuestiones deben ser brevemente mencionadas aquí: Primera, presuponer la norma fundamental de un sistema jurídico no es una condición para la existencia de tal sistema; es, meramente, una condición para reconocerlo y entenderlo como un sistema jurídico. Teóricamente un sistema jurídico puede existir sin que nadie presuponga su norma fundamental. Sin embargo, un sistema jurídico no puede existir sin la propia norma básica, puesto que sin ella, carece tanto de unidad como de validez, *i. e.*, de existencia.

En segundo lugar, aun cuando el reconocimiento de un individuo de una norma como norma implica, de acuerdo con Kelsen, que presuponga

<sup>64</sup> Kelsen, Hans. “Professor Stone and The Pure Theory of Law”, en *Stanford Law Review*, Vol. 17, 1965 p. 1143.

<sup>65</sup> Kelsen, Hans. “Professor Stone and The Pure Theory of Law”, *cit.*, p. 1141.

<sup>66</sup> *General Theory of Law and State*, *cit.*, p. 116.

<sup>67</sup> *Cfr. The Pure Theory of Law*, *cit.*, p. 204. Especialmente la nota a pie de página. Kelsen rechaza también sugerencias de que la norma fundamental sea creada ya sea por actos creadores, o bien, por actos aplicadores que obedezcan otras normas del sistema (*cfr. Théorie pure du droit*, *cit.*, p. 218 n.) o de que ésta sea creada por el reconocimiento de la población de una obligación de obedecer el derecho (*Cfr. The Pure Theory of Law*, *cit.*, p. 218, n).



alguna norma básica, este hecho aislado no es suficiente para determinar el contenido de la norma fundamental que es presupuesta. Para saberlo uno tiene, de acuerdo con Kelsen, que conocer todas las otras normas reconocidas por tal individuo. La norma fundamental que él presupone es la norma que autoriza a todas ellas y ninguna otra.<sup>68</sup> Sobre estas dos explicaciones la presuposición de una norma básica no sólo no la crea, sino, inclusive, no determina su contenido. Es mejor considerar las normas fundamentales como normas necesarias, en el sentido de que en todo sistema jurídico hay necesariamente una y sólo una norma fundamental. Las normas fundamentales, por tanto, existen sin haber sido creadas. El contenido de una norma fundamental de un orden jurídico específico “es determinado mediante los hechos a través de los cuales un orden es creado y aplicado” —su contenido varía de acuerdo con el sistema— “la norma fundamental de cualquier orden jurídico positivo confiere autoridad jurídica únicamente a los actos por los cuales un orden es creado y aplicado el cual es, en general eficaz”.<sup>69</sup> La norma fundamental “califica a cierto evento como el evento inicial en la creación de varias normas jurídicas. Es el punto de partida de un proceso de creación normativa”.<sup>70</sup> La norma fundamental es, de esta manera, una norma creadora de normas; es la única norma creadora de normas cuyas condiciones de existencia no incluyen la existencia de una otra norma creadora de normas. De esta manera, se intenta impedir que la teoría de Kelsen de la creación de normas se enrede en un círculo vicioso o en un regreso al infinito.

Que la norma fundamental sea presupuesta “las más de las veces inconscientemente” por los juristas, es meramente una ilustración del verdadero argumento, el cual consiste en que “únicamente esa presuposición, la cual está contenida en la norma fundamental, permite al conocimiento jurídico proporcionar una interpretación del material jurídico dotada de sentido”.<sup>71</sup> La norma fundamental existe puesto que es necesaria para el entendi-

<sup>68</sup> De ahí que sea casi siempre el caso de que la norma fundamental de un sistema jurídico particular sea ‘presupuesta’ únicamente por la ciencia de tal sistema el cual la presupone en un sentido diferente. Esta conclusión sorprendente es resultado de la doctrina de Kelsen del conflicto de normas, el cual no puede ser explicado en este trabajo. Sobre este particular véase *infra* inicio 2, Capítulo VI. (J. Ruz ha dedicado un estudio minucioso a la norma fundamental; véase *The Authority of Law, Essays of Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 122-145. Existe versión española debida a Rolando Tamayo y Salmorán: *La autoridad del derecho, Ensayos de derecho y moral*. México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, [1982] 1985, pp. 157-186. NT).

<sup>69</sup> Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, *cit.*, p. 120.

<sup>70</sup> Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, *cit.*, p. 114.

<sup>71</sup> Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, *cit.*, p. 406.

miento del derecho. Su función y contenido exactos serán explicados más adelante.

Las ideas de Kelsen sobre la creación de normas constituyen un gran avance sobre las ideas de Bentham y de Austin. La distinción de Kelsen entre lo que llamo normas 'originarias' y 'derivadas', el supuesto de que la vasta mayoría de las normas son derivadas, y que la creación de normas derivadas depende de la ocurrencia de eventos 'autorizados' por normas creadoras de normas, tiene que ser el fundamento de toda explicación adecuada de la creación de normas. Donde Kelsen se equivocó es en su interpretación de la naturaleza de las normas originarias y en su explicación de la estructura de las normas creadoras de normas. Estas cuestiones serán explicadas en los próximos capítulos. También se equivocó al limitar la clase de actos que pueden convertirse en actos creadores de normas. Kelsen considera los actos legislativos (*i. e.* actos hechos con la intención de crear normas) como los únicos eventos creadores de normas. Kelsen trata, incluso, de explicar la costumbre como un proceso de legislación.

Al principio la significación subjetiva de los actos que constituyen la costumbre no es un *deber ser*. Pero después, cuando estos actos han existido por cierto tiempo, surge la idea en el individuo miembro de que debe comportarse de la forma en la cual los otros miembros consuetudinariamente se comportan y, al mismo tiempo, surge la voluntad de que los otros miembros deben de comportarse de esa misma manera. Si un miembro del grupo no se comporta en la manera en la cual los otros miembros habitualmente se comportan, entonces su comportamiento será desaprobado por los otros, como contrario a su voluntad. De esta manera, la costumbre deviene la expresión de una voluntad colectiva cuya significación subjetiva es un *deber ser*.<sup>72</sup>

Kelsen probablemente pensó que los actos que forman la regularidad del comportamiento son relevantes para la creación del derecho consuetudinario, justo tanto como los actos por los cuales se critica a los individuos por no conformarse a esta regularidad. Los actos del primer tipo, por los que los individuos se comportan de cierta manera, no son realizados con la intención de crear una norma de algún tipo. Pero, inclusive, los actos de crítica no son realizados con la intención de crear una nueva norma. Estos actos, más bien, manifiestan el reconocimiento de que cierta norma, aunque no necesariamente existe ya una norma jurídica. Aun si esta objeción es abandonada y estos actos son considerados como realizados con la intención de crear una nueva norma, esta norma es, segura-

<sup>72</sup> *The Pure Theory of Law, cit.*, p. 9. Véase, también: *ibid.*, pp. 225-226.

mente, la norma de que la persona criticada debe de comportarse de cierta forma, no la norma mucho más general de que cualquier persona de una cierta clase debe comportarse de una cierta forma. El hecho de que muchos individuos critiquen a muchos otros de esta manera, significa, cuando más, únicamente que muchas normas particulares son creadas de esta forma.

En razón de las ideas de Kelsen sobre el tipo de eventos que pueden ser eventos creadores de normas, no puede explicar la creación del derecho mediante la costumbre ni tampoco logra explicar la legislación judicial. Me refiero a las normas generales creadas mediante el precedente;<sup>b</sup> no a las normas particulares que resuelven las controversias particulares sometidas a los tribunales en cada caso. No existe ninguna razón para suponer que los jueces crean normas por precedente únicamente si ellos intentan hacerlo así. Ellos pueden crear normas aun sin percatarse que ellos las están haciendo, aun si ellos se consideran meramente como declarando el contenido de normas ya existentes.

Habiendo rechazado las condiciones de Kelsen para los eventos creadores de normas, surge la cuestión de saber si deben ser reemplazados por condiciones diferentes. Me parece que el problema debe ser dividido en dos partes: una considerando las normas que no son partes de ningún sistema normativo, la otra, considerando normas que pertenecen a sistemas normativos. El problema de la creación de normas aisladas difiere fundamentalmente del problema de la creación de normas que pertenecen

<sup>b</sup> "En el discurso jurídico inglés '*precedent*' significa una norma jurídica creada judicialmente (*a judge-made rule*). Este significado se deriva, sin duda, de la doctrina del precedente (o doctrina del *stare decisis*) que caracteriza la creación judicial del derecho en los sistemas jurídicos del *common law*. En este contexto '*precedent*' significa un caso (litigio) resuelto, o bien, una decisión judicial (sentencia) que se considera como ejemplo o autoridad para casos idénticos o similares que surjan con posterioridad. En un sentido más restringido, los precedentes judiciales son decisiones anteriores de tribunales superiores las cuales, se considera, encierran un principio o *ratio* que debe ser aplicado en los casos posteriores en el que se plantee la misma cuestión jurídica. Es de esta manera como los precedentes vinculan a los jueces. La doctrina del precedente en el derecho angloamericano es conocida como la doctrina de la *ratio decidendi* o doctrina del *stare decisis*."

"El uso jurídico angloamericano trascendió y penetró en el lenguaje jurídico de los derechos romanistas y en su doctrina. Dentro de este contexto '*precedent*' significa los criterios que se sustentan en las sentencias de los tribunales y que, más que derecho aplicable, son señalados como elementos de convicción para la resolución de una controversia. Entre nosotros, ciertas decisiones judiciales, *e. g.*, de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, bajo ciertas circunstancias, pueden tener, *mutatis mutandi*, los efectos obligatorios de un precedente. (Tamayo y Salmorán, Rolando, "Precedente" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, t. VII, p. 161). *Cfr. infra*: nota c, capítulo X.

a sistemas normativos existentes.<sup>73</sup> Sería mejor, inclusive, evitar hablar de la creación de normas aisladas y hablar, en su lugar, de sus condiciones de existencia. Puesto que, contrariamente a las disposiciones jurídicas, a las reglas de los clubes, etcétera, las normas aisladas no son creadas en un tiempo determinado, como consecuencia de un pequeño número de actos fácilmente identificables. Al igual que los sistemas jurídicos, surgen como consecuencia de patrones complejos de comportamiento realizados por muchos individuos sobre, un más bien, largo periodo de tiempo. (Por razones obvias, la existencia de un sistema jurídico, una vez establecido, es fechado retroactivamente en un específico momento, esto es, sólo raramente necesario en el caso de normas aisladas). Más aún, al igual que la existencia de los sistemas jurídicos, la existencia de normas aisladas no presupone la existencia de ninguna otra norma. Las normas aisladas son normas originarias. La mayoría de las normas, como la mayoría de las normas que pertenecen a sistemas normativos, son normas derivadas.<sup>74</sup>

El problema de la existencia de normas aisladas es, en un sentido, una combinación de los problemas de existencia de sistemas normativos y de normas que pertenecen a tales sistemas, aunque, por supuesto, difiere de ambas cuestiones. Únicamente actos de cierto tipo pueden ser parte de las condiciones de existencia de tales normas. La mejor explicación de tales actos es la teoría de Hart de las normas consuetudinarias.<sup>75</sup>

No hay ninguna limitación similar sobre el tipo de eventos que puedan calificarse como creando normas que pertenezcan a un sistema normativo. Únicamente actos pueden ser eventos creadores de normas, pero, todo acto puede crear una norma si es autorizada por una norma creadora de normas para hacerlo.<sup>76</sup> Un acto creador de normas tiene que determinar, por supuesto, al menos en parte, el contenido de la norma creada por él. Pero, todo acto puede determinar el contenido de una norma, aunque sólo fuera para presentar, un ejemplo a imitarse, constituyendo la norma un requerimiento para realizar este acto en tales circunstancias. La norma que inviste un acto con el carácter de acto creador de normas indicará la manera exacta por la cual interpretar qué norma es creada por tal acto.

<sup>73</sup> Sólo nos ocupamos aquí de sistemas normativos institucionalizados. El sentido en que los sistemas jurídicos son institucionalizados será examinado en el capítulo VIII.

<sup>74</sup> Más adelante veremos (en el capítulo VIII) que algunas normas pueden ser normas originarias, pero ellas constituyen la excepción más que la regla.

<sup>75</sup> *Cfr. The Concept of Law, cit.*, pp. 54-60 (*Cfr. El concepto de derecho, cit.*, pp. 69-77 NT).

<sup>76</sup> La creación de normas jurídicas originarias presentan problemas especiales.

'Imítienlo' es probablemente la forma más primitiva de una norma creadora de normas.

Estas consideraciones son hechas para mostrar que no existe ninguna limitación general sobre el tipo de actos que pueden ser considerados como actos creadores de normas derivadas. Sin duda, existe lugar para mayor investigación, clasificando y analizando las diversas maneras por las cuales las disposiciones jurídicas son efectivamente hechas. Tal investigación, sin embargo, se encuentra fuera del campo de este estudio.