

## SISTEMAS NORMATIVOS DINÁMICOS Y LA IDEA DE LIBERTAD JURÍDICA

ROBERTO J. VERNENGO  
Argentina

1. La cuestión de concebir a un orden jurídico positivo, al derecho de un Estado histórico, como una unidad de algún tipo, como un objeto unitario de conocimiento, llevó desde principios de siglo a interrogarse por los criterios epistemológicos de tal supuesta unidad. Este problema, como es bien sabido, es central en la teoría general del derecho y en la teoría del Estado de Han Kelsen. Eliminados de la consideración científica, en virtud de la operación denominada “pureza metódica” (sobre cuya índole cabe preguntarse con mayor detenimiento), los elementos fácticos y los valores, el derecho de una cierta sociedad aparecía, *prima facie*, como un conjunto de normas sobre cuya existencia cabía formular enunciados verificables. Las normas —o su conjunto sistemático— no parecían ser el objeto propio de una disciplina ya establecida como la sociedad empírica; los valores, por ahora, sólo son objeto de una especulación no empírica que no tiene rango de ciencia positiva. Sólo que su determinación como un objeto de conocimiento tampoco aparecía como cosa evidente, toda vez que por normas solía entenderse un conjunto de datos dispares reunidos por enumeración: tanto son normas jurídicas la legislación y restantes normas estatuidas por autoridades y órganos del Estado, mediante procedimientos formales y dejando constancia escrita, como las pautas consuetudinarias que rigen la vida de los miembros de una sociedad, que no tienen autor detectable y que no aparecen originalmente bajo forma escrita. Es claro, pues, que el material normativo no constituye un objeto homogéneo, si el producido por los órganos de aplicación y creación de derecho institucionalizados es de la más variada especie. No se explicita normalmente, en la práctica de la ciencia jurídica, el criterio de individualización de una norma, sino que más bien se apunta a una suerte de comprensión genérica de qué haya de entenderse por norma de un orden jurídico. Pero aun admitiendo, en su terreno, la validez de los criterios generalmente implícitos con que se aborda

el estudio del derecho, como norma, Kelsen considera, con toda razón, que una ciencia rigurosa del derecho tiene que plantearse criterios mucho más precisos, e intersubjetivamente contratables, de cómo haya de limitarse, en el campo del conocimiento, aquello que sean las normas constitutivas de los órdenes jurídicos positivos.

Ahora bien, los actos de creación de derecho son actos de ciertas autoridades por los que se introducen o se eliminan normas de ese conjunto heterogéneo que se denomina “orden jurídico positivo”. Implantar una norma, cree Kelsen, requiere de un acto de voluntad de un agente, en especial, de un órgano comunitario. La norma, en cuanto enunciado verbal, expresa el sentido de esa decisión volitiva. El acto de voluntad creador de derecho —todo acto mediante el cual se modifique la composición del orden jurídico positivo de que se trate— constituye, como acto psicológico o social, una orden: alguien ordena una determinada conducta, o su omisión, de un súbdito. La conducta que así el legislador manda —llamando “legislador” a todo órgano productor de normas legales—, al emitir una norma, reviste el carácter de obligatoria; la conducta que el legislador manda omitir, también con una norma, reviste el carácter de prohibida. El ser obligatoria o el ser prohibida son características no naturales que una conducta posible o real adquiere al concebírsela a través de una norma estatuida. La norma es la expresión de un orden; en mérito a ella, una conducta adquiere el carácter de obligatoria o prohibida. Corresponde advertir, siguiendo en esto el análisis del Kelsen de la *Allegemeine Theorie der Normen*, que el acto creador es un acto social de mandar hacer algo: una orden (*ein Gebot*), un mandamiento.

La orden o mandamiento legislativo también puede estar dirigido a eliminar, de un orden jurídico, una norma previamente dictada: Kelsen cree que esta decisión, que tiene consecuencias normativas inmediatas en la composición del orden jurídico y posiblemente mediatas sobre la conducta de los súbditos, se expresa a través de una norma de tipo especial denominada “derogatoria”, que puede presentarse al nivel jerárquico que sea.

2. El derecho, pues, se constituye, como fenómeno social de control de la conducta humana, mediante actos de voluntad de los órganos sociales. El producto de esos actos de creación o de derogación —de introducción o de eliminación de normas de un sistema— son normas. Éstas, formuladas en enunciados lingüísticos, expresan, por un lado, el sentido prescriptivo de esos actos de creación o derogación, por el otro, atribuyen a las conductas a que oblicuamente se refieren, caracteres normativos (el ser obligatorio, prohibido, etcétera). A la ciencia del derecho le interesa conocer (describir) y ordenar (sistema-

tizar) esas normas. La pureza metódica, aceptada como estrategia previa de un conocimiento jurídico con pretensión científica, hace que los actos de creación o derogación, en cuanto fenómenos fácticos, no interesen al jurista *qua* jurista, aunque es cosa bien clara que las normas que “crea” obligaciones, prohibiciones y derogaciones, siempre son el producto de una actividad humana, son el resultado del funcionamiento efectivo de un órgano. Pues a las cosas naturales o a los hechos no cabe atribuirles actos de voluntad destinados a “ordenar” comportamientos sociales.

Claro está que, aceptando esa dicotomía entre los actos de creación o de derogación, y las normas producidas, no hay razón *a priori* para suponer que los primeros, que son hechos psicosociales, se rijan por leyes lógicas, si admitimos que la lógica concierne más bien a enunciados o clases de enunciados (proposiciones). Para la tradición filosófica dominante, la lógica no está constituida por un conjunto de enunciados legales con referencia fáctica. Las normas mismas, en cambio, en cuanto pueden expresarse lingüísticamente mediante oraciones de algún tipo, sí serían en principio susceptibles de algún trato que podría denominarse lógico. Kelsen, sin embargo, como es bien sabido, abriga muchas reservas al respecto, puesto que, apunta, no toda norma, como producto en que se expresa el sentido de un acto de voluntad legislativa, aparece bajo forma de enunciado lingüístico. Y, además, aun cuando las normas se dan como enunciados lingüísticos, los mismos exhiben, en sus análisis tradicionales, ciertas características sintácticas y semánticas que no permiten sostener sin más que la lógica —por lo menos la tradicional lógica bivalente— les sea aplicable directamente.

3. Tenemos, pues, que el conjunto de normas que constituiría el objeto de estudio de la ciencia del derecho positivo que sea, está integrado por aquellas normas resultantes de múltiples actos de creación o derogación. Parece notorio que siendo tales actos de producción de derecho —actos de creación y de eliminación de normas— acciones históricas contingentes, sus productos, las normas estatuidas, se presentarán como conjuntos de enunciados donde pueden presentarse enunciados normativos redundantes, normas incompatibles entre sí, enunciados deónticos incompletos, etcétera. Una primera función del conocimiento científico jurídico residirá, entonces, en la reelaboración de ese material normativo, relativamente amorfo, para constituir un conjunto de enunciados que no sólo pretendan ser verdaderos (en cuanto describen correctamente la existencia de tal o cual norma), sino además ordenados sistemáticamente. Sólo que, como es claro, estos enunciados “descriptivos” (término que requiere ser aclarado)

de la jurisprudencia ya no son normas en ningún sentido: ni funcionan como órdenes dirigidas a sujeto alguno, ni tampoco su sentido es el reproducir lingüísticamente las intenciones de los actos de voluntad de la autoridad legisferante. Los enunciados de la ciencia del derecho expresan, si cabe decir así, la intención cognoscitiva del jurista, no la voluntad del legislador. Pues en ellos se afirma o se niega, entre otras cosas, que una norma determinada, o un conjunto de ellas, integren o no un orden jurídico puesto bajo la lupa del investigador. En rigor, la labor efectivamente desplegada por los juristas teóricos es más reducida, pues sólo se trata de establecer si la norma o normas que pueden dar solución adecuada a un caso, o clase de casos, pueden considerarse como válidas, como pertenecientes al sistema que el jurista supone globalmente eficaz. Este calificativo —la norma es “válida”— tiene, según las orientaciones epistemológicas de los teóricos, diversas acepciones. Una de ellas —importante— es la de aseverar que la norma así calificada efectivamente integra el orden normativo al que se puede recurrir para buscar la solución jurídica de un caso, para caracterizar deónticamente en forma objetiva una conducta. Ahora bien, según tesis clásica del positivismo —invocado aquí no sólo como una posible orientación teórica, sino como prototipo paradigmático del conocimiento practicado por los juristas contemporáneos—, una condición, aunque no la única, para poder afirmar que una norma es “válida”, radica en la verificación empírica (histórica, etcétera) de la existencia real de un acto de creación por parte del órgano que sea.

Pero los actos de creación, derogación de normas, en cuanto acciones de ciertos individuos (órganos) o grupos (como en el caso de la costumbre), también son conductas sujetas a reglas. Vale decir: el acto por el cual un órgano produce una norma es visto también como un acto mediante el cual se acata otra norma que “ordena” al órgano en cuestión producir la primera norma. El derecho, como sostenía Kelsen, regula su propia creación. La creación de derecho es un fenómeno social real; se trata de acciones sociales específicas. Las mismas, en cuanto actos sociales, también se encuentran pautadas.

4. Frecuentemente la norma que regula la creación de otra norma —sea una norma de competencia, por ejemplo— no estatuye una conducta obligatoria para el órgano, sino que otorga potestad o libertad al órgano para proceder o no al acto de creación. Así, por ejemplo, la facultad que muchas constituciones otorgan a los órganos legislativos para dictar leyes, facultad que obviamente ni los obliga ni les impone prohibición de la omisión de actuar. El acto de creación queda así librado a la discreción del órgano. Éste, pues, está facultado para producir el acto creador de la norma. Si así actúa, la nueva norma

será integrante del orden jurídico y éste, por lo tanto, se verá modificado. Como las normas jurídicas son un elemento constituyente de todo sistema social, la obra del legislador alterna el sistema social mismo. Si omite producir la norma para lo cual está facultado, el legislador efectivamente se abstiene de modificar la estructura normativa del sistema social. Pero dejar a éste incólume en sus aspectos normativos es también un acto social, toda vez que los sistemas sociales son históricos. La omisión legislativa provoca, por ende, consecuencias ulteriores distintas a las que provocaría el acto positivo de legislación. En este sentido el órgano facultado para introducir o no una norma jurídica goza de libertad y el ejercicio de esa libertad —como una facultad— hace de todo sistema jurídico positivo un producto de la libertad de los órganos. Otra cosa —habría que ver— es la opción que tiene el sujeto al que la norma no se dirige para acatarla o no. En el caso de una norma que otorga una facultad, todo proceder del órgano es acatamiento. Lo que suena a paradoja. ¿Cómo ha pensado la teoría del derecho este problema de la facultad del órgano, entendida como el poder que una orden de un órgano superior o anterior le confiere para modificar la constitución del orden jurídico o para dejarlo indemne?

Cierto es que también el órgano creador puede estar constreñido obligatoriamente. Cuando el órgano superior —relativamente— ordena al inferior que produzca una norma, crea una norma prescriptiva, una orden (*ein Gebot*). La acción que el órgano cumple al estudiar la norma, al acatar el mandato, es una obligación jurídica; su incumplimiento, por acaso, acarreará sanciones. También hay, pues, actos de creación obligatorios. Pero para interpretar cabalmente al pensamiento kelseniano, corresponde distinguir cuidadosamente a la norma que no obliga al inferior a producir otra norma, sino que lo autoriza o faculta o da poder para ello, la función ejecutada por el órgano superior, otorgante de la facultad, también es un acto “volitivo” ordenador: se trata del ejercicio de la función normativa que Kelsen denomina *Ermächtigung*. Dar poder para crear una norma también es ordenar algo. Dicho *Ermächtigung* se expresa a través de una orden que impone algún sentido normativo a la acción motivada. En cuanto tal, se trata de un mandamiento (*ein Gebot*); la conducta ordenada puede, a su vez, resultar regulada en forma facultativa, entendiendo ahora por tal que el carácter deóntico mediante el cual se expresaría, se formularía diciendo que el acto de creación no es obligación del órgano, ni le está prohibido a éste; o, lo que es lo mismo: que el acto en cuestión puede ser efectuado y puede ser omitido. Es un teorema banal de lógica deóntica (interpretada como lógica de los enunciados

normativos) que ciertas conductas pueden estar reguladas como permitidas como también le pueden ser las omisiones. Utilizando la notación corriente polaca, tendríamos que la facultad de dictar una norma, ordenada por el superior, tiene el carácter normativo KPpPNp, equivalente, claro está, a KNOpNVp. Vale decir: se afirma que la orden del superior, ha dado poder a alguien, un órgano inferior, para que lo que haga no esté calificado por el orden jurídico ni como prohibido ni como obligatorio. Este carácter deóntico suele denominarse también “facultad” (*F*), traducción admitida del *Ermächtigung* kelseniano.

5. Corresponde pues distinguir varios planos: 1) La función normativa que ejerce un órgano creador de derecho cuando encomienda a otro órgano la producción de normas. Esta delegación puede implicar la orden de que el órgano produzca una norma (de cierto contenido, etcétera), como también la delegación al órgano para que proceda según su arbitrio, estableciendo una nueva norma o absteniéndose de hacerlo. Esta función primordial del órgano superior (relativamente) es un *ordenar* (*Geboten*), como término general que designa la función para la cual da competencia a otro para proseguir en la constitución dinámica de un orden jurídico. 2) Esa orden del superior al inferior tiene dos contenidos posibles: o le encomienda modificar de alguna suerte el orden jurídico, introduciendo alguna nueva norma o derogando alguna existente, o bien, la de abstenerse de actuar manteniendo el *statu quo ante*. Cuando el órgano superior da poder (*ermächtigt*) al inferior, la opción por una u otra posibilidad queda librada al arbitrio del órgano delegado. En ese sentido, éste tiene libertad de creación pues la constitución misma del orden jurídico depende de cómo actúe. En ese sentido puede afirmarse, pues, que el orden jurídico es el resultado del ejercicio de la libertad de los órganos. Y aquí corresponde señalar que, a algún nivel y en alguna ocasión, *este tipo de libertad es inevitable*. 3) Del proceder efectivo del órgano delegado resulta la aparición de una norma, si así actúa, o el mantenimiento del estado anterior del sistema normativo. Claro que al estatuir la norma para cuya creación se lo ha autorizado, el órgano puede disponer que ciertas conductas de los súbditos sean libres, esto es, no estén sujetas a normas que obliguen a ella o la prohiban. Estas normas, también denominadas “facultativas” o “potestativas”, pueden ser entendidas —ya que en rigor no regulan directamente conducta alguna, dado que todo proceder las satisface y no son susceptibles de violación—, como normas derogatorias de anteriores obligaciones o prohibiciones. Declarar, por caso, que los mayores de 16 años están facultados a contraer matrimonio significa que la prohibición de hacerlo antes queda

derogada, y que no existe obligación de cumplir tal acto. Pero declarar que normas que imponen obligaciones o prohibiciones no existen —que es un significado posible de la norma que faculta—, nos lleva a pensar, como quisiera Kelsen en sus últimas obras, que hay enunciados normativos que no conciernen directamente a la motivación de conducta, sino a establecer el *status* de la validez de otras normas. Denominar a estas normas, normas derogatorias, puede constituir un exceso de lenguaje, si normalmente se entiende por tal enunciados con función pragmática prescriptiva. Las características semánticas y pragmáticas de tales “normas” derogatorias son, en todo caso, anómalas.