

I. El normativismo como concepción alternativa	35
II. ‘Norma’ y ‘regla’: dos expresiones ambiguas	36
III. ‘Proposición’: una expresión ambigua.	40
IV. La clasificación funcional de las proposiciones	44
V. La actual revisión de la tipología proposicional.	50
VI. Delimitación del área de argumetación y estipulación de ‘proposición prescriptiva’	55
VII. Algunos problemas de la clasificación de las proposiciones prescriptivas	56
VIII. La clasificación de las proposiciones prescriptivas según Alf Ross	59
1. Los directivos personales.	60
2. Directivos impersonales	62
IX. Normas o reglas jurídicas y modelos teóricos de normas o reglas jurídicas	64
1. El lenguaje del derecho y el lenguaje de los juristas	64
2. En el lenguaje de los juristas se incluyen las normas jurídicas	65
3. Los modelos teóricos de norma o regla jurídica también pertenecen al lenguaje de los juristas.	66
X. El prescriptivismo monista	70
1. El modelo normativista de John Austin	71
2. El prescriptivismo monista en <i>La teoría pura del derecho</i>	83
XI. El pluralismo prescriptivista	125
El pluralismo prescriptivista de Hart: el derecho como unión de reglas primarias y secundarias	125

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TEORÍA “SINTÁCTICA” DE LAS REGLAS JURÍDICAS Y EL NORMATIVISMO PRESCRIPTIVISTA

I. EL NORMATIVISMO COMO CONCEPCIÓN ALTERNATIVA

Según Bobbio, las distintas concepciones acerca del derecho se pueden reducir a tres: *a)* las que consideran al derecho como una *institución* social; *b)* las que lo conciben como una relación intersubjetiva, y *c)* las que lo consideran como un sistema de normas o reglas.⁷⁰

Entre los representantes de la primera concepción se encuentran Georges Renard (*Théorie de l'institution*, 1930),⁷¹ Georges Gurvitch (*L'idée du droit social* y *Dichiarazione dei diritti sociali*) Guido Fassó (*Storia como esperienza giuridica*).⁷² Un rasgo común a todas estas teorías es que constituyen una reacción contra el estatismo jurídico, *i. e.*, coinciden en considerar al derecho no como un producto estatal, sino como un fenómeno social que admite múltiples manifestaciones. Así, para Santi Romano, por ejemplo, el derecho equivale a una sociedad organizada con vista a obtener un fin determinado. Desde este prisma, una asociación delictiva, en tanto se constituya como una organización social con un fin concreto, constituye una institución. Como es fácil observar, las teorías institucionalistas tienen una marcada tendencia sociologista.

Al igual que las teorías *institucionalistas*, las que consideran al derecho una relación intersubjetiva constituyen una reacción contra la concepción estatista. Sin embargo, a diferencia de las primeras, para éstas es suficiente la relación entre dos sujetos para poder hablar de derecho y no es necesaria la presencia de otros elementos adicionales como una socie-

⁷⁰ Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica*, Turín, Giappichelli, 1958, pp. 13 y ss.

⁷¹ Citado por Bobbio, *op. cit.*, nota 70, p. 16.

⁷² *Idem.*

dad compleja, con fines comunes, ni con una organización. Entre los representantes de esta corriente se encuentran: Kant, Del Vecchio y Alessandro Levi.⁷³

A diferencia de las teorías institucionalistas y las que conciben al derecho como una relación intersubjetiva, una tercera concepción considera a las normas como el elemento característico de derecho. Sin embargo, no todas las teorías normativistas son de la misma especie y así podemos distinguir entre teorías normativistas no estatistas (por ejemplo, la iusnaturalista de Tomás de Aquino, para quien el derecho es norma divina dirigida al hombre)⁷⁴ y teorías normativistas estatistas (por ejemplo, *La teoría pura del derecho*). También podemos distinguir entre teorías que consideran a las normas jurídicas como proposiciones lingüísticas (la teoría expuesta por Gaetano Carcaterra en *La forza costitutiva delle norme*⁷⁵) de aquellas que las consideran como algo distinto. Por ejemplo, Tamayo dice “la norma jurídica no puede ser algo ontológicamente distinto a las conductas humanas que la constituyen”.⁷⁶ Durante el resto del trabajo me referiré a teorías que presentan las siguientes notas: *a)* consideran a las normas jurídicas el elemento característico del derecho; *b)* consideran que las normas jurídicas son proposiciones lingüísticas; *c)* consideran como único derecho posible el generado por el Estado, *i. e.*, positivistas.

II. ‘NORMA’ Y ‘REGLA’: DOS EXPRESIONES AMBIGUAS

Una de las características ineludibles del lenguaje natural es su ambigüedad.

En ocasiones, los problemas generados por la ambigüedad de una expresión pueden verse agravados si a ésta se le considera sinónimo de otra también ambigua. Esto sucede con las palabras ‘norma’ y ‘regla’. En efecto, a pesar de que comúnmente se les suele asimilar, su significado dista mucho de ser idéntico no sólo en el lenguaje coloquial, sino también en el teórico.

⁷³ *Ibidem*, pp. 24-26.

⁷⁴ Fernández Galeano, Antonio, *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, Madrid, CEURA, 1985, pp. 162-165.

⁷⁵ Carcaterra, Gaetano, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, Bulzoni, 1979.

⁷⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 40.

Entre las opiniones acerca de la ambigüedad de la expresión ‘norma’ podemos citar a Von Wright: “La palabra inglesa ‘norma’, y las que le son equivalentes en otras lenguas, se usa en muchos sentidos y, a menudo, con un significado poco claro”.⁷⁷ En el mismo sentido opinan Nino y Tamayo. En palabras de este último: “El término ‘norma’ es ambiguo, es decir, tiene más de un significado. Esta ambigüedad se debe, en mucho, a que el uso del término ‘norma’ no es exclusivo de la teoría jurídica”.⁷⁸ Entre los múltiples significados de la palabra podemos citar: nombre femenino, precepto general por el que se uniforma la conducta o la forma del pensamiento,⁷⁹ una especie de proposición prescriptiva, y “sustrato de sentido o esquema interpretación a partir del cuál se confiere significación jurídica a lo que acontece en el mundo fáctico”.⁸⁰ “Comportamiento imputativamente regulado”,⁸¹ “directivo que corresponde, de una cierta manera, a ciertos hechos sociales”,⁸² “enunciado que indica una costumbre o hecho que habitualmente se verifica en determinadas circunstancias”,⁸³ etcétera.

También la palabra ‘regla’ es ambigua, como bien nos hace notar Robles: “La palabra ‘regla’ tiene que ver con muchas realidades distintas: instrumento para trazar líneas, pauta de las órdenes religiosas, menstruación, preceptos o prescripción”.⁸⁴ “Mapeando” la expresión ‘regla’ con los sentidos arriba referidos para ‘norma’, nos percataremos de que casi todos pueden ser compartidos por ‘regla’, lo que podría llevarnos a creer que tanto ‘norma’ como ‘regla’, aunque expresiones ambiguas, son sinónimas. Que esta clasificación no es nada disparatada se pone de relieve si reproducimos la opinión de destacados autores. Por ejemplo, Von Wright: “Existen varios sinónimos parciales de ‘norma’, todos ellos inglés correcto: ‘patrón’ (*pattern*), ‘modelo’, (*standard*), ‘tipo’ (*type*), figuran entre ellos al igual que ‘reglamento’ (*regulation*), ‘regla’ (*ru-*

77 Wright, G. Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979, p. 21.

78 Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y...*, cit., nota 76, p. 41.

79 Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de J. Vernengo, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1970, p. 17.

80 Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y...*, cit., nota 76, p. 37.

81 *Idem*.

82 *Ibidem*, núm. 548, p. 329.

83 *Idem*.

84 Robles Morchón, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*, Palma de Mallorca, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1982, p. 97.

le’) y ‘ley’ (*‘law’*)”.⁸⁵ En el mismo sentido, Tamayo: “En razón de que el término ‘norma’ es usado, dentro del lenguaje ordinario, como sinónimo de ‘regla’, entonces, parece normal aplicar el término ‘norma’ ahí donde funciona ‘regla’ o viceversa”.⁸⁶ Otra constancia de esta asimilación terminológica la tenemos en el ámbito italiano y, concretamente en el *Nuovo digesto italiano*, donde pude leerse: “*per il giurista italiano sono norme giuridiche quelle regole che il legislatore vuole che siano tali*”.⁸⁷ No obstante esta aparente sinonimia, hay algunas razones a tomar en cuenta para matizarla. En primer lugar, apunto que, aunque en sus orígenes ambos términos tienen un significado análogo, pues denotaban instrumentos para hacer mediciones o trazos, su empleo en el lenguaje jurídico a lo largo de la historia ha sido muy dispar, preponderando el uso de ‘regla’ sobre ‘norma’.

En este sentido, Ricardo Orestano nos dice, en un excelente artículo en que sigue comparativamente la evolución de ambas expresiones desde el antiguo derecho romano: “*Mentre ‘regula’ ha impieghi in ogni campo senza soste, ‘norma’ conosce zone d’ ombra de eclissi*”.⁸⁸ Sólo como muestra de la escasa importancia de ‘norma’ a lo largo de la historia, vale decir que no figura en ningún lugar del Código justineano, que se encuentra en alguna disposición imperial del Código Teodosiano en sentido de medida objetiva; una vez, en los *Appendices legis romanae wisigothorum* y cuatro veces en las *Instituciones* justinianas.⁸⁹

Sin embargo, la diferencia en el uso de expresiones no sólo queda como curiosidad histórica. A pesar de que semánticamente podrían emplearse tanto ‘norma’ como ‘regla’ en muchos contextos de manera intercambiable, lo cierto es que en los usos lingüísticos se suele reservar ‘regla’ y no ‘norma’ para aludir a hechos que se repiten de manera habitual. Es éste precisamente el sentido que tiene la palabra dentro de los

⁸⁵ Wright, G. Herik, *Norma y acción*, cit., nota 77, p. 21.

⁸⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y...*, cit., nota 76, p. 41.

⁸⁷ “Para el jurista italiano son normas jurídicas aquellas reglas que el legislador quiere que sean tales”. Cfr. Esposito, Carlo, “Norma giuridica”, *Nuevo digesto italiano*, t. VIII, p. 1050.

⁸⁸ “Mientras ‘regla’ se ha empleado en cada campo sin interrupción, ‘norma’ conoce zonas de sombra y eclipse”. Cfr. Orestano, Ricardo, “Norma statuita e norma satutente”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, pp. 187-222.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 317.

usos de las teorías realistas.⁹⁰ En otro sentido, ‘regla’ suele emplearse donde no empleamos normalmente ‘norma’: cuando nos referimos a los juegos solemos hablar de “las reglas de los juegos” y no de “las normas de los juegos”. Este uso tiene consecuencias importantes en el campo de la teoría del derecho y de la filosofía lingüística contemporánea, donde es normal emplear a los juegos como modelo explicativo de fenómenos más complejos.

La expresión ‘regla’ ha cobrado hoy particular importancia entre los representantes de la jurisprudencia analítica desplazando a ‘norma’, que en su día fue importada del ámbito de la moral. Otra razón por la que debe matizarse la aparente sinonimia de ‘regla’ y ‘norma’ referidas al derecho no obedece a causas de índole connotativa —como sucede en los casos recién citados— sino que obedece a razones técnicas. Según Hans Kelsen, debemos distinguir entre las normas y las reglas jurídicas. Las primeras son las proposiciones prescriptivas que constituyen la materia prima de los ordenamientos normativos (códigos, leyes, decretos, etcétera) mientras que las segundas son las proposiciones descriptivas propias de la ciencia del derecho.

Si llamamos reglas de derecho a las proposiciones que la ciencia del derecho utiliza para describir su objeto, tenemos que distinguirlas de las normas jurídicas —que son el objeto de describir por la ciencia jurídica—. Las reglas de derecho son instrumentos de la ciencia jurídica, mientras que las normas jurídicas tienen una función de autoridad jurídica. Al describir el derecho mediante las reglas de derecho, la ciencia jurídica no ejerce la función correspondiente a la autoridad legal, que es una función de decisión, sino que ejerce una función cognoscitiva.⁹¹

Mientras el término ‘norma’ se reserva para el metalenguaje que, con fines cognoscitivos, constituyen los teóricos del derecho sobre ese len-

⁹⁰ En el realismo americano ‘regla’ es un enunciado obtenido empíricamente del funcionamiento real de los tribunales conforme al cual es posible predecir el comportamiento de dichos órganos.

⁹¹ Sánchez-Mazas, Miguel, *Lógica, norma, ciencia y sociedad*, Universidad del País Vasco, 1982, p. 10. Para el tema de la relación entre norma y proposiciones descriptivas de normas, véase Mięcsyślaw Wallis-Walfisz, “Les énonces des appréciations et des normes”, *Studia Philosophica*, vol. II, 1973, p. 412. Muy especialmente, véase Opalek, Kasimiers, “Les normes, les énonces sur les normes et les propositions deontiques”, *Archives de Philosophie du Droit*, 17, 1972, pp. 335-372.

guaje objeto. Es aquí donde radica el punto neurálgico de nuestras consideraciones. Si al parecer buen número de autores emplea ‘regla’ para referirse al lenguaje del derecho y otros, para referirse al metalenguaje construido sobre aquél ¿dónde queda la pretendida sinonimia paralela? Debido a los problemas apuntados he decidido introducir una estipulación: cuando en el resto del trabajo quiera referirme a las proposiciones lingüísticas que integran el derecho, emplearé indistintamente las palabras ‘norma’ o ‘regla’. En lo que sigue no aludiré a las proposiciones descriptivas con que, según Kelsen, la ciencia del derecho pretende conocer su objeto.

III. ‘PROPOSICIÓN’: UNA EXPRESIÓN AMBIGUA

Un problema semejante al enfrentado en el epígrafe anterior nos ocupará en este respecto de la expresión proposición.

Von Wright deja constancia de esta dificultad con las siguientes palabras: “¿Qué es una proposición? —Intentar contestar esta pregunta de una forma satisfactoria nos llevaría a las profundidades del mar filosófico—. El término ‘proposición’, tal como lo usan comúnmente los lógicos y filósofos, cubre una serie de entidades diferentes”.⁹² Una de las explicaciones más corrientes es la que define a las proposiciones como el significado de las sentencias indicativas: “Puede decirse que las proposiciones tienen dos ‘contrapartidas’ en el lenguaje. Una de ellas son las sentencias (indicativas)... Las sentencias expresan proposiciones. Las proposiciones puede decirse que son el significado o sentido de las sentencias”.⁹³ En el mismo sentido, sólo que relacionándolas no sólo con el concepto de sentencia, sino también con el de juicio, se pronuncian Ferrater Mora y Hugues Leblanc: “El juicio es el acto mental por medio del cual pensamos cualesquiera enunciados... La proposición, en cambio, es lo pensado en dicho acto”.⁹⁴

Una sinonimia frecuente es la que aparece entre los términos proposición y ‘enunciado’. Esta equivalencia semántica es puesta de manifiesto por Copi: “Los términos ‘enunciado’ y ‘proposición’ no son sinónimos

⁹² Wright, G. Henrik, *Norma y acción*, cit., nota 77, p. 42.

⁹³ *Ibidem*, p. 37.

⁹⁴ Ferrater Mora y Hugues Leblanc, *Lógica matemática*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 24.

exactos, pero en los escritos de los lógicos se usan más o menos en el mismo sentido”.⁹⁵ Sin embargo, también es frecuente que por ‘enunciado’ se entienda no el significado de una expresión, sino la expresión misma, tomando ‘enunciado’ como equivalente de ‘sentencia’ según hemos apuntado en el párrafo anterior. Usan la expresión en este sentido Jens Allwood, Lars-Gunnar Andersson y Östen Dahl: “Lo determinante en una inferencia es lo que el enunciado dice acerca del mundo y no el enunciado en cuanto secuencia de sonidos o signos. Introduciremos el término ‘proposición’ para designar aquello que un enunciado dice acerca del mundo”.⁹⁶

También Quine: “Negar un enunciado es afirmar otro enunciado, al cual se le conoce como negación o el contradictorio del primero: decir que «el Taj Mahal es blanco», significa negar «El Taj Mahal no es blanco»”.⁹⁷ Como último ejemplo, se sustituyen los enunciados ‘hay riesgo de lluvia’ y ‘baja el barómetro’ por los símbolos A y B respectivamente”.⁹⁸ Obviamente en los dos últimos ejemplos sabemos que la palabra ‘enunciado’ se refiere a expresiones y no a significados, por las semicomillas entre las que se encierran los ejemplos, con lo cual se indica mención y no uso.⁹⁹

En ocasiones, se afirma que las proposiciones o enunciados (tomando la segunda palabra en el sentido de significado y no de expresión) son el significado de oración, *i. e.*, se emplea ‘oración’ para aludir a la forma en que se expresan las proposiciones. En este sentido, Hospers dice:

habremos de hacer al comienzo una distinción entre oraciones y proposiciones. Una oración, como una palabra, posee un significado: una oración no es meramente una ristra de señales sobre el papel o una serie de sonidos, sino una u otra de estas cosas pero con significado. Pero cuando hablamos de una proposición, no estamos hablando de la oración misma sino de lo que significa la oración.¹⁰⁰

⁹⁵ Copi, Irving, *Lógica simbólica*, trad. de Andrés Sestier, México, CECSA, 1982, p. 17.

⁹⁶ Allwood, Jens *et al.*, *Lógica para lingüistas*, Madrid, 1981, p. 32.

⁹⁷ Quine, W. V., *Los métodos de la lógica*, trad. de Juan José Acero y Nieves Guasch, Barcelona, Ariel, 1981, p. 25.

⁹⁸ Garrido, Manuel, *Lógica simbólica*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 18.

⁹⁹ Ferrater Mora y Leblanc, Hugues, *Lógica matemática*, *cit.*, nota 94, p. 15.

¹⁰⁰ Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, trad. de Julio César Armero, Madrid, Alianza Universidad, 1984, p. 105.

Copi también usa ‘oración’ de la manera apuntada: “Es costumbre distinguir entre las oraciones declarativas y las proposiciones que se afirman al pronunciar aquéllas”.¹⁰¹

Ordenando lo hasta aquí expuesto obtenemos la siguiente panorámica. A pesar de las diferencias terminológicas, en todos los casos citados persisten dos conceptos: 1) mediante ciertos rasgos o sonidos perceptibles sensorialmente, 2) significamos algo. Si echamos mano de la terminología saussuriana,¹⁰² podríamos decir que: “1)” corresponde a la idea de *significante* y “2)” a la de significado.

Tener clara la distinción entre estos dos niveles es de suma importancia, ya que, tal como nos dice Hospers:

Para expresar la misma proposición, esto es, el mismo significado, se pueden usar una o más oraciones: ‘Nueva York es más grande que San Francisco’ y ‘San Francisco es más pequeña que Nueva York’ son oraciones diferentes y muy distintas una de otra; por ejemplo, la primera oración contiene la frase ‘más grande’ y la segunda no. No obstante afirman o expresan la misma proposición.¹⁰³

Con relación a la misma idea nos dice Copi: “la misma oración articulada en diferentes contextos puede afirmar diferentes proposiciones”.¹⁰⁴ Como veremos más adelante, ignorar tal diferencia es causa de una de las confusiones más frecuentes en el derecho: identificar las normas o reglas jurídicas con los artículos, párrafos, apartados, etcétera, escritos en los cuerpos normativos de los que serían ejemplo los códigos o las leyes (oraciones) y no con su o sus significados (proposiciones).

En conclusión, podríamos resumir los problemas terminológicos apuntados, de la manera siguiente: 1) para aludir a la idea de *significante*, los lógicos suelen emplear, al menos, alguna de las siguientes expresiones: ‘sentencia’, ‘enunciado’, ‘oración’. 2) para aludir a la idea de *significado* los lógicos suelen emplear: ‘proposición’ o ‘enunciado’. Como un lector perspicaz habrá notado, a estas alturas de mi argumentación no ha aparecido ambigüedad en el uso de ‘proposición’. A pesar de los diferentes térmi-

¹⁰¹ Copi, Irving, *Lógica simbólica*, cit., nota 95, p. 16.

¹⁰² Saussure, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, Bally, Charles; Sechehaye, Albert; Riedlinger, Albert (eds.), trad. de Armiño, México, Nuevomar, 1982.

¹⁰³ Hospers, John, *Introducción al análisis...*, cit., nota 100, p. 105.

¹⁰⁴ Copi, Irving, *Lógica simbólica*, cit., nota 95, p. 16.

nos con que se suele aludir a la vía en que ésta se expresa y la existencia de una expresión por ella intercambiable, siempre ha aparecido como equivalente de *significado*. La consecuencia de esto podría ser la creencia de que, contrariamente a lo que reza el rubro, ‘proposición’ carece de ambigüedad. A continuación trataré de demostrar lo contrario.

En primer lugar, es de destacar que no siempre que aparece ‘proposición’ se usa en el sentido de *significado*, algunas veces se usa para aludir a las nociones de idea o pensamiento, tal como ha señalado Acero: “Hay que avisar que el concepto de proposición se emplea actualmente en muchas ocasiones como equivalente de idea o pensamiento”.¹⁰⁵

Desde luego, alguien podría decir que también en el caso de las ideas o pensamientos estamos entre significados y que por lo tanto no hemos demostrado la existencia de un uso de ‘proposición’ diferente al apuntado anteriormente. Aunque evidentemente la objeción es plausible, hay que determinar que, salvo estipulación en contrario, en los usos normales del lenguaje, ‘idea’ o ‘pensamiento’ tienen una denotación más amplia que ‘significado’ si entendemos esta palabra como se hace al hablar de proposición, *i. e.*, para aludir no a cualquier tipo de significado, sino al significado correspondiente a expresiones lingüísticas. Además, no hay que perder de vista que, aunque normalmente *pensemos en términos de significados*, también es posible pensar sinsentidos.

Además de ser ambigua por tener más de un sentido, ‘proposición’ presenta otro tipo de ambigüedad en su acepción de significado lingüístico. A esta nueva ambigüedad la podríamos calificar de *estructural*. Para algunos, la proposición se integra por un sujeto y un predicado unidos por una cópula. A esta idea se refiere Bobbio con las siguientes palabras: “*La forma piú comune di una proposicione è ciò che nella legica classica si chiama giudisio, che è una proposicione composta di un soggetto e di un predicato, uniti da una copula (S è P)*”.¹⁰⁶

Sin embargo, también es muy común considerar proposiciones a series de palabras que ni presentan la estructura del juicio, ni contienen sujeto. Frases del tipo: “hace frío”, “llueve mucho”, etcétera, constituyen propo-

¹⁰⁵ Acero, Juan José y Quesada, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1985, p. 41.

¹⁰⁶ “La forma más común de una proposición es aquella que en la lógica clásica se llama ‘juicio’, que es una proposición compuesta de un sujeto y un predicado, unidos por una cópula (S es P)”. *Cfr.* Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica, cit.*, nota 70.

siciones atómicas para la lógica de predicados. Así, por ejemplo, Suppes y Hill, al exponer la distinción entre proposiciones atómicas y moleculares dicen: “Por ejemplo, considérense dos proposiciones atómicas: hoy es sábado; no hay clase”.¹⁰⁷ Incluso, es normal encontrar definiciones de ‘proposición’ como aseveración. Por ejemplo Salazar Resines: “Una proposición es una aseveración, que puede ser verdadera o falsa... Una aseveración es una afirmación o una negación”.¹⁰⁸ Para completar el cuadro, vale la pena decir que también se consideran preposiciones a los significados de palabras aisladas. Al respecto, dice Bobbio: “*no ogni proposizione è un giudizio. Per es.: “Guarda!” sono proposizioni, ma non giudizi*”.¹⁰⁹

Como es evidente la ambigüedad de ‘proposición’ justifica una estipulación lingüística. Para efectos de este trabajo, cuando emplee el término ‘proposición’ entenderé un significado correspondiente a una serie signos, (palabra, frase u oración) con sentido. Creo que en esta forma entiende Robles lo que es una proposición “la regla es pues, el significado de una expresión lingüística. Es una proposición”.¹¹⁰ Cuando desee referirme a las vías de expresión de las proposiciones emplearé ‘palabra’, ‘frase’, ‘oración’, o ‘enunciado’ según sea apropiado al contexto.

IV. LA CLASIFICACIÓN FUNCIONAL DE LAS PROPOSICIONES

Una de las ideas fundamentales del positivismo lógico fue la creencia de que las únicas proposiciones sobre las que vale la pena ocuparse desde una perspectiva científica y filosófica son las que pueden ser evaluadas como verdaderas o falsas. De esta manera, el lenguaje lógicamente perfecto, carente de ambigüedades, enseñado por Frege,¹¹¹ Russell¹¹² y el

¹⁰⁷ Suppes, P. y Hill, S., *Introducción a la lógica matemática*, Barcelona, Reverté, trad. de Enrique Linés Escardó, 1975, p. 1.

¹⁰⁸ Salazar, Resines, *Introducción a la lógica deductiva y a la teoría de conjuntos*, México, UNAM, Dirección General de Publicaciones, 1982, p. 3.

¹⁰⁹ “No toda proposición es un juicio. Por ejemplo: «¡Mira!», «¿Cuántos años tienes?» son proposiciones, pero no juicios”. Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría della norma giuridica*, cit., nota 70, p. 76.

¹¹⁰ Robles, Gregorio, *op. cit.*, nota 84, p. 97.

¹¹¹ Frege, Gottlob, *Escritos lógico-semánticos*, Madrid, Tecnos, 1974.

¹¹² Russel, Bertrand, “La filosofía del atomismo lógico”, en Muguerza, Javier (selección e introducción), *La concepción analítica de la filosofía*, 2a. ed., trad. de A. Deaño et al., Madrid, Alianza, 1986, pp. 159-251 (libro que compila las traducciones de varios artículos clásicos, entre ellos el que se cita).

primer Wittgenstein,¹¹³ estaría constituido sólo de un tipo de proposiciones: las descriptivas. “Un lenguaje perfecto está constituido por oraciones que pueden ser verdaderas o falsas, esto significa que solamente es candidata a la perfección lógica aquella porción del lenguaje que utilizamos para declarar los hechos, para hablar de lo que acontece, es decir, aquella porción del lenguaje que empleamos en el discurso declarativo o asertórico”.¹¹⁴ Estas ideas no tardaron en ser matizadas a consecuencia del surgimiento de la filosofía del lenguaje común debido al segundo Wittgenstein.¹¹⁵

Una de las tesis centrales que Wittgenstein había tomado de Rusell, a saber: que la lógica suministra la estructura del lenguaje y de la realidad, fue sustituida por otra sumamente opuesta: que el lenguaje ordinario es mucho más rico que la lógica y que ésta no puede, por ello, darnos ninguna pista para entender aquél y menos aún para averiguar en qué consiste la realidad.¹¹⁶

Una de las herencias de la nueva filosofía lingüística fue la de calificar a la antigua creencia de los positivistas como una falacia, la llamada *falacia descriptivista*. Contra ella se levantó la opinión de que al lado de las proposiciones descriptivas también existen otras proposiciones dignas de consideración filosófica a pesar de no estar orientadas a registrar hechos, sino a influir en la conducta o pensamientos de las personas. Estas ideas dieron lugar a toda una nueva forma de especulación filosófica basada en los llamados usos del *lenguaje*. Uno de los máximos representantes de esta postura fue John Austin, quien, en su artículo ya clásico “Emisiones realizativas”, nos dice:

No tenemos que retroceder muy lejos en la historia de la filosofía para encontrar filósofos dando por sentado como algo natural que la única ocupación, la única ocupación interesante, de cualquier emisión es decir, de cualquier cosa que decimos es ser verdadera o al menos falsa. En los tiem-

¹¹³ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus lógico-philosophicus*, trad. de Enrique Tierno Galván, Madrid, Alianza, 1973.

¹¹⁴ Hospers, John, *Introducción al análisis...*, *cit.*, nota 100, p. 30.

¹¹⁵ Wittgenstein, Ludwig, *Los cuadernos azul y marrón*, *cit.*, nota 3. Del mismo autor, *Investigaciones filosóficas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1988.

¹¹⁶ Hospers, John, *Introducción al análisis...*, *cit.*, nota 100, p. 107.

pos recientes este tipo de postura ha sido puesta en duda... la gente comenzó a preguntarse si después de todo algunas de las cosas que, tratadas como enunciados, estaban en peligro de ser rechazadas como sinsentidos fueran después de todo realmente propuestas como enunciados. ¿No podrían tal vez no pretender registrar hechos sino influir en la gente de esta o aquella manera, o dar rienda suelta a las emociones de esta o aquella manera?... Sobre estas líneas la gente ha adoptado ahora un nuevo *slogan*, el *slogan* de los ‘diferentes usos del lenguaje’. La vieja postura enunciativa, es incluso llamada a veces una falacia, la falacia descriptiva.¹¹⁷

Con la aparición de la filosofía de los usos del lenguaje, lo que antiguamente era motivo de orgullo y calidad académica pasa a ser causa de perplejidad. Así lo pone de manifiesto un filósofo de la calidad de Hare, quien en su clásico *El lenguaje de la moral* nos dice: “La sensación de que sólo las oraciones ‘propiamente indicativas’ están libres de sospecha puede (sorprendentemente) sobrevivir al descubrimiento de que hay oraciones de nuestro lenguaje ordinario perfectamente dotadas de significado que no son reducibles a oraciones indicativas”.¹¹⁸

En congruencia con su idea de que no sólo las proposiciones indicativas o descriptivas tienen significado, Hare propone una distinción entre dos tipos diferentes de lenguaje, constituidos cada uno por un tipo distinto de proposiciones: descriptivas el uno, prescriptivas el otro:

en un destacado representante de la escuela de Oxford como Hare, el intento de suministrar un marco adecuado para el análisis del discurso moral tiene como primer paso la distinción entre dos grandes clases de expresiones, que constituyen respectivamente, el lenguaje descriptivo y el lenguaje prescriptivo... una expresión tiene significado prescriptivo cuando se usa típicamente para guiar la conducta.¹¹⁹

La dicotomía realizada por Hare ha sido ampliada, y hoy es comúnmente aceptado distinguir entre proposiciones descriptivas, prescriptivas, interrogativas y exclamativas.

¹¹⁷ Austin, John, “Emisiones realizativas”, en Urmson y Warnock (comps.) *Ensayos filosóficos*, trad. de Alfonso García Suárez, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1975, p. 218.

¹¹⁸ Hare, *El lenguaje de la moral*, trad. de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1975, p. 20.

¹¹⁹ Hoppers, John, *Introducción al análisis...*, *cit.*, nota 100, p. 168.

En este mismo sentido se puede leer en Copi: “Los gramáticos clasifican las formulaciones lingüísticas de las proposiciones, preguntas, órdenes y exclamaciones, en oraciones declarativas, interrogativas, imperativas y exclamatorias”.¹²⁰ Una descripción informal de las funciones que cumple cada tipo de proposición podría ser la siguiente: las proposiciones descriptivas o declarativas (según terminología de Copi) se usan para describir estados de cosas, las interrogativas para solicitar información; las imperativas, para inducir a otro a que realice determinada acción, y las exclamatorias, para expresar estados de ánimo o motivarlos en terceros.

La misma clasificación es admitida por Norberto Bobbio, con el agregado adicional de que, para él puede distinguirse entre forma y función proposicionales: “*Vi sono vari tipi di proposizioni. Si possono distinguere i veri tipi di proposizioni in base a due criteri: la forma grammaticale e la funzione*”.¹²¹ Conforme a la forma, Bobbio clasifica las proposiciones en declarativas, interrogativas, imperativas y exclamativas, al igual que Copi.¹²²

Por sus funciones, las clasifica en aserciones, demandas, mandatos y exclamaciones, respectivamente.¹²³ La razón por cual Bobbio hace esta doble clasificación obedece a que, según afirma, aunque normalmente forma y función coinciden, puede suceder que no sea así. Un ejemplo de mandato que no es expresado en la forma imperativa que le es típica, sino en forma declarativa, sería un artículo de un código civil que dijera “Los gravámenes impuestos sobre bienes inmuebles cuyo valor exceda los cinco millones de pesos se inscribirán en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio”.¹²⁴ Aunque la distinción realizada por Bobbio es conceptualmente impecable, me parece oportuno hacer una aclaración terminológica: la doble clasificación no corresponde a las proposiciones contempladas desde dos puntos de vista, sino que se ocupa, por una parte, de los enunciados (entendiendo ‘enunciado’ al nivel significante) y

¹²⁰ Copi, Irving, *Lógica simbólica, cit.*, nota 95, p. 16.

¹²¹ “Hay varios tipos de proposiciones. Se pueden distinguir con base en dos criterios. La forma gramatical y la función”. *Cfr.* Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica, cit.*, nota 70, pp. 78 y 79.

¹²² Copi, Irving, *Lógica simbólica, cit.*, nota 95, p. 79.

¹²³ Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica, cit.*, nota 70, p. 79.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 82.

las proposiciones propiamente dichas (al menos según nuestra estipulación), por el otro.

De los cuatro tipos de proposiciones, las que suelen considerarse más importantes son las descriptivas, las prescriptivas y las expresivas, correspondiendo respectivamente al lenguaje científico, normativo y poético. De las tres proposiciones fundamentales son de interés para el derecho las descriptivas y las prescriptivas. Tradicionalmente se considera que las primeras son las que integran los trabajos jurídico-científicos, mientras que las segundas constituyen la materia prima del lenguaje del derecho, *i. e.*, el de los códigos, leyes, decretos, sentencias, etcétera. Sin embargo, no hay un consenso absoluto acerca de la imposibilidad de hablar de tipos de proposiciones descriptivas o expresivas en este segundo tipo de lenguaje jurídico.

Así, según Bobbio, los ordenamientos jurídicos son discursos en los que es factible encontrar no sólo proposiciones prescriptivas, sino también descriptivas e incluso expresivas: “*il legislatore può ricorrere ai discorsi descrittivi ed vocativi per rafforzare i suoi precetti... il linguaggio prescrittivo è quello che ha maggiori pretese perché tende a modificare il comportamento altrui: nulla di strano che si valga per esercitare la propria funzione anche degli altri due*”.¹²⁵

A la anterior clasificación de las proposiciones hay que añadir un nuevo tipo. Nos referimos a las llamadas “proposiciones operativas”. Con ellas completa Carlos Santiago Nino su clasificación proposicional definiéndolas como proposiciones cuyo uso implica un hacer si son realizadas en ciertas condiciones. “Se caracteriza por el hecho de que pronunciar ciertas palabras en determinadas condiciones implica realizar la acción a que esas palabras se refieren. Así, decir —en ciertas condicio-

¹²⁵ “El legislador puede recurrir a los discursos descriptivo y evocativo para reforzar sus preceptos... El lenguaje prescriptivo es aquel que tiene mayor presencia porque tiende a modificar el comportamiento ajeno. No hay nada de extraño que se valga para ejercitar la propia función también de los otros dos”. *Ibidem*, p. 86. Sobre la pluralidad de proposiciones en el lenguaje del derecho, véase Scarpelli, Uberto, “Imperativi e asserzioni”, *Rivista di Filosofia*, 1959. Kalinows, Georges, “Théorie des propositions normatives”, *Studia Lógica*, 1953. Acero, Juan, José y Quesadas, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1986. Tarello, Giovanni, “Sulla presenza di un linguaggio ora descrittivo ora prescrittivo nella dottrina pura del diritto”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, diciembre de 1977, pp. 213-219. Gavazzi, Giacomo, “IL discorso dei giuristi: descrizione o prescrizione?”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, diciembre de 1983, p. 442-458. Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1978.

nes— “juro decir la verdad”, “prometo pagar”, o “bautizo a este niño con el nombre de Juan”, consiste precisamente en realizar las acciones de jurar, prometer y bautizar”.¹²⁶

Desde mi punto de vista, creo que el cuadro de los tipos de proposiciones debe ser completado con dos tipos más. Uno correspondería a las llamadas “reglas constitutivas” de Searle, por virtud de las cuales se crea un esquema de interpretación desde el que cierta acción del mundo empírico puede ser interpretada como de cierto tipo (por ejemplo, futbolística). El segundo tipo de proposiciones aspira a ser una aportación personal, las podríamos denominar “proposiciones constitutivo-teoréticas”, y su función es la de generar realidades hermenéuticas que, en ocasiones, puedan servir como esquemas de interpretación. Aunque en este sentido es evidente que presentan cierto parentesco con las reglas de Searle recién referidas, hay que destacar una importante diferencia. Su función no se limita a generar esquemas interpretativos de acciones, sino que se amplía a los de todo tipo, incluyendo los característicos de las obras científicas o filosóficas. Son este tipo de proposiciones las que generan realidades hermenéuticas artificiales o teorías.

Desde esta perspectiva, compartir un paradigma científico o filosófico implica haber sido “programado” con las mismas “proposiciones constitutivo-teoréticas” que otros. Los *types* a los que nos hemos referido en otra parte son el resultado de haber sido programados con proposiciones de este tipo. Toda teoría jurídica es un discurso integrado por “proposiciones constitutivo-teoréticas”, y el resultado de haber sido “programado con un discurso teórico es la posesión de un “modelo de realidad”. Al igual que los demás tipos de proposiciones, las proposiciones referidas son independientes de las formas de expresión con las que se externan. No obstante su estructura sintáctica típica es el presente del indicativo. A diferencia de las proposiciones descriptivas, no son ni verdaderas ni falsas, y a diferencia de las prescriptivas, no son ni válidas ni inválidas. En todo caso, pueden ser creídas o no creídas, rechazadas o admitidas. Serían ejemplo de este tipo de proposiciones “las normas jurídicas son substratos de sentido”, “justicia es dar a cada quien lo suyo”, “el derecho es un ámbito óntico-práctico integrado por reglas ónticas, deónticas y técnico-convencionales”, etcétera.

¹²⁶ Más adelante volveremos sobre este tema para tratarlo más profundamente. Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, cit., nota 2, p. 64.

De la totalidad de tipos de proposiciones aludidas, son interesantes para el resto del trabajo: 1) las prescriptivas, 2) las reglas constitutivas y 3) las definiciones legales. Durante el resto de este capítulo concentraremos nuestra atención en las prescripciones.

V. LA ACTUAL REVISIÓN DE LA TIPOLOGÍA PROPOSICIONAL

Dado que no es mi intención ofrecer una visión parcial de las actuales consideraciones en torno a la tipología proposicional, he considerado oportuno señalar que las clasificaciones arriba apuntadas están siendo sometidas a un proceso de revisión caracterizado por un ánimo reduccionista. Por una parte, existen intentos de disolver las proposiciones prescriptivas en proposiciones expresivas. La línea de argumentación de quienes sostienen tal postura se puede reducir en la siguiente tesis: una proposición prescriptiva siempre es reducible a una expresiva, ya que da cuenta del estado de ánimo de quien la emite, estado de ánimo que consiste en un deseo de que otro haga algo. Según esto, decir “debes hacer X” o “haz X” equivale a decir “yo deseo que hagas X”.¹²⁷

Entre las críticas que se hacen a esta posición podemos citar: 1) no hay que confundir el hecho de que una proposición prescriptiva pueda ser formulada con *forma* de expresiva, con una reducción de las primeras al modelo de las segundas. Desde el punto de vista funcional, no es lo mismo manifestar un estado de ánimo a exigirle a otro que haga algo. Es muy claro que cuando un padre dice a su hijo: “espero que las notas del próximo semestre sean mejores”, no está externando simplemente un estado de ánimo, el hijo entiende —como el padre pretende— que se le está diciendo: “debes mejorar tus calificaciones” o inclusive: “debes mejorar tus calificaciones o, de lo contrario...”.¹²⁸

2) Una prescripción cuenta como tal por los efectos que tiene en el destinatario, independientemente de cualquier especulación en torno a los deseos del emisor. Por ejemplo, cuando en las instrucciones sobre el uso de un medicamento leemos “agítese antes de ser suministrado”, no reparamos en las intenciones del fabricante al incluir esa proposición en

¹²⁷ Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica*, cit., nota 70, p. 96. Véase Tarello, Giovanni, “Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo de 1967, pp. 419-482.

¹²⁸ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 70, p. 97.

el folleto que acompaña al producto. Para efectos de orientar nuestra conducta, los estados de ánimo del fabricante son completamente irrelevantes. Además, no hay que olvidar que frecuentemente nos enfrentamos a proposiciones que no son dirigidas a orientar nuestra conducta por algún emisor al que pueda atribuírsele estados de ánimo. Tal es el caso de las reglas de un sistema de moral positiva, del derecho o de etiqueta.¹²⁹

Para otros autores, las proposiciones prescriptivas pueden ser reducidas siempre a proposiciones descriptivas. Según esta tesis, cuando se dice: “debes hacer X” o “haz X”, se está diciendo en forma implícita: “o haces X, o te sucederá Y”. Las críticas dirigidas a esta concepción pueden resumirse en una sola tesis: del hecho de que algunas prescripciones sean reforzadas con una amenaza de sanción para el supuesto en que no sean obedecidas, no se sigue que toda prescripción esté conectada con una sanción. Por ejemplo, supongamos que un súbdito se dirige al señor feudal diciéndole: “perdone por favor mi negligencia y no me mande ejecutar”, ¿qué sucede al señor feudal si no orienta su conducta de conformidad con la súplica?, evidentemente nada.¹³⁰

La revisión de la distinción tradicional entre proposiciones descriptivas y proposiciones prescriptivas también ha tenido su impacto en uno de los dogmas más aceptados en el campo de la lógica: la ley de Hume, según la cual “No se pueden inferir válidamente proposiciones prescriptivas de premisas todas descriptivas”.¹³¹ Esta formulación es completada por Hare con una regla adicional, de la siguiente manera:

- 1) De un conjunto de premisas no se puede extraer válidamente ninguna conclusión en indicativo que no puede ser válidamente extraída sólo de premisas en indicativo.
- 2) No se puede extraer válidamente ninguna conclusión en imperativo de un conjunto de premisas que no contengan por lo menos una en imperativo.¹³²

¹²⁹ *Ibidem*, p. 99.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 91.

¹³¹ Guastini, Riccardo, “Variazioni su temi di Scarperlli”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XII, núm. 2, 1982, p. 549. Al respecto, véase Searle, John, “How to Derive «Ought» from «Is»”, *The Philosophical Review*, 73, 1964, pp. 43-58.

¹³² Hoppers, John, *Introducción al análisis...*, *cit.*, nota 100, p. 37.

Otra manera de expresar la misma ley la podemos encontrar en Capella: “de proposiciones asertóricas, “en es”, no deriva ningún “deber ser”.¹³³ Un ejemplo de inferencia conforme a esta ley sería:

Tienes que entregar el trabajo sobre Kelsen el 24 de junio.
 Mañana es 24 de junio.
 ∴ Mañana tienes que entregar el trabajo sobre Kelsen.

Aquí se puede observar cómo la premisa mayor es una proposición prescriptiva; la menor, una proposición descriptiva, y la conclusión, válida, una proposición prescriptiva.

El mismo ejemplo, tal como sería reformulado por quienes sostienen la posibilidad de reducir proposiciones prescriptivas a descriptivas, quedaría:

Tienes que entregar el trabajo sobre Kelsen el 24 de junio.
 Mañana es 24 de junio.
 ∴. Estás por entregar el trabajo sobre Kelsen mañana.

Para Hare, esto no sería un silogismo válido.¹³⁴

Entre los autores que más influencia han tenido con sus críticas a la ley de Hume se encuentran Searle¹³⁵ y Scarpelli.¹³⁶

Para Searle, hay casos excepcionales en los que de una proposición descriptiva se puede inferir una prescriptiva. Tal caso es el de las proposiciones descriptivas dirigidas no a “hechos brutos”, sino a “hechos institucionales”. Son de este segundo tipo los hechos que no tienen existencia independiente de la regla que los constituye. Por ejemplo, el hecho fáctico interpretado como un gol existe sólo a raíz de una regla a través de la cual puede ser interpretado como tal.

Un ejemplo del sentido en que Searle sostiene que de proposiciones descriptivas pueden derivarse prescriptivas sería el siguiente: suponga-

¹³³ Capella, Juan Ramón, *El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Barcelona, Ariel, p. 15.

¹³⁴ Hospers, John, *Introducción al análisis...*, cit., nota 100, p. 37.

¹³⁵ Searle, John, “How to Derive «Ought» from «Is»”, *The Philosophical Review*, 73, 1964.

¹³⁶ Scarpelli, Uberto, “Imperativi e asserzioni”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, año XXXVI, serie III, fascículo I-II, enero-abril de 1959, pp. 81-91.

mos que según las reglas de un determinado derecho, cuando alguien realiza una declaración unilateral de voluntad contrae la obligación de sostener su oferta durante un plazo de tres meses posteriores a haberla dado a conocer, con independencia de los perjuicios que dicho cumplimiento podría causarle. Si alguien emitiera la proposición: “Rodrigo ha hecho pública la declaración unilateral de voluntad por la cual se compromete a pagar 100,000 pesos a quien le devuelva su gato”, nos daría información suficiente para inferir: “Rodrigo debe pagar 100,000 pesos a quien devuelve su gato, si lo hace dentro de los próximos tres meses”.¹³⁷

Scarpelli coincide con Searle en que, en determinados casos, es posible derivar una proposición prescriptiva de una descriptiva. Sin embargo, para Scarpelli el caso de excepción no está en las proposiciones sobre hechos institucionales, sino en los casos en que la premisa es una ley trans-cultural. El ejemplo que nos proporciona es el siguiente:

Quien quiera que satisfaga las evaluaciones éticas
entiende que *a* sea bueno.
∴ *a* es bueno.¹³⁸

Sin ánimo de tomar partido por quienes defienden que la ley de Hume admite excepciones, creo que no todos los ejemplos de silogismos contruidos con proposiciones descriptivas de los que se pretende obtener conclusiones prescriptivas, son fácilmente refutables. Considérese el siguiente:

Si haz de actuar conforme a tus creencias.
Crees que si alguien es tu enemigo, entonces debes amarlo.
Y crees que Ricardo es tu enemigo.
∴ Debes amar a Ricardo.

Además de los intentos reduccionistas y las críticas a la ley de Hume, existe una tercera manera en que la división del lenguaje en descriptivo y prescriptivo está siendo revisada. Sin embargo, en este caso los argumentos no van encaminados a determinar la manera en que proposiciones

¹³⁷ Guastini, Riccardo, “Variazioni su temi di Scarpelli”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, núm. 2, diciembre de 1982, p. 549.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 550.

descriptivas y prescriptivas se relacionan, sino al sentido que tiene la división misma. Dentro de esta postura podríamos ubicar a Wittgenstein, Austin y Searle.

La filosofía antidivisionista de Wittgenstein se ubicaría en la línea representada por sus *Investigaciones filosóficas* y *Los cuadernos azul y marrón*, correspondiendo concretamente a su concepto de juegos lingüísticos.¹³⁹ Según esta concepción, los usos del lenguaje son infinitos. Una misma palabra puede emplearse en un sinnúmero de contextos, y significará en cada uno algo completamente distinto. De esta manera, carece de sentido pretender anquilosar la riqueza del lenguaje en dos tipos de discurso.¹⁴⁰

La segunda crítica importante a la *Gran división* también proviene de Austin,¹⁴¹ es refinada por Searle¹⁴² y está íntimamente vinculada con las proposiciones constitutivas. Sin embargo, no se funda en el surgimiento de un nuevo tipo de proposición (al menos no directamente), sino en la multiplicidad de la fuerza ilocucionaria del lenguaje. En síntesis, para Austin, en toda preferencia se pueden distinguir tres actos: un acto locucionario, uno ilocucionario y otro perlocucionario. El primero consiste en la emisión de ciertos sonidos (acto fónico) que se corresponden con palabras de un cierto léxico (acto fáctico) dotadas de sentido y referencias (acto rético); el segundo consiste no en lo que decimos, sino en la acción que hacemos mediante el acto locucionario y el tercero es el efecto producido por los actos precedentes.

Para los fines perseguidos aquí, de momento sólo nos interesan los actos ilocucionarios. La idea de que diciendo ciertas cosas no sólo decimos, sino que, además, hacemos algo, puede explicarse en modo sencillo me-

¹³⁹ Véase Wittgenstein, Ludwig, *Los cuadernos azul y marrón*, cit., nota 3. Así mismo *Investigaciones filosóficas*, cit., nota 115.

¹⁴⁰ Véase Guastini Riccardo, *Variazioni su temi di Scarpelli*, cit., nota 137, p. 547.

¹⁴¹ La obra por excelencia sobre las preferencias realizativas es: Austin, John, *Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con las palabras*, J. O. Ursom (comp.), trad. de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, Buenos Aires, 1971. También es relevante del mismo autor: "Emisiones relativas", en Ursom y Warnock (comps.), *Ensayos filosóficos*, trad. de Alfonso García Suárez, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1975.

¹⁴² Searle, John, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, London, Cambridge University Press, 1969. Existe versión castellana: Véase *Actos de habla*, trad. de Luis M. Valdés Villanueva, Madrid, Cátedra, 1980. Se recomienda especialmente el último capítulo. Sobre el mismo tema, véase Baratta, Alessandro, *Ricerche su 'essere' e 'dover essere' nell' esperanza normativa nella scienza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1968.

diante algunos ejemplos: cuando determinado sujeto dice —en circunstancias apropiadas— las palabras “te bautizo con el nombre de «Rodrigo Enrique Cáceres Gutiérrez»”, no sólo está diciendo esas palabras, sino que, al mismo tiempo, está haciendo algo: “bautizar a un niño con el nombre «Rodrigo Enrique Cáceres Gutiérrez»”. Cuando en una ceremonia nupcial la novia dice al sacerdote las palabras “Sí, acepto” no sólo está diciendo esas palabras, sino que, al mismo tiempo, está aceptando un cambio de *status* de soltera (o, en su caso, viuda o divorciada) a casada.

El acto ilocucionario es lo que se dice y el acto ilocucionario lo que se hace diciendo algo en circunstancias apropiadas. Así como las proposiciones descriptivas pueden ser evaluadas como verdaderas o falsas, las prescriptivas, como válidas o inválidas, y las proposiciones constitutivo-teoréticas como creídas o no creídas, las proposiciones performativas pueden serlo en términos de afortunadas o desafortunadas. Serán afortunadas si diciendo el acto locucionario efectivamente tiene lugar el acto ilocucionario, y serán desafortunadas en caso contrario. Las causas por las que una emisión realizativa puede ser desafortunada tienen que ver con la ausencia de algún elemento necesario para que el acto ilocucionario tenga lugar. Por ejemplo, que quien pronuncie las palabras “yo los declaro marido y mujer” no sea un sacerdote o, aunque lo sea, que las pronuncie en un día de campo y no en una ceremonia religiosa.

La crítica dirigida por Austin a la *gran división* consiste en refutar la posibilidad de dos únicas funciones lingüísticas (la descriptiva y la prescriptiva). Al lado de ésta se encuentra, por lo menos, una función *realizativa*. En una línea similar podríamos ubicar a Searle, quien a grandes rasgos sigue las mismas ideas expuestas por Austin.

VI. DELIMITACIÓN DEL ÁREA DE ARGUMENTACIÓN Y ESTIPULACIÓN DE ‘PROPOSICIÓN PRESCRIPTIVA’

Una vez apuntada la actual efervescencia teórica en torno a la clasificación de las proposiciones lingüísticas, estoy en condiciones de delimitar el terreno en que nos moveremos durante el resto del presente capítulo. Con independencia de la existencia de tendencias revisoras, centraré mi atención en las proposiciones prescriptivas entendiéndolas como un tipo de proposición autónomo e independiente caracterizado por las siguientes notas: 1) es un significado lingüístico (y no un significante); 2) su fun-

ción es dirigir la conducta humana (y no describir hechos, realizar acciones, generar esquemas de interpretación de hechos institucionales, transmitir estados de ánimo, solicitar información, ni crear realidades hermenéuticas), y 3) pueden ser evaluadas como válidas o inválidas (y no como verdaderas o falsas, creídas o no creídas, ni afortunadas o desafortunadas). La razón por la que me limito a este tipo de proposiciones obedece a que aquí consideraremos modelos teóricos sobre normas jurídicas tradicionales que están basadas en el esquema de la prescriptividad.

VII. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS PROPOSICIONES PRESCRIPTIVAS

Al lector que haya seguido atentamente la estrategia de exposición que he empleado hasta aquí no deberá sorprenderle que a continuación aluda primero a los problemas que conlleva la clasificación de las proposiciones prescriptivas, y después delimite el criterio conceptual que será seguido durante el resto del trabajo. Dicho en otras palabras: aquí agregaremos un eslabón más a la cadena de definiciones y estipulaciones con que pretendemos eliminar —en la medida de lo posible—, la ambigüedad en este trabajo.

Si centramos nuestra atención en los diferentes intentos de clasificación de las proposiciones prescriptivas, nos encontraremos con una absoluta falta de uniformidad, no sólo conceptual, sino, incluso, terminológica. Para Hare, por ejemplo, las proposiciones prescriptivas pueden ser clasificadas en dos grandes grupos, cada uno de los cuales admite subdivisiones: por una parte están los *imperativos* (que a su vez puedan ser singulares o universales) y por la otra, los *juicios de valor* (que a su vez se clasifican en morales y no morales).¹⁴³

De manera simplificada podemos decir que la distinción entre *imperativos* y *juicios de valor* estriba en que los primeros corresponden a exigencias de conducta que suelen ser expresadas mediante oraciones imperativas, mientras que los juicios de valor se caracterizan por el empleo de expresiones deónticas tales como ‘debido’, ‘prohibido’, ‘obligado’, etcétera.¹⁴⁴ Bobbio, por su parte, no considera a las proposiciones expresa-

143 Véase Hare, *El lenguaje de la moral*, cit., nota 118, p. 14.

144 Hospers, *Introducción al análisis...*, cit., nota 100, p. 168.

bles mediante verbos deónticos como tipos de proposiciones prescriptivas distintas de los imperativos “*non è detto del resto che la forma imperativa corrisponda sempre al modo verbale imperativo; vi sono altre forme grammaticali imperative come quella costituita dall’ausiario «dovere»: «Devi studiare»*”.¹⁴⁵

Para este autor, los imperativos pueden clasificarse atendiendo a distintos enfoques: 1) conforme a la relación entre sujeto emisor del imperativo y aquel a quien va dirigido, pueden ser autónomos y heterónomos, según suceda que quien pone el imperativo y quien debe cumplirlo sean la misma persona o personas distintas; 2) conforme a su estructura formal pueden ser imperativos categóricos o imperativos hipotéticos. Son del primer tipo los que no tienen una estructura condicional, por ejemplo: “¡haz los deberes!”. Son hipotéticos los que sí la tienen, por ejemplo: “si quieres ir al cielo, debes abstenerte de cometer pecados”.

Mientras que la estructura de la norma técnica es “si quieres Y, debes X”, la de la norma pragmática es “porque quieres Y, debes X”.¹⁴⁶

Por lo hasta aquí expuesto podría parecer que las proposiciones prescriptivas pueden reducirse simplemente a imperativos categóricos e imperativos hipotéticos. Esto implicaría sostener que toda proposición exige una conducta y, consecuentemente, impone una obligación.

Sin embargo, no todas las proposiciones prescriptivas pueden ser reducidas a imperativos y ni siquiera está totalmente fuera de duda que todos los imperativos sean proposiciones prescriptivas. Tal es el caso de las normas técnicas cuyo *fiat* prescriptivo es puesto en tela de juicio por diversos teóricos. A reserva de volver más adelante sobre este problema, y sólo a título provisional, he de explicar que la razón por la cual el carácter prescriptivo de las normas técnicas se ha puesto en entredicho obedece a que constituyen reformulación de proposiciones descriptivas. Por ejemplo, de la proposición descriptiva, “si al agua se le aplica una temperatura superior a los 100° C ebulle” se deriva la siguiente norma técnica: “si quieres que el agua ebulle, tienes que someterla a una temperatura superior a los 100° C”. Mientras que las proposiciones prescriptivas dan

¹⁴⁵ La forma imperativa no corresponde siempre al modo verbal imperativo; hay otras formas gramaticales imperativas como, por ejemplo, la constituida por el auxiliar «deber»: «Debes estudiar», Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica, cit.*, nota 70, p. 80.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 106.

cuenta de una relación orientadora de la conducta susceptible de ser inobservada, las normas técnicas son la reformulación de proposiciones que establecen relaciones de necesidad.¹⁴⁷

Además de los imperativos, son también proposiciones prescriptivas, por ejemplo: las súplicas, las sugerencias, las insinuaciones, las recomendaciones, las instrucciones, los consejos, las solicitudes, las peticiones, las reclamaciones, las indicaciones, las órdenes, las instancias, las autorizaciones, las exhortaciones, etcétera. Sin embargo, a pesar de que su importancia es ampliamente reconocida por los filósofos y lingüistas, se les ha prestado relativamente poca atención y se echa de menos un tratamiento sistemático. Obviamente una investigación sobre el papel que todos los tipos de prescripciones tienen en el derecho sería sumamente interesante. Desafortunadamente, un estudio de esas características no sólo sobrepasaría los límites de este trabajo, sino que además, presupone un marco de referencia de la lingüística o de la filosofía del lenguaje aún por construir.

Dadas las dificultades arriba apuntadas, las vías que se podrían intentar, para continuar con una exposición lo menos ambigua posible sobre la clasificación de las proposiciones prescriptivas, serían: 1) intentar una clasificación personal, o 2) aprovechar alguno de los trabajos hechos por una autoridad en la materia lo más próximo posible a una clasificación como la que necesitamos. Pese a lo que serían mis deseos, no estoy lo suficientemente capacitado para intentar una clasificación hecha “a medida”; he elegido la segunda opción, y el trabajo elegido es *La lógica de las normas* de Alf Ross. De exponerla sintéticamente me ocuparé a continuación. El paso siguiente será emplearla como “estante” en el cual acomodar algunos de los modelos normativos generados por diversas teorías jurídicas.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 107. Para quienes estén interesados en el tema de los imperativos, véase Mayo, Bernard, “Symposium: Varieties of Imperative, The Aristotelical Society”, *Supplementary*, vol. XXXI, Londres, 1957; Storer, “The Logic Value Imperative”, *Philosophy of Science*, vol. XIII, 1964, pp. 25 y ss.; Jørgensen, Jørgen, “Imperatives and Logic”, *Erkenntnis*, vol. 7, 1937, pp. 292 y ss.; Hare, R. M., “Imperative Sentences”, *Mind*, vol. 58, 1958. Ross, Alf, “Imperatives and Logic”, *Theoria*, 1941. En relación más directa con el tema de los imperativos y el derecho, véase Silvio, Pablo, “Sulla imperatività delle norme giuridiche”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm 1, enero-febrero de 1933; Opalek, Kazimiersz, “Directive discourse”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1974, pp. 227-245.

VIII. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PROPOSICIONES PRESCRIPTIVAS SEGÚN ALF ROSS

Para Ross existen dos tipos de lenguaje: el que denomina ‘discurso indicativo’ y el denominado ‘discurso directivo’. El primero se caracteriza porque los temas de sus oraciones son pensados como *reales*,¹⁴⁸ al otro corresponden las oraciones cuyos temas son pensados como una idea acción.¹⁴⁹ Aunque sin coincidir absolutamente, la clasificación de Ross puede equipararse a la división que hace Hare entre lenguajes descriptivos y prescriptivos.¹⁵⁰ Sin embargo, hay que destacar que mientras Hare incluye a los juicios de valor como parte del discurso prescriptivo, Ross los excluye como parte del discurso directivo. Un punto de convergencia entre estos autores está en los llamados ‘frástico’ y ‘néustico’¹⁵¹ de Hare, y ‘tema’ y ‘operador’, de Ross.¹⁵² El frástico o tema es aquello que se piensa, mientras que el néustico u operador es el modo en que se piensa el tema, por ejemplo: en los enunciados “Pedro cierra la puerta” y “Pedro, ¡cierra la puerta!”, el tema es el mismo (Pedro cerrar la puerta); sin embargo, en ambos supuestos el tema está siendo pensado en forma diferente. En el primero, como algo que es descrito o que es real, mientras que en el segundo, como algo que habrá de hacerse o debe hacerse. Por último, antes de iniciar la exposición de la clasificación, debe destacarse que Ross también distingue entre forma o modo de expresión y fondo o significado. De hecho, inicia su exposición aludiendo a conceptos saussurianos.¹⁵³

Alf Ross divide los directivos en dos grandes grupos, cada uno de los cuales subdivide en especies, que en ocasiones admiten subdivisiones. Las dos grandes categorías son: 1) los directivos personales y 2) los directivos impersonales. Los primeros admiten tres especies: *a)* en interés del que habla, *b)* en interés del que escucha, y *c)* desinteresados. La primera especie (en interés del que habla) se subdivide en mandatos e invitaciones san-

¹⁴⁸ Ross, Alf, *Lógica de las normas*, trad. de José Hierro, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 21-23.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 41-43.

¹⁵⁰ Hare, *El lenguaje de la moral, cit.*, nota 118, p. 169.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 106.

¹⁵² Ross, Alf, *Lógica de las normas, cit.*, nota 148, p. 41.

¹⁵³ Al respecto, dice Ross: “Nuestra distinción entre lenguaje y discurso es la misma que la conocida distinción entre lenguaje y *parole*, que hizo el lingüista suizo Ferdinand de Saussure”. *Cfr.* Ross, Alf, *Lógica de las normas, cit.*, nota 148, p. 13.

cionados; mandatos e invitaciones de autoridad y peticiones condicionadas por la simpatía. La segunda especie (en interés del que escucha) comprende consejos, advertencias, reclamaciones, instrucciones, etcétera. La tercera especie se subdivide en exhortaciones y admoniciones.

Los segundos directivos de la gran división admiten tres especies que son: *a)* impersonales heterónomos o causimandatos; *b)* impersonales heterónimo-autónomos, y *c)* impersonales autónomos. La primera especie (cuasimandatos) comprende las reglas legales y las de la moral positiva, cortesía, etcétera. La segunda especie (las heterónimo-autónomas) comprende a las de los juegos y demás reglas fundadas en el acuerdo recíproco. La última especie (las autónomas) comprende las reglas y principios de la moral personal.

1. *Los directivos personales*

La característica de estos directivos es que describen una forma de conducta y evocan a los participantes y las circunstancias en que tiene lugar el proceso de comunicación en que surge el directivo.¹⁵⁴ De hecho, las divisiones y subdivisiones de los directivos personales obedecen a las distintas situaciones y motivaciones en que tienen lugar.

La nota más distintiva de los directivos personales es que “tienen un remitente y un receptor claramente definidos”.¹⁵⁵ El remitente (quien habla) es representado por A y el receptor (quien escucha) por B.

A. Los directivos en interés del que habla

Son dirigidos por A a B con la intención de que éste lleve a cabo un acto que de realizarse, satisfará los intereses de A.¹⁵⁶

a. Directivos sancionados

Pueden ser de dos tipos: mandatos e invitaciones sancionadas.

Los mandatos se caracterizan por que la fuerza del directivo es alentada mediante estímulos o motivaciones psicológicas positivas o ne-

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 44.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 45.

¹⁵⁶ *Idem*.

gativas. Para aludir a ambas motivaciones, Ross usa el término ‘sanción’: “El castigo y la recompensa, palancas con que los directivos sancionados operan, se llamarán colectivamente sanciones”.¹⁵⁷ La nota distintiva de estos directivos está en la severidad del castigo.

Las invitaciones sancionadas se distinguen de los mandatos sancionados en que sus sanciones son menos severas. “A medida que la sanción se hace menos severa o toma la forma de recompensa, ya no se habla de mandatos obligatorios o coactivos, sino de invitaciones bajo presión o tentación”.¹⁵⁸

b. Directivos de autoridad

Pueden ser de dos tipos: mandatos u órdenes e invitaciones de autoridad. A diferencia de lo que sucede con los mandatos e invitaciones sancionados, los mandatos e invitaciones de autoridad no se distinguen por la fuerza de ninguna consecuencia ante su cumplimiento o incumplimiento, sino por la fuerza del directivo y de la autoridad del emisor.¹⁵⁹

A diferencia de lo que sucede con los mandatos sancionados, la razón por la que el receptor ha de realizar la conducta contenida en el directivo no radica en un premio o castigo que lo motive, sino en su actitud de obedecer espontáneamente a A por considerarlo una autoridad. Sin esta actitud por parte de los miembros de una comunidad, no sería posible ni el derecho ni el Estado. “Ningún gobierno podría gobernar solamente por el miedo y el terror... La idea es que los sentimientos de validez y las desinteresadas actitudes de respeto hacia las instituciones establecidas son el fundamento mismo de toda vida políticamente organizada, del derecho y del Estado”.¹⁶⁰

c. Directivos condicionados por la simpatía

Su nota característica es que son emitidos por alguien que carece de autoridad o de fuerza sancionatoria. La fuente de motivación de A radica

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 46.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 47.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 48.

en la simpatía que pueda despertar en B. Dentro de esta categoría quedan incluidas “las peticiones, sugerencias, invitaciones, súplicas, ruegos”.¹⁶¹

B. Directivos personales en interés del que escucha

Se caracterizan porque la acción a que aluden, de ser llevada a cabo, favorece los intereses de B. No tienen por objeto generar una motivación en B, sino informarle sobre la acción que le es más conveniente llevar a cabo. A esta categoría pertenecen los consejos, advertencias, recomendaciones, instrucciones, peticiones, etcétera.¹⁶²

C. Directivos personales desinteresados

Son directivos cuya motivación no radica en ningún interés, sea a favor de A o de B, sino que presuponen la remisión a una norma o normas aceptadas tanto por A como por B.¹⁶³ Dentro de esta categoría quedan comprendidas las admoniciones o exhortaciones.

2. Directivos impersonales

A. Directivos impersonales heterónomos o causimandatos

Mientras que los directivos personales “presuponen necesariamente una persona que los emita y su efecto sobre el oyente depende de que hayan sido emitidos por esa persona particular”,¹⁶⁴ los impersonales heterónomos valen con independencia de haber sido emitidos por un sujeto o grupo de sujetos determinado. Su fuerza motivadora no depende del poder, autoridad o sabiduría de ningún individuo. Dentro de esta categoría quedan incluidas las reglas legales y las reglas convencionales de la moral positiva, cortesía o decencia.

Los mandatos y causimandatos presentan en común que su fuerza motivadora radica en una sanción, en la autoridad del emisor o en una mezcla

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 49.

¹⁶² *Ibidem*, p. 51.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 52.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 53.

de ambas cosas.¹⁶⁵ Se diferencian de ellos en que no derivan de una persona o grupo de personas, sino de un sistema impersonal de normas.¹⁶⁶

De los tipos de cuasimandatos presentan particular relevancia —para efectos de este trabajo— las normas legales. A diferencia de los demás directivos impersonales heterónomos, éstas originan instituciones creadoras de normas del sistema impersonal a que pertenecen y aplicadoras de sanciones fundadas en la fuerza física.¹⁶⁷ Las sanciones que siguen a la violación de normas de moral positiva o de trato social no incluyen el uso de la fuerza física sino, más bien, cosas como la desaprobación, el ridículo, el ostracismo, etcétera.¹⁶⁸

B. *Directivos impersonales heterónimo-autónomos*

Dentro de este tipo de directivos quedan incluidas las reglas de los juegos y regulaciones semejantes.

Ross distingue entre dos tipos de reglas: por un lado están las que llama *reglas regulativas*, cuya función es prescribir cómo ha de realizarse una acción preexistente a la regla, y por otro, las llamadas *reglas constitutivas*, cuya finalidad es prescribir cómo ha de llevarse a cabo una conducta que no podría realizarse sin la existencia de la regla. Ejemplo de la primera serían las reglas de un código de circulación que dice cómo hay que aparcar los automóviles, y ejemplo de las segundas serían las reglas del ajedrez.

Una nota distintiva de las reglas constitutivas o, en terminología de Ross, *directivos heterónimo-autónomos* es que presupone el acuerdo de los participantes y que no pueden ser violadas como los demás preceptos. En todo caso, no seguir la regla implicaría ya no jugar un juego.¹⁶⁹

Dentro de los ejemplos que Ross nos da de este tipo de reglas incluye normas jurídicas tales como las que crean testamentos, promesas, senten-

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 54.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 55.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 56.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 58.

cias, leyes, actos administrativos, etcétera. Duda en incluir otras, como cierto tipo de bailes, por ejemplo, el minué, o las recetas de cocina.¹⁷⁰

C. Directivos impersonales autónomos

Dentro de esta categoría, Ross incluye los directivos conforme a los cuales uno mismo orienta su conducta, *i. e.*, los de la moral personal o autónoma.¹⁷¹

IX. NORMAS O REGLAS JURÍDICAS Y MODELOS TEÓRICOS DE NORMAS O REGLAS JURÍDICAS

1. El lenguaje del derecho y el lenguaje de los juristas

Es posible distinguir entre dos tipos de lenguaje que tiene que ver con el derecho, a uno le podemos llamar “lenguaje del derecho” y al otro “lenguaje de los juristas”.

El primero se constituye por manifestaciones normativas externas provenientes de órganos creadores de reglas jurídicas, tales como los cuerpos legislativos y judiciales (incluyendo en estos términos a los de tipo administrativo). Estos órganos tienen su origen en reglas pertenecientes al mismo sistema al que revertirán las reglas por ellos generadas. Ejemplos concretos del lenguaje del derecho serían los diversos códigos, leyes, acuerdos, decretos, etcétera, publicados en los diarios o boletines oficiales y las sentencias judiciales. Es característico del lenguaje del derecho poder ser leído por cualquier hombre común.

El lenguaje de los juristas, por el contrario, es el conjunto de conceptos, definiciones, significados, clasificaciones, etcétera, que permite a los especialistas en derecho “ver” en el lenguaje del derecho cosas diferentes a las que ve el buen hombre de la calle; está constituido por un cúmulo de realidades hermenéuticas que hacen el papel de las teorías de los científicos. De la misma manera que un médico puede “ver” en una placa de radiografía algo distinto a lo que ve cualquier hombre normal, gracias al conocimiento de ciertas teorías, los juristas pueden “ver” en los códigos,

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 60.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 62.

leyes, etcétera, cosas distintas a lo que ve el hombre común, debido a la posesión de ciertas realidades hermenéuticas. Al igual que las teorías científicas, las realidades hermenéuticas son aprendidas deliberadamente, *i. e.*, son generadas artificialmente.

A diferencia de las teorías científicas, las realidades hermenéuticas no pueden ser convalidadas mediante la manipulación del mundo físico, pues sirven para manipular otro mundo: el de las teorías científicas tienen como materia prima proposiciones descriptivas que pueden ser verdaderas o falsas, las realidades hermenéuticas que son las teorías jurídicas, se constituyen de proposiciones constitutivo-teoréticas, que pueden ser creídas o no creídas. Son ejemplo de este tipo de proposiciones: “el derecho es lo que los funcionarios hacen respecto de las disputas”, “el derecho es el conjunto de profecías de lo que los tribunales harán”, “el derecho es la norma primaria que establece una sanción”,¹⁷² “el derecho es un sistema de reglas ónticas, deónticas y técnico-convencional”, etcétera.

Como puede verse, las proposiciones constitutivo-teoréticas suelen presentarse bajo la misma forma sintáctica que los enunciados observacionales de las ciencias exactas. Una característica especialmente importante de los criterios de evaluación de las proposiciones referidas (ser creídas o no creídas) es que, contrariamente a lo que podría suponerse, creer en una teoría no excluye creer en otra, aunque ambas expliquen aparentemente “lo mismo” de manera diferente.

Tal como hemos dicho, no hay teorías mejores o peores, verdaderas ni falsas, en el campo del derecho. Todas son igualmente plausibles y entre sí son, simplemente, distintas. Del “númeno” que son el derecho y los conceptos jurídicos, cada teoría es un fenómeno y cada fenómeno sólo es igual a sí mismo. No se olvide que empleando las mismas palabras se pueden decir cosas totalmente distintas, que los usos de cada expresión son infinitos y que cada significado es determinado por el contexto o sistema de significados en que se inserta.

2. *En el lenguaje de los juristas se incluyen las normas jurídicas*

Tal como hemos estipulado, el *lenguaje del derecho* es un lenguaje de enunciados. Como tal hace la función de texto susceptible de interpreta-

¹⁷² Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, México, Editora Nacional, 1980, p. 2.

ciones infinitas. Desde una perspectiva pragmática, el mismo artículo de un código civil puede ser objeto de miles de interpretaciones diferentes como consecuencia de haber sido puesto en contacto con miles de casos diferentes: “aun sabiendo perfectamente bien qué significa una expresión, puede surgir —y a menudo surgen— dudas acerca de la aplicabilidad a un caso o situación concreta dada”.¹⁷³

Desde una perspectiva semántica, un mismo enunciado jurídico suele tener un área de significado respecto del cual hay un consenso más o menos fuerte. Aunque normalmente se suele atribuir el calificativo de ‘norma’ a los significados determinados desde una perspectiva semántica,¹⁷⁴ no me parece un sinsentido hablar también de normas desde una perspectiva pragmática. Al significado o significados atribuibles a un enunciado normativo desde una perspectiva pragmática o semántica se les puede llamar ‘norma o regla jurídica’: “la distinción entre norma y formulación de la norma recuerda la distinción entre proposición y sentencia... Distinguiremos entre norma y formulación de norma. La formulación de la norma es el signo o símbolo (las palabras) usado al enunciar (formular) la norma”.¹⁷⁵

3. *Los modelos teóricos de norma o regla jurídica también pertenecen al lenguaje de los juristas*

‘Norma jurídica’ y ‘regla jurídica’, además de ser empleadas para aludir a las proposiciones resultantes de la interpretación de un enunciado normativo, suelen tener otro sentido en el campo de la teoría jurídica que también corresponde al lenguaje de los juristas (además del uso técnico de ‘regla de derecho’ acuñado por Kelsen). Con esas expresiones se suele aludir a los modelos teóricos acerca de lo que es una regla jurídica. Ejemplo de estos usos lo tenemos cuando Robles nos habla de “reglas ónticas”, “reglas deónticas” o “reglas técnico-convencionales”; cuando Hart nos habla de “reglas primarias y secundarias”; cuando Kelsen nos habla de “normas primarias”, etcétera. En todos estos casos se está alu-

¹⁷³ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Definiciones y normas”, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 439-463. Libro que compila diferentes artículos de los autores, uno de los cuales es el citado.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 17.

¹⁷⁵ Wright, G. H., *Norma y acción*, cit., nota 77, p. 109.

diendo a construcciones conceptuales generadas por proposiciones constitutivo-teóricas, que de ser interiorizadas por un sujeto, le proporcionarán distintas realidades hermenéuticas, modelos de realidad jurídica o fenómenos (manifestaciones) de lo que pueda ser el “númeno norma jurídica”.¹⁷⁶

Aunque estos modelos teóricos suelen ser concebidos como una constatación de algo que está más allá del sujeto cognoscente (a saber, las normas jurídicas) dicha concepción es revisable. Si desde una perspectiva teórica, las normas jurídicas son lo que los teóricos nos dicen que son y lo que podamos “ver” en el mundo como “normas jurídicas” está determinado por la teoría que adoptemos en un momento dado, no puede haber otra cosa sino las teorías mismas y lo que ellas nos permiten ver como normas.

Pretender sostener que, desde una perspectiva teórica, hay en el mundo algo distinto a la visión proporcionada por los modelos teóricos de las normas jurídicas y que esos “algo” sean las normas jurídicas equivale a afirmar que hay un mundo de color rojo independiente de la visión de un mundo “en rojo”, proporcionado por unas gafas con cristales rojos, a través de las cuales vemos el mundo en este color. Así como cambiando esas gafas por otras de color distinto veremos el mundo de un color diferente (el correspondiente a las nuevas gafas), “cambiando el esquema teórico acerca de las reglas” podremos ver en el mundo nuevas manifestaciones de “normas jurídicas”.

Entre las realidades hermenéuticas podemos distinguir dos tipos: 1) las no constitutivas de *types*, y 2) las constitutivas de *types*. Las primeras se caracterizan por ser realidades hermenéuticas puras, *i. e.*, por constituir arquetipos teóricos a partir de los cuales no puede ser interpretado como *token* ningún texto empíricamente perceptible, por ejemplo, la ley natural de Tomás de Aquino. Las segundas se caracterizan porque una vez “aceptados” han generado un *type* en la mente del sujeto cognoscente a partir del cual éste podrá “ver” ciertos *tokens* en determinado texto empírico. Son ejemplo de este tipo de realidades hermenéuticas, las generadas por las teorías de reglas de Kelsen, Hart, Robles, etcétera. Es por virtud de este tipo de teorías como puede ser confirmada la afirmación: “es la teoría la que

¹⁷⁶ Montserrat, Javier y Zaccagnini, José, “«Los modelos de realidad»: ¿Es posible la relación interdisciplinaria entre filosofía y psicología científica?”, *Pensamiento*, Madrid, núm. 158, vol. 40, abril-junio de 1984.

condicionará lo que veamos en el mundo y las teorías pueden ser intercambiadas para obtener distintos modelos de realidad”.

He podido comprobar esta tesis en el aula de clases de la siguiente manera: al entrar al curso de introducción al derecho, la mente de los alumnos es como un disquete de ordenador en blanco, después de haber expuesto la teoría kelseniana, según la cual el derecho se constituye sólo por un tipo de normas que son las primarias, he pedido a mis alumnos que busquen ejemplos de normas en el derecho positivo. Desde luego, ninguno encontró ninguna regla potestativa, ni una óntica, deóntica o técnico-convencional. Después de haber estudiado la teoría de Hart, según la cual el derecho es la unión de reglas primarias y secundarias, repito el ejercicio: el resultado es que los alumnos han visto cosas distintas en el mismo material en que habían buscado antes normas primarias en el sentido kelseniano. Por último, después de haber expuesto la tipología de Robles, los alumnos nuevamente demuestran haber podido encontrar nuevas reglas donde habían buscado antes; ahora han descubierto ejemplos de reglas ónticas creadoras de sujetos, espacios, tiempos y competencias, reglas técnico-convencionales y reglas deónticas.

El lenguaje del derecho ha sido el texto en que se han podido “ver” *tokens* distintos a partir de los *types* que los alumnos han ido cambiando a lo largo del curso. Sobra decir que en vez de haber reducido sus posibilidades cognitivas sobre las reglas a una sola teoría, cuentan ahora, por lo menos, con tres concepciones diferentes de las que echar mano según sus necesidades concretas en el ejercicio profesional o en la actividad teórica. En vez de quedarse con una y haber roto otras dos, los alumnos finalizan el curso con tres gafas de diferente color a través de las cuales pueden ver el mundo en tres colores según su elección.

En lo que sigue me referiré a distintos modelos teóricos de las “reglas jurídicas”. Dichos modelos pueden ser clasificados en dos grandes tipos: 1) modelos prescriptivistas y 2) modelos constitutivistas. Los primeros, a su vez, pueden ser monistas o pluralistas. Son monistas lo que consideran que el derecho está constituido por un solo tipo de proposiciones prescriptivas. Por ejemplo, Austin y el Kelsen de la primera edición de *La teoría pura*. Son prescriptivistas pluralistas las que consideran que el derecho está constituido por dos o más tipos de proposiciones prescriptivas. Por ejemplo, Hart (reglas primarias y secundarias) y Robles (reglas deónticas y reglas técnico-convencionales).

A continuación me referiré a los modelos prescriptivistas. La finalidad es meramente comparativa y, aunque en algunos momentos reproduzca algunas de las críticas dirigidas por otros teóricos a determinada concepción, no hay que olvidar que cualquier crítica a la teoría de otro teórico no es sino una crítica a nuestra interpretación de lo que ese teórico quiso decir. Por ejemplo, como se verá al analizar las críticas de Hart a su versión reforzada de la teoría de Austin, aquél sostiene que la posición de Austin es inconsistente, ya que cuando falta el soberano en una comunidad políticamente independiente, los ciudadanos siguen obedeciendo reglas.

En esta interpretación paradigmática parece subyacer el razonamiento siguiente: *a)* Austin sostiene que el derecho está constituido por mandatos emitidos por un soberano con poder y disposición para sancionar a quienes desobedezcan las órdenes; *b)* para que alguien sea soberano es imprescindible que sea habitualmente obedecido y que no obedezca a nadie; *c)* según el argumento de Austin, si muere el soberano, dado que no hay nadie más a quien obedecer, sus mandatos dejan de serlo, y *d)* sin embargo, vemos que en el mundo moderno, cuando un soberano muere, las reglas del sistema jurídico de la sociedad que gobernaba siguen siendo obedecidas. Por lo tanto, hay una contradicción entre lo que pretende explicar la teoría de Austin y la explicación misma.

Pero ¿cómo justifica Hart que de la afirmación de Austin, en el sentido de que un mandato, para serlo, debe ser emitido por un soberano, se puede seguir que Austin quiso afirmar implícitamente que a falta de soberano también faltarían los mandatos?, ¿acaso conforme a los usos normales del lenguaje no solemos usar la palabra ‘hábito’ para aludir a una conducta que seguimos realizando aunque haya desaparecido la motivación directa por la que la realizábamos?, ¿acaso es un sinsentido que mi vecino recién jubilado me comente que se ha quedado con el *hábito* de levantarse a las cinco de la mañana, como cuando trabajaba? Debo aclarar que no es mi intención poner en entredicho las críticas de Hart, que por otra parte, dentro de los fines explicativos de su teoría, me parecen excelentemente introducidas, lo único que pretendo es poner de manifiesto que siempre que hablamos de una teoría ajena, estamos hablando de nuestra versión de esa teoría y como la nuestra puede haber muchas versiones diferentes, igualmente plausibles. Quizá la gran cantidad de trabajos acerca de *La teoría pura del derecho*, tanto a favor como en contra, sea un buen ejemplo de lo que quiero decir.

La mejor prueba de que las teorías son las que determinan lo que vemos y no que descubrimos algo a partir de las teorías estará en el próximo capítulo, donde veremos cómo a partir de la aparición del concepto de regla constitutiva y su importación al campo de la teoría del derecho, se empiezan a ver reglas distintas donde se había visto anteriormente a través de gafas, con cristales prescriptivistas.

X. EL PRESCRIPTIVISMO MONISTA

Como he señalado, ‘prescriptivismo’ monista es el nombre genérico bajo el que englobo los diversos modelos teóricos sobre las reglas jurídicas, según los cuales el derecho está constituido por un solo tipo de proposiciones prescriptivas: *los imperativos, i. e.*, aquellas mediante las cuales una conducta es exigida. Desde luego, la nota de la exigibilidad no está presente en todas las prescripciones; no lo está, por ejemplo, en las súplicas, los ruegos, consejos, etcétera.

Entre los principales teóricos imperativistas podemos citar a Francesco Carnelutti: “*Con la fórmula della imperatività si vuol denotare che il comando è l’elemento infettibile dell’ordinamento giuridico o, in altre parole, il proddoto semplice o primo del diritto*”;¹⁷⁷ Giorgio del Vecchio: “*Importantissimo ed essenziale carattere della norma giuridica è l’imperatività. Non possiamo concepire una norma che non abbia carattere imperativo*”;¹⁷⁸ Augusto Thon: “El derecho interno de una sociedad no es otro que un complejo de imperativos”.¹⁷⁹ Quizá una de las razones por las que ha tenido tanto impacto la imperatividad en las concepciones sobre el derecho obedezca a que “la característica general más destacada del derecho es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en algún sentido”.¹⁸⁰ Aunque no todas las teorías imperativas comparten las notas de la estaticidad y la coercitividad, *i. e.*, no todas conciben al derecho como un producto del Estado cuyas exigencias estén siempre respaldadas por una sanción

¹⁷⁷ Francesco Carnelutti, citado por Bobbio, *Teoria della norma giuridica, cit.*, nota 70, p. 124.

¹⁷⁸ *Ibidem*, núm. 652.

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ Guibourg, “Hart y la escuela analítica inglesa”, *El lenguaje del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979, p. 92.

(Thon es sólo imperativista y Del Vecchio es imperativista y estatista),¹⁸¹ aquí nos ocuparemos de tres teorías que presentan las tres características: la teoría de Austin y las teorías de Kelsen sobre las normas jurídicas.

1. *El modelo normativista de John Austin*

A. *Ubicación del modelo austiniano de norma dentro de la clasificación de directivos de Alf Ross*

Si empleamos como marco de referencia la clasificación de los directivos de Alf Ross para ubicar, en relación con otras proposiciones prescriptivas, el tipo de proposiciones que según Austin integran al derecho, tendremos que colocarlas en la categoría de los directivos personales sancionados. Sólo habría que hacer dos salvedades: *a)* en Austin no encontramos elementos que permitan inferir que, para él, un mandato es emitido por un sujeto que quiere beneficiarse de la conducta de aquel a quien dirige el mandato y *b)* a diferencia de Ross, Austin rechaza que sea apropiado usar la expresión “sanción” para referirse a las recompensas.

B. *El concepto de la norma jurídica como mandato (propiedades necesarias y suficientes)*

a. La estructura del mandato

Para Austin: “Toda norma jurídica (*law*) es un mandato o, mejor, las normas son propiamente hablando, especies de mandatos”.¹⁸²

Dado que para Austin las normas jurídicas son especies de mandatos, se hace necesario ver qué es para éste un mandato, *i. e.*, el género al que pertenecen las normas jurídicas.

Al respecto decía Austin: “Si usted expresa o manifiesta el deseo de que yo haga o me abstenga de algún acto, y si me inflinge un daño en caso de que no satisfaga su deseo, entonces la expresión o manifestación de

¹⁸¹ Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica, cit.*, nota 70, p. 124.

¹⁸² Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970, p. 5.

su voluntad es un mandato”.¹⁸³ De esta definición y empleando parcialmente la simbología usada por Raz,¹⁸⁴ podemos inferir los elementos estructurales que para Austin constituyen un mandato:

- 1) Un sujeto “X”.
- 2) Un operador imperativo “!”.
- 3) Un acto a realizar por el sujeto “A”.
- 4) Una ocasión “C” en la que “x” habrá de realizar “A”.
- 5) Un operador lógico de conjunción “&”.
- 6) Un supuesto en que el sujeto “x”, no realiza el acto “A” en la ocasión “C”.
- 7) Un operador lógico condicional “→”.
- 8) Un consecuente consistente en la aplicabilidad de una sanción “π” al sujeto “x”.

La formulación completa sería: $x!A \text{ en } C \ \& \ \sim x A \text{ en } C \rightarrow x \pi$.

Como puede observarse, los mandatos de Austin son una especie de los imperativos, *i. e.*, son imperativos hipotéticos (que a su vez son un tipo de proposición prescriptiva o directivo). Si pertenecieran a la otra categoría de los imperativos, *i. e.*, a los categóricos, su formulación hubiera sido “ $x!A \text{ en } C$ ”.

Una nota importante en la concepción de Austin acerca del mandato es que ahí donde un mandato ha sido emitido, un deber ha sido impuesto: “Al estar expuesto a un daño por parte de usted si no me conformo con un deseo que usted expresa, me encuentro vinculado u obligado por su mandato o me encuentro bajo un deber de obedecerlo”.¹⁸⁵ Si simbolizamos deber con “O”, entonces podremos completar la formalización precedente de la siguiente manera:

$$x!A \text{ en } C \ \& \ \sim x A \text{ en } C \rightarrow x \pi = x O A \text{ en } C$$

O lo que es lo mismo: Exigir a “x” que realice el acto “A” en la condición “C”, so pena de ser sancionado en caso contrario, equivale a decir que “x” tiene el deber o la obligación de hacer “A” en la ocasión “C”.

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

¹⁸⁴ Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmoirán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 42.

¹⁸⁵ Austin, John, *The Province...*, *cit.*, nota 182, p. 6.

Es evidente que para Austin “mandato”, “deber” y “sanción” son términos complicados, es más, los considera en algún sentido sinónimos: “De todo lo dicho se infiere que “mandato”, “deber” y “sanción” son términos inseparablemente relacionados: “cada uno es el nombre de la misma noción”.¹⁸⁶

El elemento más importante en la definición de mandato de Austin, desde el punto de vista de su estructura formal, es la sanción: “El mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo, no por la forma en que se manifiesta, sino por el poder y el propósito de la parte que manda infligir un daño o pena, en caso de que el mandato no sea obedecido”.¹⁸⁷

Respecto de la sanción, Austin sostiene las siguientes tesis:

1) La sanción es “el daño que probablemente será aplicado en caso de que un mandato sea desobedecido”.¹⁸⁸

2) Para Austin, una expresión sinónima de sanción es “ejecución forzosa” (*enforcement of obedience*).¹⁸⁹

3) A pesar de que es normal asimilar la idea de sanción a la idea de castigo, este término es denotativamente más restringido que ‘sanción’.¹⁹⁰ Una de las razones que pudo haber tenido Austin para emitir esta opinión es que “castigo” es más connotativo de sufrimiento físico impuesto como consecuencia de haber realizado un mal irreparable. Por ejemplo, cuando a alguien se le priva de la libertad por haber cometido homicidio. En el ejemplo anterior, difícilmente diríamos que el homicida está siendo compelido a obedecer su obligación jurídica de abstenerse de privar de la vida a un semejante, pues la obligación ha sido infringida de manera irreparable. Sin embargo, sí diríamos que alguien está siendo obligado a cumplir con sus obligaciones cuando parte de sus bienes son puestos en remate para pagar, con el monto de la venta, una deuda incumplida. En conclusión y en concordancia con Austin, el significado del término “sanción” es más amplio que el de “castigo”.

4) El término “sanción” es empleado inapropiadamente para aludir a los estímulos positivos con que se pretende motivar una conducta *i. e.*,

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 9.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

¹⁸⁸ Páramo, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, prólogo de Gregorio Peces Barba, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 144.

¹⁸⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del...*, *cit.*, nota 6, p. 39.

¹⁹⁰ *Idem*.

rechaza las llamadas sanciones premiales o positivas: “hablar de mandatos y deberes sancionados... por premios o hablar de recompensas que obligan o que constriñen a obedecer es, ciertamente, alejarse mucho del significado establecido de los términos”.¹⁹¹ Con esta opinión Austin contradice a Bentham, quien tanta influencia tuvo en su pensamiento, cuya concepción “engloba tanto las “motivaciones coercitivas” como las “motivaciones seductoras”.¹⁹² En la misma línea se encuentra Alf Ross: “El castigo y la recompensa, palancas con que los directivos sancionados operan, se llamarán colectivamente sanciones”.¹⁹³

5) La severidad de la sanción es irrelevante a efectos de tener un mandato: “cuando existe la menor probabilidad de sufrir el daño más insignificante, la expresión de un deseo equivale a un mandato y por tanto, impone un deber. La sanción, si usted quiere, es débil o insuficiente, pero aún así, hay una sanción y por lo tanto un deber y un mandato”.¹⁹⁴

Con lo expuesto hasta aquí —*i. e.*, la estructura del mandato—, únicamente hemos dado cuenta de una propiedad necesaria, pero no suficiente para que, según Austin, pueda hablarse de un mandato. Además del requisito de la estructura de la proposición, exige otros requisitos, ya que en algunas circunstancias alguien podría emitir un enunciado que contuviera exactamente la misma estructura de un mandato sin ser mandato; por ejemplo, supongamos que un niño de seis años le dice a su padre: “llévame al cine o de lo contrario evitaré que salgas de casa en una semana”.

b. Propiedades no estructurales

Las demás propiedades necesarias para que una proposición con la estructura $x!A$ en C & $\sim x A$ en $C \rightarrow x \pi$, sea un mandato según Austin, se encuentran expuestas en el pasaje siguiente:

Un mandato se distingue de otras significaciones de deseo... por el poder y el propósito de la parte que manda de infligir un mal o daño en caso de que el deseo no sea satisfecho... un mandato, entonces, es la significación de un deseo, pero un mandato se distingue de otras manifestaciones del

191 Austin, John, *The Province...*, *cit.*, nota 182, p. 8.

192 Páramo, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y...*, *cit.*, nota 188, p. 145.

193 Ross, Alf, *Lógica de las normas*, *cit.*, nota 148, p. 46.

194 Raz, Joseph, *El concepto de sistema...*, *cit.*, nota 184, p. 32.

deseo por esta peculiaridad: que la parte a la cual el mandato se encuentra dirigido esté expuesta a un mal por parte de otra, en caso de que no cumpla con el deseo.¹⁹⁵

Las referidas propiedades son:

- 1) Un sujeto “A” desea que otro sujeto “B” se comporte de cierta manera.
- 2) “A” expresa su deseo.
- 3) “A” tiene la intención de causar un daño a “B” si su deseo no es satisfecho.
- 4) “A” tiene el poder suficiente como para, efectivamente, causar daño a “B”.
- 5) “A” ha expresado su intención de causar daño a “B” si su deseo no es satisfecho.
- 6) En el mandato se expresa el deseo (a) de “A” y su intención de dañar a “B” si éste no satisface su deseo (c).¹⁹⁶

C. *El modelo teórico de norma jurídica como mandato*
(*notas distintivas respecto a los mandatos generales*)

Una vez definidas las propiedades necesarias y suficientes para que una proposición prescriptiva sea un mandato, Austin define los mandatos jurídicos como una especie del género mandatos. La razón de esto estriba en que puede haber muchos mandatos que satisfaciendo las características apuntadas no sean mandatos jurídicos, por ejemplo, la preferencia hecha por un asaltante a su víctima en los siguientes términos: “entregame tus pertenencias o de lo contrario te lesionaré con este puñal”.

Las diferencias específicas que permiten distinguir los mandatos jurídicos de los demás son introducidas por Austin, tanto en el contenido semántico que habrá de corresponder a la estructura del mandato como en los requisitos no estructurales.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 30.

¹⁹⁶ Páramo, Juan Ramón, *cit.*, nota 188, p. 153.

a. Contenido semántico de la norma jurídica

La nota semántica distintiva se encuentra en el acto que el emisor del mandato desea sea llevado a cabo. Los mandatos jurídicos, a diferencia de todos los demás, contienen clases de actos y no actos particulares:

A través de todo mandato la parte a la que es dirigido se encuentra obligada a hacer u omitir... Ahora bien, cuando obliga generalmente actos u omisiones de una clase, el mandato es una norma jurídica (*law or rule*). Pero cuando obliga a una acción u omisión específica... el mandato es ocasional o particular... Una norma jurídica es un mandato que obliga a una o varias personas. Pero a diferencia o en oposición a los mandatos ocasionales o particulares, una norma jurídica es un mandato que obliga... generalmente actos u omisiones de cierta clase.¹⁹⁷

Para Austin, esta idea de la generalidad es fundamental, como se refleja en el pasaje siguiente:

Si usted ordena a su sirviente ir a un cierto mandado o no dejar la casa cierta noche... el mandato es ocasional o particular... Pero si usted le ordena simplemente, levantarse a tal hora o levantarse siempre a tal hora hasta nuevas órdenes, puede decirse con propiedad, que usted establece una regla para guiar el comportamiento de su sirviente, puesto que ningún acto específico es señalado por el mandato, sino que el mandato le obliga generalmente a actos u omisiones de determinada clase.¹⁹⁸

Contrariamente a lo que muchos autores opinan, para Austin las normas jurídicas se caracterizan por la generalidad en los actos y no por contener clases de sujetos.¹⁹⁹

b. La nulidad como sanción

También en relación con la estructura de la norma jurídica, Austin hace interesantes consideraciones respecto de la nulidad como sanción. Al igual que los demás mandatos, la sanción es elemento fundamental de las

¹⁹⁷ Austin, John, *The Province...*, *cit.*, nota 182, pp. 11 y 12.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 11.

¹⁹⁹ *Idem*.

normas jurídicas; sin embargo, dentro del concepto de sanción jurídica, Austin incluye un concepto que no podría ser introducido en otros tipos de mandatos: la nulidad. En palabras del mismo Austin: “las disposiciones jurídicas son algunas veces sancionadas por nulidades”.²⁰⁰

Estrechamente vinculada con la estructura de los mandatos jurídicos se encuentra la opinión de Austin, respecto de lo que aparentemente podrían ser normas jurídicas no obstante no ser mandatos: las reglas que crean derechos subjetivos y las reglas consuetudinarias.

Austin se refiere a las reglas que crean derechos subjetivos: “Existen normas jurídicas (*laws*) que, podría decirse, meramente crean derechos subjetivos: y viendo que todo mandato impone un deber, las normas jurídicas (*laws*) de este tipo (parecería) no son imperativas”.²⁰¹ Su respuesta a este problema es que las normas creadoras de derechos subjetivos, en realidad son creadoras de deberes de manera indirecta, ya que ahí donde hay un derecho subjetivo un deber correlativo es creado, lo cual no vale formulado a la inversa: “toda norma jurídica (*law*) que efectivamente confiera un derecho impone expresa o tácitamente, un deber relativo o un deber correlativo al derecho... Toda norma jurídica (*law*) que efectivamente confiere un derecho es, por tanto, imperativa”.²⁰²

El segundo tipo de reglas jurídicas que aparentemente podrían no parecer imperativas son las normas consuetudinarias que, en principio, parecería que no tienen su origen en un emisor determinado (el soberano). La respuesta de Austin a este problema es que estas reglas, aunque originalmente son normas de moral positiva, cuando son aplicadas por los órganos judiciales automáticamente cambian su *status* a normas jurídicas. La razón de esto se encuentra en que dichos órganos son depositarios de una delegación de poder por parte del emisor del mandato (el soberano), quien acepta tácitamente esa regla. De esta manera, también esas reglas tienen su origen en un emisor determinado:

cuando las costumbres son transformadas en normas jurídicas por decisión de los jueces los cuales son súbditos, las normas jurídicas que emergen de las costumbres son mandatos tácitos del cuerpo legislativo soberano. El Estado, el cual puede abolirlo, permite a sus ministros ejecutarlas: y por

200 Raz, Joseph, *El concepto de sistema...*, cit., nota 184, p. 41.

201 Austin, John, *The Province...*, cit., nota 182, p. 21.

202 *Idem*.

tanto, expresa su asentimiento, su aquiescencia voluntaria (que sirva como derecho al gobierno).²⁰³

Un buen ejemplo de lo que quiere decirse al sostener que las normas consuetudinarias son imperativos generados en forma implícita es proporcionado por Hart:

Un ejemplo militar puede dar a la idea de “orden tácita” toda la claridad que ella puede llegar a tener. Un sargento que regularmente obedece a sus superiores, ordena a sus hombres hacer ciertos ejercicios y los castiga cuando lo desobedecen. El general, enterado de esto, permite que las cosas continúen, aunque si él hubiera ordenado al sargento que cesaran los ejercicios habría sido obedecido. En tales circunstancias puede considerarse que el general ha expresado tácitamente su voluntad de que los hombres cumplan con la rutina. Su no interferencia, pudiendo haber interferido, es un sustituto silencioso de las palabras que podría haber usado para ordenar los ejercicios.²⁰⁴

c. Propiedades metalógicas de la norma jurídica

Además de las especificaciones introducidas en el contenido del mandato general para obtener el mandato jurídico y de la reducción de posibles normas no imperativas al modelo imperativo, Austin introduce nuevos elementos en las propiedades no estructurales de la norma jurídica.

1) *El emisor del mandato: el soberano*. El origen del mandato jurídico no se encuentra en cualquier persona que desee que otro sujeto se comporte de cierta manera, exprese ese deseo, pretenda causar un daño al sujeto a quien va dirigido el mandato en caso de que éste no satisfaga sus deseos, tenga el poder de aplicar el castigo en cuestión, haya expresado su intención de castigar al destinatario del mandato, o en el mandato que emite vayan contenidos su deseo e intención. El origen de los mandatos jurídicos se encuentra en un tipo especial de emisor: el soberano. Dicho en otros términos, que un mandato haya sido emitido por un soberano es una condición necesaria para que ese mandato sea jurídico. Además, el soberano no tiene por qué identificarse con una persona, ya que puede ser un cuerpo colegiado: “Toda norma (jurídica) positiva o toda norma (jurídica) simple

²⁰³ *Ibidem*, p. 24.

²⁰⁴ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 172, p. 58.

y estrictamente así llamada, es establecida por una persona soberana o un cuerpo soberano de personas”.²⁰⁵ Las propiedades necesarias y suficientes para que el emisor de un mandato sea un soberano son: *a)* ser habitualmente obedecido; *b)* ser obedecido por los miembros de una comunidad política independiente, y *c)* no obedecer habitualmente a nadie.

Para Austin las características de la soberanía son:

- 1) No es subordinada, *i. e.*, no es conferida ni por una norma jurídica ni puede ser revocado jurídicamente.
 - 2) Ilimitada. Lo que quiere decir que su poder legislativo es ilimitado y que no puede estar sometido a deberes jurídicos en el ejercicio de su poder legislativo.
 - 3) Única. Para todo sistema jurídico hay uno y sólo un Poder Legislativo.
 - 4) Unitaria. Se encuentra concentrada en una persona o grupo de personas.²⁰⁶
- 2) *El destinatario del mandato: el súbdito.* Éstos deben constituir una sociedad política independiente, *i. e.*, no cualquier conglomerado puede ser considerado el destinatario de un mandato jurídico:

La superioridad que caracterizo como soberanía y la sociedad política independiente que la soberanía implica, se distinguen de otra superioridad y de otra sociedad por los siguientes rasgos: el grueso de la sociedad dada se encuentra en un hábito de obediencia o sumisión a determinado superior común: sea este superior común una persona o un determinado cuerpo o agregado de personas... que tal individuo o... cuerpo de individuos no se encuentre en hábito de obediencia a un determinado superior.²⁰⁷

Una sociedad es una sociedad política (y no un mero conglomerado) si y sólo si el grueso de sus integrantes se encuentra en hábito de obediencia respecto de un soberano común.²⁰⁸

Una vez determinado el concepto de norma jurídica en Austin estamos en posibilidad de determinar algunos otros aspectos de su teoría de las reglas, a saber, cuáles son los criterios de membresía y de existencia de una norma jurídica.

²⁰⁵ Austin, John, *The Province...*, *cit.*, nota 182, p. 169.

²⁰⁶ Raz, Joseph, *El concepto de sistema...*, *cit.*, nota 184, p. 26.

²⁰⁷ Austin, John, *The Province...*, *cit.*, nota 182, p. 170.

²⁰⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia...*, *cit.*, nota 6, p. 45.

D. *Criterios de membresía de las normas a los sistemas jurídicos*

Una norma jurídica pertenece a un sistema jurídico determinado “A” y no a otro “B”, cuando ella ha sido emitida por el soberano que emite las reglas del sistema “A” y no del sistema “B”.²⁰⁹ Desde luego, este criterio es consecuencia del criterio de identidad de todo sistema jurídico. Según Austin, un sistema jurídico se integra por todas las normas jurídicas emitidas por un mismo soberano.

E. *Criterios de existencia de las normas jurídicas*

Una norma jurídica existe si y sólo si es emitida por una persona o grupo de personas que efectivamente, es (o son) habitualmente obedecidas por el grueso de una comunidad política independiente y, además, no obedece habitualmente a nadie.²¹⁰

F. *Críticas al modelo teórico austiniano*

Como es sabido, muchas han sido las objeciones hechas, fundamentalmente por Hart, a la teoría expuesta. Dichas críticas se pueden clasificar en dos grupos en función del blanco que buscan impactar: *a)* unas son de naturaleza lógica y debaten la tesis según la cual el modelo de las reglas jurídicas con estructura $x! A \text{ en } C \ \& \ \sim x A \text{ en } C \rightarrow x \pi$ es suficiente para explicar satisfactoriamente todas las reglas que integran un sistema jurídico; *b)* otras se dirigen a la teoría del soberano (propiedad metalógica del concepto austiano de mandato jurídico). Como el primer tipo de críticas puede ser extensible no sólo al modelo de Austin sino, en algún sentido, también al de Kelsen, reservaré su exposición para después. Aquí expondré sucintamente el segundo tipo de críticas con la finalidad de permitir comprender en qué sentido la teoría de las normas de Kelsen puede considerarse superior a la de Austin al no podersele imputar a aquél las críticas que se han esgrimido contra éste.

Las críticas a las propiedades no estructurales del modelo austiniano de mandato jurídico se pueden resumir en tres tesis:

²⁰⁹ Raz, Joseph, *El concepto de sistema...*, cit., nota 184, p. 23.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 24.

1) No explica la persistencia del derecho. Sosteniendo que un mandato jurídico (norma jurídica) existe si y sólo si quien lo emite es un soberano, quedan sin explicación aquellos supuestos en que, ya no siendo posible que ese soberano siga siendo obedecido, los mandatos por él emitidos (a los que no dudaríamos en denominar “normas jurídicas”) siguen siendo obedecidos. El ejemplo ofrecido por Hart es el siguiente:

En 1944 una mujer fue procesada y condenada en Inglaterra por decir la suerte en violación de la *Witchcraft Act* de 1735. Éste no es más que un ejemplo pintoresco de un fenómeno jurídico muy familiar: una ley dictada hace siglos puede ser derecho hoy todavía... ¿cómo es posible que el derecho creado por un legislador antiguo, ya desaparecido, sea todavía derecho para una sociedad de la que no puede decirse que lo obedezca habitualmente?²¹¹

2) El concepto austiniano de soberanía no es el único posible y, en todo caso, puede no ser el más conveniente. Al lado de la concepción de soberanía de Austin, según la cual ésta es una propiedad predicable de una persona o un grupo de personas, existe otra concepción alternativa, también de la soberanía, que corresponde más a las intuiciones jurídicas de esta noción: la idea de que la soberanía radica en el pueblo y que los gobernantes no son sino mandatarios del soberano. La concepción de Austin deja sin explicar los sistemas jurídicos de los Estados democráticos:

la identificación del soberano con el electorado no tiene ninguna plausibilidad, a menos que acordemos a “hábito de obediencia” y “persona o personas” un significado completamente distinto del que recibían en el caso simple (la versión construida por Hart sobre la teoría de Austin) y que sólo puede aclararse si se introduce en forma subrepticia la noción de una regla aceptada. El esquema simple de hábitos de obediencia y órdenes no basta para ello.²¹²

3) La concepción de soberanía como jurídicamente ilimitada es contraintuitiva si tenemos en mente un Estado moderno en el que las autoridades detentadoras del poder político están jurídicamente limitadas.

Sosteniendo que una de las características de la soberanía es no estar limitada jurídicamente, Austin proporciona una explicación que resulta

²¹¹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 172, p. 77.

²¹² *Ibidem*, p. 93.

contraintuitiva si tenemos en mente un derecho moderno en el que las facultades de los funcionarios detentadores del poder político están limitadas por reglas que determinan incompetencias:

la concepción del soberano jurídicamente ilimitado desfigura el carácter del derecho en muchos Estados modernos en los que nadie cuestionaría que hay derecho. Aquí tenemos legislaturas, pero muchas veces la potestad legislativa suprema dentro del sistema está muy lejos de ser ilimitada. Una Constitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura... al excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa imponerle limitaciones de fondo.²¹³

Otra manera importante en que las reglas jurídicas imponen restricciones a las autoridades detentadoras del poder político es a través de ciertas reglas que difícilmente podrían explicarse como mandatos. Estas reglas se caracterizan por la imposición de una serie de requisitos para que algo pueda ser jurídicamente válido:

A diferencia del desprecio a la opinión popular o a las convicciones morales de la población, opinión o convicciones que Rex podría a menudo respetar aun en contra de sus deseos, el no acatamiento de estas restricciones específicas haría que su legislación fuese nula. Los tribunales se ocuparían de ellas, en consecuencia, en forma distinta a como lo harían respecto de otros límites simplemente morales o de facto impuestos al ejercicio de la potestad del legislador.²¹⁴

4) Omitiendo de las propiedades definitorias del concepto de soberano el que éste sea determinado conforme a ciertas reglas jurídicas, Austin proporciona una explicación poco satisfactoria para el campo jurídico, ya que en todos los Estados modernos alguien es autoridad (o soberano) sólo si ha cumplido ciertos requisitos establecidos por reglas jurídicas,

sólo necesitamos advertir que en algunos casos, aún antes de que un legislador haya comenzado a legislar, puede resultar claro que existe una regla firmemente establecida que le otorga, como miembro de una clase o línea de personas, el derecho a hacerlo cuando llegue el momento... la persona cuya palabra ha de ser obedecida no es únicamente el individuo Rex I, si-

²¹³ *Ibidem*, p. 85.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 86.

no aquella que reúna ciertas cualidades, por ejemplo, la de ser descendiente mayor en la línea directa de un antepasado. Rex I no es más que la persona con esas condiciones en un momento determinado.²¹⁵

Una de las consecuencias de ignorar que ser soberano presupone una regla que determine en qué circunstancias alguien es soberano, es que Austin no explica satisfactoriamente cómo se lleva a cabo la sucesión de un soberano a otro:

Supongamos ahora que al cabo de un feliz reinado, Rex muere y deja un hijo Rex II, que comienza entonces a dictar órdenes generales. El mero hecho de que haya existido un hábito de obediencia a Rex I en vida de éste, no basta por sí, para hacer siquiera probable que Rex II será habitualmente obedecido... No hay todavía un hábito establecido frente a Rex II. Tendremos que esperar y ver si hay tal obediencia a Rex II, como la había respecto de su padre... Nada hay que lo haga soberano desde el comienzo.²¹⁶

5) Establecer (al igual que Austin) como propiedad necesaria de un mandato jurídico que éste sea habitualmente obedecido, implica sostener que todo mandato o norma jurídica necesita ser conocida por los destinatarios. Esta explicación es contraintuitiva si se tiene en mente un derecho moderno en el que gran número de normas sólo son conocidas por ciertos funcionarios: “en un Estado moderno sería absurdo pensar que la masa de la población, por respetuosa de la ley que sea, tiene conciencia clara de las reglas que especifican los requisitos para integrar un cuerpo de personas en continuo cambio, facultado para legislar”.²¹⁷

2. *El prescriptivismo monista en La teoría pura del derecho*

A. *Ubicación de los modelos kelsenianos de norma dentro de la clasificación de directivos de Alf Ross*

Parece un campo común en las interpretaciones de *La teoría pura del derecho* afirmar que, según Kelsen, las normas jurídicas son proposicio-

²¹⁵ *Ibidem*, p. 73.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 67.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 75.

nes integradas por un supuesto o antecedente (conducta ilícita) y una consecuencia o sanción que debe ser aplicada a quien cometa el hecho antijurídico: “según Kelsen, una norma jurídica es la que prescribe una sanción jurídica”.²¹⁸ Este deber constituye la expresión de un nexo de imputación que tiene sentido con independencia de si en el mundo de los hechos ocurre que, efectivamente, ante el acontecimiento de que alguien haya incurrido en una conducta ilícita, le sea aplicada o no la sanción.

De adherirnos a esa interpretación, podríamos destacar algunas complicaciones al interior de la teoría pura. Por ejemplo: si es cierto que, según Kelsen, toda norma jurídica puede ser definida en función de presentar como propiedad necesaria una sanción que es consecuencia de la realización de una conducta ilícita, entonces incurre en autocontradicción teórica al incluir en el concepto normas que imponen actos coactivos que no son sanción. Esto sucede en la segunda edición, donde puede leerse:

En la línea evolutiva, en especial en la línea que va del Estado judicial al Estado administrativo, se amplía también el círculo de los hechos convertidos en condición de actos coactivos, en cuanto se incorporan a ellos no sólo acciones y omisiones humanas socialmente indeseadas, sino también otros hechos que no tienen características de hechos ilícitos... Por sus circunstancias externas, todos esos actos exhiben la misma privación coactiva de la vida, la libertad y la propiedad, que muestran sanciones como la pena capital, la pena de prisión o la ejecución civil. De esas sanciones se distinguen, como se ha sugerido ya, sólo en cuanto se trata de actos de coacción que no están ligados, como consecuencia a una acción determinada jurídicamente establecida, y socialmente indeseada, de seres humanos determinados en cuanto no tienen como condición un acto ilícito o delito, cometido por un hombre determinado y jurídicamente comprobado.²¹⁹

Como resulta evidente, el cambio introducido tiene consecuencias interesantes respecto del concepto original de sanción, tal como reconoce el mismo Kelsen:

si se extiende en este sentido el concepto de sanción, ya no estará conectado con el de consecuencia de un ilícito... Si se adopta este sentido amplísimo

218 Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, cit., nota 2, p. 82.

219 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., cit., nota 79, p. 53.

del concepto de sanción, corresponderá formular entonces la noción de monopolio de la coacción por la comunidad jurídica en una alternativa: la coacción del hombre por el hombre es, o bien un delito o bien una sanción (donde, por sobre todo, por sanción no ha de entenderse sólo la reacción frente a un delito, es decir, frente a una conducta humana determinada, sino también la reacción ante otras circunstancias objetivas socialmente indeseadas).²²⁰ Como puede verse, el nuevo concepto presenta el grave inconveniente, respecto del antiguo, de recurrir a un concepto a-jurídico como criterio de definición: el de reacción ante circunstancias objetivas socialmente indeseadas. Un ejemplo de sanción en el sentido apuntado sería la reclusión de enfermos mentales en centros psiquiátricos (estar loco no puede considerarse un hecho ilícito, ya que no es una acción, sino un estado).²²¹

Dado que no es objeto de este trabajo realizar un examen concienzudo del pensamiento kelseniano, nos acogeremos a la opinión general. Desde ésta, el tipo de directivo en el que quedaría englobado el modelo de normas jurídicas de Kelsen, según Alf Ross, sería el de directivos impersonales sancionados, con la salvedad de que para el jefe de la Escuela de Viena, las sanciones jurídicas no son premiales.

B. *La norma jurídica como imperativo sin imperator*

Como hemos visto, el hecho de que un mandato sea emitido por un soberano es una de las propiedades necesarias para que un mandato sea una norma jurídica en la teoría de Austin. Esta concepción dio lugar a la serie de críticas a que hicimos alusión.

A diferencia de Austin, Kelsen construye su teoría sin recurrir al elemento personal como nota necesaria para definir una norma jurídica. De esta manera las críticas dirigidas contra el requisito del soberano de la teoría austiniana no pueden dirigirse a la teoría de Kelsen. En este aspecto, la segunda puede ser considerada mejor teoría que la primera.

Entre las múltiples razones que hicieron posible la diferencia señalada, seguramente se encuentra el hecho de que Austin y Kelsen fueron formados en paradigmas filosóficos distintos. Mientras el primero seguía el

²²⁰ *Ibidem*, p. 55.

²²¹ *Ibidem*, p. 53.

pensamiento de Bentham, el segundo siguió el de Kant. Así, puede leerse en Páramo:

La concepción que Austin tiene del derecho se puede enmarcar dentro de la tradición positivista inglesa, tradición que, como hemos visto, concibe al derecho como un mandato. Austin sistematiza y ordena, aunque muchas veces de forma rígida, siguiendo e impulsando la metodología de la jurisprudencia analítica de clarificación y ordenación de las nociones jurídicas fundamentales, así como sus interconexiones lógicas, todo el legado jurídico que Bentham dejó, legado —por otra parte— mucho más rico y flexible.²²²

El mismo autor, en otra parte: “Para Bentham, el concepto de ley implica la autoridad de un soberano para respaldarla... Refiriéndose a los mandatos emitidos por distintos profesionales en relación a sus subordinados, Bentham dice: «tanto en unos casos como en otros la empresa de hacerlos cumplir por la fuerza es privativa en último término del soberano»”.²²³

Sobre la formación kantiana de Hans Kelsen podemos dar fe con palabras del profesor Bobbio: “*Kelsen a una convergencia significativa... con il neo-kantismo della scuola di Marburgo. Ancora oggi Kelsen passa per un neokantiano, anche se il nome di Herman Cohen non è citato neppure una volta nella seconda edizione della Reine Rechtslehre*”.²²⁴

En el mismo sentido se pronuncia Juan Carlos Smith: “la obra de Kelsen se enmarca centralmente en los lineamientos generales del neokantismo de Marburgo, que constituyeron sin duda la base de todos sus desarrollos”.²²⁵ Para efectos de la superación del requisito del elemento personal como criterio definitorio de las normas jurídicas, la influencia de Kant puede resumirse a un traslado de la noción del yo trascendental al campo del conocimiento jurídico bajo la forma de la norma funda-

²²² Páramo, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría...*, cit., nota 188, p. 141.

²²³ *Ibidem*, p. 140.

²²⁴ “Kelsen tiene una convergencia significativa con el neokantismo de Marburgo. Aún hoy Kelsen pasa por un neokantiano, aunque el nombre de Herman Cohen no es citado ni una vez en la segunda edición de *La teoría pura del derecho*”. Bobbio, Norberto, “Hans Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo de 1973, pp. 425-449.

²²⁵ Smith, Juan Carlos, “Kelsen y *La teoría pura del derecho* frente a nuestra tesis sobre la ciencia jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 43.

mental o *Grundnorm*: “no es difícil darse cuenta de que la norma fundamental de Kelsen significa para el derecho (y para la teoría jurídica), lo mismo que el yo trascendental kantiano para el conocimiento de la realidad, esto es, para la física”.²²⁶ En efecto, la norma fundamental es el principio unificador de los datos de la experiencia jurídica que hace posible la construcción del objeto de conocimiento mediante la organización del “caos de los datos sensibles”.²²⁷

Expresamente, Kelsen descarta el elemento personal cuando en la primera edición de *La teoría pura* dice: “la norma como específico substrato de sentido, es cosa distinta del acto psíquico en que es querida o representada”.²²⁸ Que Kelsen tuvo en mente la superación de Austin al construir su concepto de norma como proposiciones despsicologizadas lo pone de manifiesto Esquivel, quien nos dice:

Al comentar acerca de la norma jurídica Kelsen quiere refutar la tesis de Austin que define a la norma como mandato. Mostrando los inconvenientes de introducir elementos psicológicos, característicos de la definición austiniana, concluye Kelsen que la norma es, en todo caso un mandato despsicologizado, ya que el concepto de norma no implica la presencia de un querer psicológico.²²⁹

Recasens también resalta la importancia de la concepción kelseniana: “Una de las consecuencias más importantes que trae consigo la tesis de la pureza del método jurídico, es la de alejar de la jurisprudencia la noción psicológica de voluntad, porque ésta constituye un elemento perteneciente al reino del ser, de la naturaleza”.²³⁰ No está de más recordar la importancia que para este autor tiene la dicotomía insoluble entre ser y deber ser, tal como lo hace notar su discípulo Verdross:

²²⁶ *Idem*.

²²⁷ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, cit., nota 79, p. 85.

²²⁸ *Ibidem*, p. 44.

²²⁹ Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, p. 44.

²³⁰ Kelsen, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, trad. de Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1970, p. 31.

Desde su primer libro *Problemas fundamentales de la teoría del derecho y del Estado*, publicado en ese mismo 1911, Kelsen tomó como punto de partida de su sistema la radical separación entre ser y deber ser: las ciencias del ser son las disciplinas causales, que proporcionan una explicación genética de los fenómenos, los que, a su vez, son presentados dentro de una cadena de causas y efectos. A estas disciplinas se oponen las ciencias normativas, cuyo objeto ya no es el ser, sino el deber ser. La ciencia del derecho queda comprendida en este segundo grupo.²³¹

Desde luego, no es que Kelsen trate de decir que no tiene sentido sostener que las normas jurídicas tienen su origen en una voluntad, sino simplemente que esas consideraciones no entran dentro del objeto de conocimiento del derecho (entiendo objeto de conocimiento en sentido kantiano). “En otras palabras, es cierto que toda norma jurídica proviene de un acto humano de voluntad y que éste es condición necesaria para su existencia; pero una vez que la norma existe, la existencia de dicho acto deja de ser necesaria”.²³² El argumento fuerte que Kelsen esgrime acerca de la superioridad teórica de no hacer depender la definición de las normas jurídicas de actos de voluntad estriba en sostener que ser soberano presupone necesariamente una norma: En palabras de Bobbio:

El elemento que diferencia la relación definida como poder estatal (*Staatsgewalt*) de las otras relaciones de poder, es que está regulada jurídicamente (*rechtlich geregelt*): lo que consiste en que los hombres que ejercen el poder como gobierno del Estado están autorizados por un orden jurídico a ejercer ese poder, creando y aplicando normas jurídicas: es decir en el hecho de que el poder estatal tiene carácter normativo.²³³

Aunque aquí nos ocuparemos de los modelos teóricos de norma jurídica expuestos por Kelsen en *La teoría pura*, vale señalar que la clara distinción establecida por este autor con respecto al modelo normativo de Austin se vio envuelta en la neblina de sus revisiones de senectud, como se puede ver en la siguiente transcripción de lo que el mismo Kelsen dijo

²³¹ Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho en el mundo occidental*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1983, p. 286.

²³² Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross...*, *cit.*, nota 229, p. 63.

²³³ Bobbio, Norberto, “Kelsen y el poder jurídico”, trad. de Ricardo A. Guibourg, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1970.

en una mesa redonda, donde se discutían temas de derecho natural y teoría política, acerca de la posibilidad de concebir normas como actos despsicologizados (con alusión concreta al concepto de *Grundnorm*):

Yo he hablado en mis anteriores escritos de normas que no son el sentido de actos de voluntad. He presentado toda mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. Ahora debo, lamentablemente, aceptar, señores, que esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella. Me pueden creer que no es para mi fácil renunciar a una teoría que yo he representado durante decenios. He renunciado a ella en el conocimiento de que un deber tiene que ser el correlato de un querer.²³⁴

Aunque es cierto que esta autocrítica va dirigida primordialmente al concepto de *Grundnorm*, que es una norma distinta a las que integran el sistema jurídico positivo y, por tanto, podría pensarse que no afecta la noción de las normas positivas como mandatos despsicologizados, lo cierto es que no es muy claro sostener esto, sobre todo si se tiene en cuenta que la misma vinculación entre normas jurídicas y voluntad psicológica es aludida en la obra póstuma de Kelsen sin hacer alusión al problema de la norma fundamental: “*Una norma statuita da un atto di volontà che ha luogo nella realta è una norma positiva. Partendo da un positivismo morale e giuridico vengono prese in considerazione, come oggetto della conoscenza, solo norme positive, cioè norme statuite da atti di volontà e precisamente da atti di volontà umana*”.²³⁵

En todo caso, como éste no es un problema que deba ser resuelto para realizar el análisis que es de nuestro interés, puede ser únicamente referido y dejado de lado.

²³⁴ Schmill, Ulises y Vernengo, Roberto J., *Pureza metódica y racionalidad en la teoría pura del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.

²³⁵ “Una norma establecida por un acto de voluntad que tiene lugar en la realidad es una norma positiva. Partiendo de un positivismo moral y jurídico, considero que el objeto del conocimiento son sólo normas positivas, es decir, normas establecidas por actos de voluntad y precisamente de actos de voluntad humana”. Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, trad. de Mirella Torre, Turín, Giulio Einaudi Editore, 1985, p. 7.

C. *Distinción entre el modelo de regla de derecho y el modelo de norma jurídica*

A efecto de evitar confusiones, aclaro que no me ocuparé de analizar aquí el modelo teórico de las reglas de derecho, *i. e.*, de las proposiciones propias de la ciencia del derecho mediante las cuales se pretende describir las normas jurídicas, según Kelsen.

Hans Kelsen no tuvo siempre presente la distinción entre reglas y normas jurídicas. En la primera edición de *La teoría pura* brilla por su ausencia y no aparecería sino hasta su *Teoría general del derecho y del Estado*, donde parece advertir la inconsecuencia epistemológica que implica identificar a las normas jurídicas-objeto del conocimiento, con los juicios de la ciencia de derecho, e introduce la noción de “reglas de derecho” para denominar a estos últimos. En dicha obra dice:

Estos juicios por medio de los cuales la ciencia jurídica expresa el derecho, no deben ser confundidos con las normas que elaboran los encargados de legislar. Es preferible no dar a aquellos el nombre de normas, sino el de reglas jurídicas. Las normas formuladas por los órganos legislativos son prescriptivas; las reglas de derecho que la ciencia jurídica establece, son puramente descriptivas.²³⁶

A pesar de que la idea de diferenciar entre normas y reglas es clara, la manera en que el mismo Kelsen pretende establecerla no siempre ha sido considerada así: “Examinando en detalle la cuestión, puede concluirse que con la concepción de la “regla de derecho” se introduce una notable confusión en la propia tesis kelseniana, toda vez que la teoría pura no demuestra que el objeto conocido mediante aquélla sea en realidad una norma jurídica”.²³⁷ A pesar de que ciertamente la introducción del concepto de regla jurídica trae como consecuencia ciertos problemas al interior de la teoría, dignos de una mayor atención a la que aquí podemos prestarles, baste como ejemplo la tesis kelseniana de que a las normas jurídicas se les pueden aplicar los valores veritativos de verdad y falsedad de manera

²³⁶ Smith, Juan Carlos, “Kelsen y la teoría pura del derecho frente a nuestra tesis sobre la ciencia jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 48.

²³⁷ *Ibidem*, p. 49.

indirecta a través de las reglas jurídicas²³⁸ y aún a riesgo de trivializar, trataremos de explicar en qué consisten esas reglas. Tomaremos como punto de referencia a la segunda edición de *La teoría pura*, donde se puede leer:

Los enunciados jurídicos (reglas de derecho) son proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo ciertas condiciones que el orden jurídico determina. Las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido, son mandamientos y, en cuanto tales, órdenes, imperativos: en ningún caso, empero, pese a lo que a veces se suele afirmar al identificar el derecho con la ciencia del derecho, información instructiva. El derecho ordena, permite, faculta; no “informa”.²³⁹

Un ejemplo de regla de derecho dado por el mismo Kelsen nos permitirá comprender mejor lo que quiere decir: el enunciado que describe la validez de una norma penal que prescribe la pena de prisión para el hurto sería falso si afirmara que, conforme a esa norma, el hurto no es de hecho castigado, por ejemplo, porque el autor evita la pena. El enunciado jurídico que describe esa norma penal sólo puede rezar: “si alguien comete hurto deberá ser castigado”.²⁴⁰ Como se puede observar, las reglas jurídicas constituyen un metalenguaje descriptivo con respecto a las normas, lo que implica que: 1) todo enunciado o regla jurídica presupone necesariamente la existencia de una norma jurídica, y esa norma jurídica es, precisamente, la que se pretende describir; 2) la norma jurídica descrita pertenece a un sistema jurídico particular (los enunciados implícitamente contienen la fórmula: “conforme al derecho «x»...”);²⁴¹ 3) la existencia del sistema referido es presupuesta por el enunciado. Si éste no existe, la regla jurídica no es verdadera ni falsa, carece de valores de verdad;²⁴² 4) según Raz, “los enunciados normativos explicados por Kelsen

²³⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 79, p. 87. Véase Valsamiglia, Albert, *Sobre la teoría general de las normas*, Doxa, Alicante, Universidad de Alicante, 1985, p. 94.

²³⁹ *Ibidem*, p. 84.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 88.

²⁴¹ Raz, Joseph, *El concepto de sistema...*, cit., nota 184, p. 70.

²⁴² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 79 p. 70.

se refieren también, implícitamente, a un momento particular de la vida de un sistema, se refieren a un sistema momentáneo particular”.²⁴³ Dejaremos de lado el problema sobre si las reglas jurídicas de la historia del derecho son o no proposiciones descriptivas desde el momento en que los sistemas normativos a que se refieren ya no existen. Conforme a esto, podemos determinar las propiedades necesarias y suficientes que definen un enunciado jurídico: una proposición es una regla de derecho si y sólo si describe una norma jurídica perteneciente a un momento determinado de un sistema jurídico particular existente o, más abreviadamente, “un enunciado es un enunciado normativo (jurídico) si la existencia de una norma (jurídica) es una condición necesaria para su verdad”.²⁴⁴ Como hemos venido haciendo, centraremos nuestra atención en los modelos teóricos de las normas, y no en el de las reglas jurídicas.

D. Sobre la ambigüedad de la fórmula “Si A es, debe ser B”

Uno de los conceptos más representativos de la teoría pura es, sin duda alguna, la fórmula “Si A es, debe ser B”. De hecho, cuando se piensa en la estructura de la norma jurídica es normal asociar esta fórmula. Sin embargo, creo que ésta presenta algunas dificultades si es analizada considerando las dos ediciones de *La teoría pura*. Dichas dificultades consisten en una ambigüedad, pues, al parecer, con ella se puede referir Kelsen a cuestiones distintas. En primer lugar, como consecuencia de la indiferenciación entre normas y reglas, concretamente en la primera edición, Kelsen representa con la fórmula a las normas jurídicas, las cuales a su vez constituyen el objeto de estudio de la ciencia del derecho: “Si la ley natural dice: si A es, tiene que ser B, dice la ley jurídica: si A es, debe ser B”.²⁴⁵ Sin embargo en la segunda edición emplea la misma fórmula para representar a las proposiciones con que la ciencia del derecho describe su objeto y no a los objetos de la ciencia: “El enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad”.²⁴⁶

²⁴³ Raz, Joseph, *El concepto de sistema...*, cit., nota 184, p. 70.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 71.

²⁴⁵ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, trad. de Tejerina, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 49.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 291.

Si lo que nos preocupara aquí fuera determinar, entre otras cosas, la estructura de los modelos teóricos de las normas jurídicas, la interpretación de que ésta corresponde a la fórmula “Si A es, debe ser B” se tendría que enfrentar a este primer problema.

Una posible salida sería considerar que, siendo las reglas jurídicas la descripción de las normas jurídicas, es comprensible que ambas presenten la misma estructura. Sin embargo, acogiéndonos a esta interpretación nos tendremos que enfrentar a un nuevo problema, ya que con la fórmula “si A es, debe ser B”, Kelsen puede querer decir nuevamente dos cosas distintas: “Si sucede en el mundo empírico un acontecimiento A, siendo A un acto antijurídico, entonces debe ser B, siendo B la sanción correspondiente. Esta interpretación, que es la corriente, se puede desprender de lo que dice Kelsen en la primera edición de *La teoría pura*: “la ley jurídica enlaza la condición jurídica con la consecuencia de lo antijurídico)... La consecuencia jurídica (antijurídica) es imputada a la condición jurídica.

Tal es el sentido del enunciado: alguien será castigado “a causa” de un delito, la ejecución contra algún patrimonio tiene lugar “a causa” de una deuda no pagada.²⁴⁷ Sin embargo, al lado de ésta existe otra interpretación posible según la cual “Si A es, debe ser B” equivale a: “Si sucede la condición jurídica A, debe ser la consecuencia jurídica B”, sin que A sea forzosamente un acto antijurídico ni B una sanción. Por ejemplo: “Si se da la circunstancia de que la casa de un asegurado se incendie, la compañía de seguros debe pagar el monto estipulado en el contrato”. Las consecuencias de esta segunda interpretación de la estructura de la norma son interesantes, ya que mediante ella se disolvería la contradicción en que incurre Kelsen cuando reconoce la existencia de normas que tienen como consecuente actos coactivos que no son sanción, y como antecedente un hecho jurídico, y no una conducta ilícita. Sin embargo, admitir esta solución implicaría renunciar a la tesis kelseniana según la cual el elemento característico e imprescindible de las normas jurídicas es la sanción.

Por todas estas razones, en lo que sigue, evitaré aludir a la famosa fórmula “Si A es, debe ser B” cuando quiera referirme a la estructura lógica de las proposiciones jurídicas. Además, hay que destacar que la fórmula “Si A es, debe ser B” tiene el dudoso *pedigri* de ser proposición prescriptiva. Yo no puedo emitir y entender la fórmula sin que ello implique la orientación de mi conducta, sino sólo para dar cuenta de lo que debe

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 48.

acontecer ante la verificación de cierto supuesto, según el ordenamiento jurídico, independientemente de que lo debido acontezca o no.

E. *Norma primaria y secundaria (primer modelo normativo kelseniano)*

En la evolución de la teoría pura del derecho podemos distinguir dos modelos teóricos normativos, ambos englobables en el normativismo prescriptivista. El primero de ellos aparece en la primera edición y el otro en la segunda. En ambas ediciones la idea de que el derecho se constituye por un solo tipo de normas permanece constante. Aquí iniciamos la exposición de ese primer modelo.

Como dice Robles en su trabajo *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*: “La ausencia más llamativa en el sistema teórico construido por la teoría pura del derecho es la ausencia de una definición o de un tratamiento directo del concepto de norma jurídica. En vano buscará el estudioso de la obra de Kelsen un epígrafe... que aborde dicho concepto”.²⁴⁸ Ante esta circunstancia, si hemos de hablar del modelo de norma jurídica en Kelsen, se hace necesario realizar una labor reconstructiva a partir de lo que él mismo nos dice en su obra.

a. El concepto de norma

Al parecer, Kelsen parte del supuesto de que las normas son tipos de proposiciones prescriptivas. Esto se pone de manifiesto cuando, refiriéndose a las diferencias entre las normas jurídicas respecto de otros tipos de normas (principalmente las de la moral) nos dice: “la norma jurídica no es comprendida como imperativo, a semejanza de la norma moral”.²⁴⁹ No necesitamos remarcar que los imperativos tienen como finalidad orientar la conducta, y por tanto son proposiciones prescriptivas. La función de todas las normas para Kelsen es el establecimiento de deberes. Conforme a esto, el concepto de norma en la primera edición sería el siguiente: proposición prescriptiva de tipo imperativo que tiene como finalidad el establecimiento de deberes. La estrategia seguida por Kelsen consiste en determinar el concepto de norma, género próximo del con-

²⁴⁸ Robles, Gregorio, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, inédito, p. 21.

²⁴⁹ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, cit., nota 245, p. 47.

cepto de norma jurídica, para después definir esta última: “con la categoría formal del deber ser o de la norma sólo se ha logrado, sin embargo, el concepto supremo, no la diferencia específica del derecho”. Veámos cuál es la caracterización completa de las normas jurídicas.

b. Las normas jurídicas como proposiciones prescriptivas

Siendo las normas proposiciones prescriptivas, parecería natural que las jurídicas, especie de aquéllas, también lo fueran. Que para Kelsen las normas jurídicas son proposiciones lingüísticas se pone de manifiesto en la obra en distintos pasajes: “la consecuencia enlazada en la proposición jurídica «a»”;²⁵⁰ “Lo antijurídico es la conducta, determinada en la proposición jurídica”.²⁵¹

*c. El concepto del derecho y la teoría de la proposición jurídica*²⁵²

Como nota marginal, no debe perderse de vista que estamos hablando de la primera edición, donde aún no se distingue entre normas y reglas de derecho. Por lo tanto, cuando Kelsen usa la expresión “proposición”, no está empleándola como sinónimo de “regla de derecho” (al menos expresamente) tal como lo haría en su teoría general y en la segunda edición.

Una de las consecuencias más perniciosas de la falta de distinción entre norma y regla de derecho en esta edición es la falta de elementos explícitos que permitan determinar qué es lo que Kelsen tiene en mente al usar la expresión “norma jurídica”, no se sabe a ciencia cierta si son una especie de proposiciones descriptivas características de la ciencia del derecho, si son proposiciones prescriptivas que dirigen la conducta, o si el mismo término es empleado para aludir a los dos conceptos en momentos diferentes. Aquí adoptamos esta última interpretación.

Algunos de los pasajes en que el autor parece estar pensando en proposiciones descriptivas características de la ciencia del derecho son los siguientes: “La norma jurídica se convierte en proposición jurídica que acusa la forma fundamental de la ley, así como la ley natural enlaza una

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 52.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 53.

²⁵² *Ibidem*, p. 44.

determinada situación de hecho como causa con otra como efecto, la ley jurídica enlaza la condición jurídica con la consecuencia jurídica”;²⁵³ “si la ley natural dice: Si A es, tiene que ser B, dice la ley jurídica: si A es, debe ser B”.²⁵⁴

Desde esta interpretación, tanto las proposiciones científicas como las jurídicas cumplen la función de describir el mundo, con una diferencia importante: en el caso de que en el mundo de los hechos, si una vez se da el antecedente, no sucede el consecuente, la proposición científica deja de existir como ley al haber sido falseada por un contraejemplo. A diferencia de aquélla, la proposición de la ciencia del derecho no deja de ser una ley científico-jurídica por el hecho de que en el mundo de los hechos, una vez verificado el antecedente no ocurra el consecuente “por causa del derecho la pena sigue siempre y sin excepción al delito, aun cuando en el sistema de la naturaleza, la pena pueda faltar por cualquier razón”.²⁵⁵

Además del sentido apuntado, Kelsen parece emplear la palabra “norma” para aludir no a proposiciones descriptivas, sino prescriptivas, que tienen como finalidad imponer deberes: “Toda proposición jurídica tiene que estatuir necesariamente un deber jurídico”.²⁵⁶ Obviamente, carecería de sentido sostener que las proposiciones descriptivas de la ciencia del derecho estatuyen deberes. Este segundo sentido es el que nos interesa destacar en este trabajo.

d. El primer modelo de norma jurídica (propiedades necesarias y suficientes)

Al igual que Austin, Kelsen propone un modelo de norma jurídica construido con diversas propiedades, algunas de las cuales corresponden a la estructura de la proposición jurídica y otras son de carácter diferente. A las segundas las hemos llamado “metalógicas”.

Para el Kelsen de la primera edición de *La teoría pura*, la estructura completa de una norma jurídica es la de una proposición prescriptiva integrada por dos partes: una norma primaria y una norma secundaria:

²⁵³ *Ibidem*, p. 48.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 49.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 50.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 78.

se puede representar la proposición o precepto jurídico completo o total... como una especie de norma doble: “En ciertas condiciones un hombre determinado debe conducirse de un modo determinado: ahora bien, si no se comporta así, entonces otro hombre —el órgano del Estado— debe practicar contra él de una manera determinada, un acto coactivo pena o ejecución forzada”.²⁵⁷

De las dos normas, la principal es la primaria, ya que a partir de ella se puede inferir la secundaria, no siendo posible el proceso a la inversa:

La norma que estatuye la conducta que evita la coacción —y que el orden jurídico tiene por finalidad—, solamente importa una norma jurídica bajo la condición de que con ella deba expresarse —en forma abreviada, por razones de comodidad en la exposición— lo que sólo la proposición jurídica enuncia cabal y correctamente: que bajo condición de la conducta contraria ha de acontecer un acto coactivo como consecuencia. Ésta es la norma jurídica en su forma primaria. La norma que estatuye la conducta que evite la coacción, sólo puede valer, por tanto, como norma jurídica secundaria.²⁵⁸

Partiendo de la idea de la dependencia de normas secundarias respecto de primarias, “Kelsen da una regla de transformación para obtener una regla secundaria de una primaria: el carácter de una norma secundaria es un carácter de deber y su contenido es la conducta opuesta a la que figura como condición de aplicación de una norma primaria”.²⁵⁹ Poniendo en primer término a la norma primaria respecto de la secundaria, Kelsen introducía un cambio revolucionario en la manera de concebir tradicionalmente las normas jurídicas “los conceptos tradicionales de antijuridicidad y de conformidad con el derecho, de conducta contradictoria al derecho y correspondiente al derecho, apuntan hacia la norma secundaria en tanto expresión del fin del derecho”.²⁶⁰ Por su parte, Recasens nos dice al respecto:

²⁵⁷ Kelsen, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, cit., nota 230, p. 126.

²⁵⁸ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, cit., nota 245, pp. 56-57.

²⁵⁹ Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis...*, cit., nota 2, p. 84.

²⁶⁰ Kelsen, Hans, *La teoría pura*, cit., nota 79, p. 59.

Kelsen hace notar que todas las consideraciones que otros autores han hecho en torno al deber jurídico, muestran claramente que construyen su concepto con los mismos ingredientes del deber moral... Pero esto que nos presentan como deber jurídico, no es más que un deber moral, que tiene por contenido una norma jurídica: formalmente en nada se diferencia de otro tipo de obligación ética.²⁶¹

A partir de la misma definición de lo que es una norma jurídica completa, trataremos de construir una representación para su estructura, pero antes, es necesario hacer alguna consideración marginal. Excluiremos aquí una interpretación corriente según la cual la norma jurídica primaria va dirigida a los funcionarios. Aunque es bien cierto que Kelsen mismo da lugar a esa interpretación y por tanto es aceptable, aquí la suprimimos, porque aceptarla implicaría aceptar una contradicción en la teoría pura que nos impediría continuar. Desde esa interpretación, las normas jurídicas primarias van dirigidas a un funcionario diciéndole: “Si se da la circunstancia de que el sujeto “x” incurra en el hecho antijurídico ~A, entonces, debes sancionarlo”.

Pero admitir la existencia de normas de este tipo equivaldría a admitir que puede haber normas sin sanción, *i. e.*, normas jurídicas secundarias puras, postura contra la cual el mismo Kelsen se pronunció, según hemos visto. Nótese que la norma primaria interpretada en este sentido habla de sanción y de deber, pero no de la sanción de la regla dirigida al funcionario, sino dirigida al ciudadano. Para que pudiéramos hablar de una norma primaria dirigida al funcionario tendría que decir: “Si incurres en el acto antijurídico «no sancionar a quien ha incurrido en el antijurídico ~A», entonces, deberás ser sancionado”.

Sin embargo, admitir la existencia de estas normas para todos los funcionarios llevaría a un problema de difícil superación al interior de la teoría pura, por ser incompatible con la tesis de que todas las normas jurídicas traen aparejada una sanción: el problema del regreso *ad infinitum* en la aplicación de sanciones que el mismo Kelsen reconocería en la segunda edición y que trataría de resolver mediante el recurso al concepto de normas dependientes:

²⁶¹ Kelsen, Hans, *Compendio de..., cit.*, nota 230, p. 48.

El cumplimiento de una sanción es obligatorio, es contenido de una obligación jurídica, cuando su omisión es convertida en condición de una sanción. Si tal cosa no sucede, sólo puede valer como facultativa, pero no también como obligatoria. Como no puede tratarse en esto de un regreso infinito, la última sanción en esta secuencia sólo puede estar autorizada (ser facultativa), pero no ser obligatoria.²⁶²

Dado que no es la finalidad de este trabajo realizar un examen crítico de la obra de Kelsen, sino destacar distintos modelos normativos para hacer su estudio comparado, podemos dejar a un lado la objeción apuntada para, conforme a la tesis central de la teoría pura, analizar el modelo de norma jurídica como necesariamente coactiva.

Hecha la aclaración, procedamos a analizar la definición de norma jurídica completa:

se puede representar la proposición o precepto jurídico completo o total como una especie de norma doble: “En determinadas condiciones un hombre determinado debe conducirse de un modo determinado: ahora bien, si no se comporta así entonces otro hombre —el órgano del Estado— debe practicar contra él de una manera determinada, un acto coactivo (pena o ejecución forzada)”.²⁶³

1) *La estructura lógico-formal de la norma jurídica*

Los elementos de la norma primaria son:

- 1) Un sujeto “x”.
- 2) Un acto antijurídico $\sim A$.
- 3) El hecho de que si algún sujeto realizara $\sim A$, será “x” y no otro quien lo realice.
- 4) Un nexo condicional establecido por imputación y por el que se estatuye un “deber ser”: “ $O \rightarrow$ ”.
- 5) Una sanción “ π ”, que deberá ser aplicada a “x” por haber incurrido en “ $\sim A$ ”.

Los elementos de la norma secundaria son:

- 1) El mismo sujeto “x”.

²⁶² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 79, p. 39.

²⁶³ Kelsen, Hans, *Compendio de...*, cit., nota 230, p. 126.

- 2) Un operador deóntico “O”.
- 3) La acción cualificada por el operador deóntico, *i. e.*, la conducta debida “OA”, que es precisamente el valor binario opuesto del acto antijurídico “ $\sim A$ ”.
- 4) El hecho de que, si algún sujeto debe “A” éste es “x” y no otro.

El elemento que une a la norma primaria con la secundaria es un functor lógico de conjunción “&”.

La representación de la norma jurídica completa es:

$$xOA \ \& \ x \sim A \ O \rightarrow \ xO\pi$$

La cual se puede leer: Sujeto “x”, debes realizar la conducta “A”, porque si no la realizas, deberás ser sancionado”.

Descomponiendo la fórmula, tendríamos la siguiente representación de la norma primaria: $x \sim A \ \Delta \rightarrow \ x\pi$. Que se lee: “Sujeto “x”, si realizas el acto $\sim A$, entonces, deberás ser sancionado”.

La representación de la norma secundaria sería: $x\Delta A$. Que se lee: sujeto “x”, debes hacer “A”.

Pasemos a analizar brevemente cada uno de los elementos estructurales de la norma jurídica primaria:

a) *La sanción*. Constituye, sin duda, el elemento característico de las normas jurídicas en el pensamiento kelseniano. Es un elemento clave para la distinción de las normas jurídicas respecto de otras normas. En este sentido, Kelsen es, como él mismo lo reconoce, un heredero del pensamiento de la teoría jurídica del siglo XIX:

La teoría jurídica del siglo XIX estuvo en lo general acorde en cuanto a que la norma jurídica sería una norma coactiva en el sentido de una norma que manda la coacción, y que justamente por eso se distingue de otras normas. En este punto la teoría pura del derecho prosigue la tradición de la teoría positivista del siglo XIX.²⁶⁴

Sin embargo, no es suficiente tampoco el criterio de la existencia de las sanciones para particularizar las normas jurídicas de otros tipos de normas ya que en otros sistemas normativos también suelen estar presentes:

Para apreciar la posibilidad de un sistema moral sin sanciones debe advertirse que cuando el sistema moral exige determinada conducta, exige si-

²⁶⁴ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 245, p. 52.

multáneamente que la conducta exigida a un sujeto sea aprobada por los otros, y la conducta contraria, en cambio, sea desaprobada... También la aprobación y desaprobación de los restantes miembros de la comunidad son percibidas como premio y pena, y pueden, por ende, ser entendidas como sanciones.²⁶⁵

La distinción no está, entonces, en la sanción, sino en el tipo de sanción de esas normas y la particular forma en que pueden ser aplicadas. Dichas normas son actos de fuerza aplicables por órganos del Estado aun contra la resistencia física del sujeto a quien se han de aplicar. Al respecto, nos dice Robert Walter:

En contra de la delimitación conceptual con ayuda de la sanción normativa, se puede objetar que también otros ordenamientos normativos conocen sanciones. La moral cristiana prevé, en caso de transgresiones sustanciales a sus mandatos, castigos en el más allá... Así pues, debemos caracterizar la sanción jurídica en forma algo más precisa, para poder distinguirla de otras «sanciones». Ello podría hacerse así: la sanción del derecho consistiría en actos organizados, terrenales, que deben ser realizados por el hombre.²⁶⁶

De esta manera, mediante la aplicación institucionalizada de sanciones, el derecho garantiza su eficacia como técnica de control social basada en la motivación indirecta de la conducta:

Pero si el derecho —considerado de modo puramente positivista— no es sino un orden coactivo exterior sólo será concebido entonces como una específica técnica social: el Estado social deseado será provocado, o se tratará de provocarlo, enlazando a la conducta humana contradictoriamente opuesta a ese estado, un acto coactivo (esto es, la privación coactiva de un bien: la vida, la libertad, un valor económico) como consecuencia.²⁶⁷

b) *El deber ser*. En la primera edición, a diferencia de lo que sucede en la segunda, Kelsen utiliza la expresión “deber” en su sentido habitual: “hay que señalar que en la obra de Kelsen, el *sollen* característico de la norma ha experimentado un profundo cambio semántico desde la prime-

²⁶⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 79, p. 41.

²⁶⁶ Walter, Robert, “Las normas jurídicas”, *Doxa*, Alicante, 1985, p. 111.

²⁶⁷ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, cit., nota 245, p. 56.

ra a la segunda edición de *Reine Rechtslehre...* En la primera edición (1934), el *sollen* se identifica con la significación habitual, propia del uso del lenguaje normal, del deber-ser”.²⁶⁸

Conforme a este sentido del deber ser, la función primordial de las normas jurídicas es la de mandar hacer algo, exigir que cierta conducta sea observada por una clase de sujetos. Sin embargo, hay que señalar que no es ésta la única función normativa, según el Kelsen de la primera edición, ya que también reconoce que pueden estatuir facultades:

todo proposición jurídica tiene que estatuir necesariamente un deber jurídico, aunque es posible que estatuya también una facultad ...Hay una facultad, cuando entre las condiciones de la consecuencia jurídica se incluye una manifestación de la voluntad dirigida hacia ella y emitida en forma de acción procesal o querella, del lesionado en sus intereses por la situación del hecho antijurídico.²⁶⁹

Como se puede ver, ya aquí se esboza muy sutilmente la idea de que el supuesto del que depende la verificación de la sanción jurídica puede constar de varias partes, una de las cuales puede ser una facultad. Esta idea volvería a aparecer en la segunda edición, dando lugar a la teoría de la norma jurídica independiente como constituida por varias normas jurídicas dependientes. Debe destacarse, no obstante, que la facultad, a diferencia del deber, es una función normativa contingente: “la facultad es sólo una estructura posible y en manera alguna necesaria del contenido del derecho objetivo, una técnica especial de que el derecho puede servirse, pero de la que no tiene necesidad de servirse”.²⁷⁰ Como ejemplo de la no necesidad de la facultad, Kelsen cita la función del ministerio público del derecho penal, que suple de oficio y de manera obligatoria la facultad de los particulares para querellarse.

Respecto de este deber ser, hay que resaltar que, según Kelsen, constituye un elemento de relación que pone en contacto de manera artificial dos hechos del mundo. Esta relación es denominada imputación: “Así como la ley natural enlaza una determinada situación de hecho como causa con otra como efecto, la ley jurídica enlaza la condición jurídica

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 132.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 78.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 79.

con la consecuencia jurídica... En un caso la forma del enlace de los hechos es la causalidad, en el otro la imputación”.²⁷¹ Por ejemplo, si un artículo de un código penal dice: “A quien cometa delito de homicidio se le impondrá una pena de cuatro a diez años de prisión”, la relación entre el hecho “privar de la vida a un semejante” y la consecuencia “deber ser sancionado con pena de cuatro a diez años de prisión” no es algo que ocurra en la naturaleza, como sucede si caliento agua a una temperatura superior a los 100° C, y entonces ésta ebulle. La relación “homicidio deber ser sancionado” es establecida artificialmente por la norma primaria consagrada en ese artículo.

c) *La conducta antijurídica*. Es el antecedente de cuya verificación depende que deba ser aplicado el consecuente o sanción al sujeto obligado. Cabe destacar que para Kelsen, a diferencia de Austin, el hecho antijurídico no es determinado por ser contrario a la voluntad de ningún soberano, sino, simplemente, por ser la condición de la sanción:

lo antijurídico no es el motivo del legislador, no es la circunstancia de que un hecho sea contrario a los deseos de la autoridad que establece las normas... sino única y exclusivamente, la posición del hecho cuestionado en la proposición jurídica: el ser la condición para la reacción específica del derecho, para el acto coactivo... Lo antijurídico es la conducta, determinada en la proposición jurídica como condición, de aquel hombre contra quien se dirige el acto coactivo estatuido en la proposición jurídica como consecuencia.²⁷²

2) *La estructura lógico-formal de la norma secundaria*

a) *La conducta debida*. Es el valor binario opuesto a la conducta antijurídica. Así, si la conducta antijurídica es “privar de la vida a un semejante”, la conducta debida será “no privar de la vida a un semejante”; si la conducta antijurídica es no pagar el precio pactado en el contrato, la conducta debida será pagar el precio pactado en el contrato, etcétera: “En relación con la situación fáctica establecida por ella (por la norma como debida —con la conducta que evita la coacción y que el orden jurídico tiene por fin— lo antijurídico, que es condición del acto coactivo, representa in-

²⁷¹ *Ibidem*, p. 48.

²⁷² *Ibidem*, p. 53.

dudablemente algo así como una negación, como una especie de contradicción”.²⁷³ En síntesis, la conducta debida es el valor binario opuesto, la negación, de aquella que funciona como antecedente en una relación condicional por imputación, cuyo consecuente es la sanción, *i. e.*, es el binario opuesto a la conducta antijurídica.

b) *El concepto de deber.* Una consecuencia interesante de la formulación de la norma secundaria está en que no aparece expresamente una definición del concepto de “deber” ni de la conducta que es cualificada deónticamente por esta expresión. Ambos conceptos son interdefinibles a partir del concepto de norma primaria. En este sentido, la indefinibilidad de “deber” como concepto independiente parece ser admitida por Kelsen de la misma manera que lo fue por Ross en su célebre trabajo *Tú-tú*.²⁷⁴

c) *El sujeto, elemento común a las normas primaria y secundaria.* Kelsen se ocupa poco de este concepto en relación con las normas jurídicas. Apenas dice algo sobre él al referirse a los ámbitos de validez de las normas jurídicas: “Junto al espacial y temporal puede distinguirse un ámbito de validez de las normas en cuanto a los hechos (*sachlichen*) o ámbito material... Y si se pregunta por los hombres cuya conducta es regulada, se puede también distinguir las normas de acuerdo a su ámbito personal de validez”.²⁷⁵ Por otra parte, Kelsen parece tener muy claro que, de la misma manera que un mismo actor (hombre biológicamente considerado) pueden representar diversos personajes, los hombres sometidos a un sistema jurídico pueden representar diversos “personajes jurídicos”, cada uno de los cuales constituye una clase lógica: “las normas de una moral universal se dirigen decididamente a todos los hombres, es decir, tienen un ámbito personal de validez por principio ilimitado; mientras que determinadas normas jurídicas sólo obligan o autorizan a ciertas categorías de hombres, es decir, sólo tienen un ámbito personal de validez de carácter limitado”.²⁷⁶ De esta manera, decir que un sujeto tiene el deber de realizar cierta conducta equivale a decir que si esa conducta es debida para alguien, lo es para una clase lógica determinada de sujetos y no para otra, lo que implica afirmar que para todos los miembros de esa clase vale la proposición según la cual si incurren en el acto antijurídico, entonces deberán ser sancionados.

²⁷³ *Ibidem*, p. 58.

²⁷⁴ Ross, Alf, *Tú-tú*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979.

²⁷⁵ Kelsen, Hans, *La teoría pura*, nota 275, p. 34.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 35.

3) *Propiedades metalógicas*

Para que una proposición prescriptiva pueda ser una norma jurídica, la satisfacción de: 1) la estructura expuesta y 2) la significación teórica atribuida por Kelsen a cada uno de los elementos de esa estructura son propiedades necesarias, pero no necesarias y suficientes. Además de éstas, se deben satisfacer otras propiedades metalógicas. Veamos cuáles:

a) *La existencia de la norma*. Una proposición prescriptiva es una norma jurídica si, además de las propiedades relativas a la estructura apuntada y la significación a ella atribuida, es una norma jurídicamente existente. Para que una norma sea jurídicamente existente, es necesario que cumpla con otras propiedades, como son la validez y su pertenencia a un sistema jurídico mínimamente eficaz.

b) *La validez*. Una norma es jurídicamente válida cuando ha sido creada de conformidad con lo establecido por una norma jerárquicamente superior, la cual, a su vez, lo ha sido de conformidad con otra, y así sucesivamente, hasta llegar a la Constitución, y más allá de ésta a una norma hipotético-fundamental o *Grundnorm* que reza: “Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación”.²⁷⁷

c) *La pertenencia a un sistema jurídico mínimamente eficaz*. Un sistema jurídico es eficaz cuando, en su conjunto, opera en el mundo empírico. Que una norma jurídica sea ineficaz no implica que no sea válida si pertenece a un sistema eficaz en su conjunto:

Del hecho de que la validez de un orden jurídico, en cuanto validez de un sistema cerrado de normas jurídicas dependa de su eficacia... no se infiere que también la validez de una norma jurídica singular esté en la misma relación de dependencia, respecto a su eficacia. La validez de un orden jurídico como totalidad no es afectada, por cierto, porque alguna norma jurídica singular de este sistema carezca de eficacia. Ésta sigue siendo válida, porque y en cuanto se encuentra en la serie de actos creadores de un orden válido.²⁷⁸

Que un mínimo de eficacia del sistema es presupuesto para que una norma pueda ser válida es obvio si consideramos que una norma no podría haber sido creada de conformidad con lo establecido en otra norma jerár-

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 98.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 106.

quicamente superior si no hubiera operado en el mundo de los hechos el procedimiento legislativo previsto por dicha norma, lo cual implica ya cierta eficacia del sistema. Desde el momento en que una norma puede ser válida, aunque nos sea eficaz, se sigue que la validez y la eficacia respecto de las normas jurídicas singulares son conceptos que no se implican.

Antes de pasar a analizar el segundo modelo normativo kelseniano debe destacarse que, como es fácil constatar, existe cierta semejanza en la estructura lógica de los mandatos de Austin y la norma completa de Kelsen. Ambas presentan *a)* un sujeto; *b)* un operador deóntico para la conducta exigida a ese sujeto; *c)* una realización de conjunción con otra proposición condicional en cuyo antecedente se encuentra el valor binario opuesto a la conducta exigida y como consecuencia una sanción a aplicar al sujeto a quien se dirige la norma en caso de que se realice la conducta prohibida.

Sin embargo, esas semejanzas no deben confundirse, pues dentro de la misma estructura lógica aparecen diferencias importantes, como sucede con el functor lógico condicional de las normas de Kelsen, que no tiene equivalente con el modelo de Austin y con la especificación del carácter necesario de las normas primarias con relación a las secundarias, también de Kelsen, en contraste con la preeminencia del mandato de Austin. Pero donde se encuentra el núcleo más importante de diferencias entre ambos modelos es en las propiedades metalógicas y en el significado teórico de cada uno de los elementos de las respectivas estructuras lógicas.

d. Normas jurídicas dependientes e independientes (el segundo modelo normativo)

1) Estructura lógica-formal de la norma independiente

El modelo teórico kelseniano expuesto en la primera edición de *La teoría pura*, sufrió grandes modificaciones en la segunda edición. Ahí, Kelsen deja de concebir a la norma jurídica completa como la simple unión de una norma primaria y una secundaria, para concebirla como una norma independiente integrada por la unión de diversas normas dependientes. La razón atribuida a este cambio ha sido que el mismo Kelsen se percató de que su construcción teórica era satisfactoria para explicar úni-

camente parte de la totalidad de lo que estaríamos dispuestos a identificar como normas jurídicas en un sistema jurídico positivo:

las normas de comportamiento dotadas de obligación estaban en principio situadas en un primer plano en cuanto a la construcción conceptual de la teoría pura del derecho. Para muchas normas jurídicas, por ejemplo, para las normas penales, este concepto de norma resulta muy adecuado. Pero —comprensiblemente— muy pronto surgió la cuestión que si este concepto resultaba también apropiado para el derecho constitucional (y para el derecho procesal). Pues en estos sectores jurídicos, no parece tratarse ya aparentemente, del mandato de un determinado comportamiento y de la amenaza de la sanción para el caso de su infracción.²⁷⁹

En el mismo sentido, Nino:

del desarrollo anterior de las normas secundarias surge que una norma con carácter de deber y cuyo contenido no sea un acto coercitivo sólo es una norma jurídica si constituye una norma secundaria que derive de alguna norma primaria... Esto nos coloca frente a una grave cuestión que debe enfrentar Kelsen. Resulta que si observamos el contenido de cualquier sistema jurídico, encontramos una serie de enunciados normativos cuyo contenido no son actos coercitivos.²⁸⁰

Sobre el tema, se expresa Robles:

Esta estricta concepción del *sollen* (se refiere a la primera edición) impedía, no obstante, una explicación satisfactoria de aquellas normas que no imponían expresa y directamente un deber jurídico, como las que es usual denominar normas interpretativas, normas permisivas, normas potestativas, normas derogatorias, normas organizativas, etcétera.²⁸¹

La formulación con la que Kelsen pretendió resolver estos problemas se puede resumir en la tesis según la cual todas esas normas que no imponen obligaciones de manera directa no son sino partes del antecedente de una norma jurídica completa: cada una de esas partes es llamada “norma dependiente”, y a la estructura integrada por el conjunto de normas

279 Walter, Robert, “Las normas jurídicas”, *cit.*, nota 266, p. 111.

280 Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis...*, *cit.*, nota 2, p. 86.

281 Robles, Gregorio, *Epistemología y derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, p. 132.

dependientes o norma completa, “norma independiente”. Conforme a este criterio, en un sistema jurídico habría tantas normas independientes como sanciones contuviera. A continuación me tomaré el atrevimiento de reproducir la explicación ofrecida por Robles acerca del funcionamiento de las normas dependientes e independientes. A pesar de que la cita es extensa, considero oportuno reproducirla por su valor didáctico:

Designemos con N1 a la primera norma dependiente y con N2 a la segunda norma dependiente. La suma de N1+ N2 proporciona, como resultado, la norma completa e independiente, cuya designación es N. Así:

$$N = N1 + N2$$

Supongamos, por ejemplo, que N1 prohíbe el comportamiento A1 y que N2 prevé una sanción B que debe ser impuesta al individuo que realiza el comportamiento previsto en N1. La norma independiente N que resulta de la suma de las normas dependientes N1 y N2 es una unidad que expresa en su conjunto la sanción que debe imponerse al individuo que realiza el comportamiento prohibido:

N1 dice: no se debe A (A = hacer, no hacer X)

N2 dice: el individuo que haga lo prohibido en N1 deberá ser sancionado con la sanción B.

Entonces, la suma $N = N1 + N2$ puede expresarse: Si A, debe ser B. Supongamos otra hipótesis, esta vez en relación con la llamada norma potestativa (o permisiva en sentido positivo). N1 impone una sanción determinada al individuo que realice un comportamiento determinado; N2 permite, no obstante, a determinados individuos (a todos aquellos que cumplan la condición Z) realizar el comportamiento prohibido por N1. Aparentemente, pues, y sólo aparentemente, la norma N1 es una norma independiente al prever tanto el comportamiento como la sanción imposible. La norma N2 limita el alcance de la imposibilidad de la sanción y, por consiguiente, completa la norma N1. La norma N que es el resultado de la suma $N1 + N2$ dirá: todos los individuos que realicen un comportamiento determinado A deberán ser sancionados con una sanción determinada B (contenido de la norma N1), excepto los individuos que cumplan la condición Z. La norma N1, pues, no se entiende desde sí misma, no es una norma independiente, sino que es preciso su conexión con la norma N2, siendo sólo la suma, esto es, la norma N1 la verdadera norma independiente.²⁸²

282 *Ibidem*, pp. 134-136.

Un ejemplo simplificado de norma completa según Kelsen sería el siguiente:

Si la mayoría simple de un cuerpo integrado por los representantes electos del pueblo ha establecido un enunciado que dice el que mata será castigado con prisión de 8 a 25 años; si otro cuerpo integrado por los representantes de las provincias ha formulado un enunciado similar; si un funcionario elegido por el cuerpo electoral lo ha promulgado y hecho publicar; si alguien ha matado; si un funcionario lo ha acusado ante otro designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado con la función de resolver este tipo de asuntos; si el acusado ha prestado declaración indagatoria y un abogado elegido por él lo ha defendido; si se dio oportunidad para que se ofrezcan pruebas; si tales pruebas son suficientes según determinados criterios; si el hecho no se produjo en legítima defensa o por error, etcétera; si se da todo eso, el acusado debe ser condenado por juez a cumplir entre 8 y 25 años de prisión.²⁸³

Conforme a lo dicho hasta aquí, la representación lógica de la norma jurídica independiente sería la siguiente:

$$“x” \sim A \ \& \ N1 \ \& \ N2 \ \& \ N3 \ \& \ Nn... \ O \rightarrow x \ O \ \pi$$

Que puede leerse: si el sujeto “x” incurre en el acto antijurídico $\sim A$ y además se satisfacen las normas N1, N2, N3, etcétera, entonces el sujeto “x”, debe ser sancionado. Desde luego, los funtores lógicos entre las distintas normas dependientes (incluyendo entre ellas a “x” $\sim A$) no tienen que ser necesariamente de conjunción (&), puede serlo también de disyunción (V).

Si he empleado una representación con funtores de conjunción ha sido sólo a efecto de simplificación. Un ejemplo de norma independiente con un functor lógico de disyunción entre dos normas dependientes podría ser el siguiente: si un sujeto es mayor de edad y está en pleno goce de sus facultades mentales y comete un homicidio y éste se cometió sin que existiera eximente de responsabilidad (defensa propia, estado de necesidad, error insuperable, obediencia a un superior jerárquico, etcétera) y si el delito hubiera sido denunciado por cualquier afectado o si hubiere

283 Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis...*, cit., nota 2, p. 86.

ejercitado la acción penal por el Ministerio Público y se hubiera seguido el juicio correspondiente, etcétera, entonces, el homicida debe ser sancionado con una pena que irá de cuatro a diez años de prisión.

Como puede verse, aunque Kelsen no nos habla expresamente de las normas completas, como la unión de una norma primaria y una secundaria, la noción permanece de manera implícita, con la única diferencia de que el antecedente de la norma primaria puede estar constituido por diversas normas dependientes en vez de limitarse a la conducta antijurídica. Nada impedirá representar la norma independiente agregándole la norma secundaria en la que se estableciera la conducta debida:

$$("x"OA) \& ("x" \sim A \& N1 \& N2 \& N3 \vee N4 \dots O \rightarrow "x" O\pi)$$

La cual puede leerse: sujeto "x", debes realizar la conducta "A", porque si no la realizas (*i. e.*, si incurres en el hecho antijurídico) y además se cumple con lo establecido por las normas N1, N2, N3, etcétera, entonces, deberás ser sancionado.

Que Kelsen sigue teniendo presente el modelo de la norma jurídica completa como unión de una norma primaria y una secundaria en la segunda edición de *La teoría pura* se pone de manifiesto en el siguiente pasaje:

e) Normas jurídicas no independientes. Ya en otro contexto se señaló que cuando una norma obliga a determinada conducta, y una segunda norma estatuye una sanción para el caso de no observancia de la primera, ambas se encuentran entrelazadas entre sí esencialmente... Si un orden jurídico —por ejemplo una ley dictada por el parlamento— contiene una norma que prescribe una determinada conducta y otra que enlaza al incumplimiento de la primera una sanción, la primera no constituye una norma independiente.²⁸⁴

Al lado de la conducta antijurídica, Kelsen coloca a las demás normas dependientes, lo que prueba que el modelo de la norma completa como producto de la unión de normas primarias y secundarias permanece, sólo que reformulado:

²⁸⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79, p. 67.

un orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede con todo ser caracterizado como un orden coactivo, en cuanto todas las normas que de por sí no estatuyen actos coactivos, y que por tanto, no imponen obligaciones, sino que sólo facultan o permiten positivamente la producción de normas, son normas no independientes que sólo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo.²⁸⁵

Kelsen explica expresamente que la teoría de la norma jurídica independiente es presentada como reacción contra las posturas que sostienen que puede haber normas jurídicas sin sanción:

contra la definición del derecho como orden coactivo... se hará valer que los órdenes jurídicos históricamente dados contienen de hecho normas que no estatuyen ningún acto coactivo... La definición del derecho como orden coactivo puede también sustentarse, pese a las normas que facultan una conducta carente del carácter de acto coactivo, o que permiten positivamente tal conducta, en cuanto tales normas son normas no independientes que se encuentran en unión esencial con normas que estatuyen actos coactivos.²⁸⁶

2) *Los elementos estructurales de la norma independiente*

Al igual que en el primer modelo, se repiten aquí *a)* el sujeto; *b)* la conducta debida; *c)* la conducta antijurídica; *d)* el conector lógico condicional “deber ser”, y *e)* la sanción. Se agregan como nuevos elementos las demás normas dependientes. Sin embargo, no obstante la permanencia de ciertos elementos sintácticos, hay importantes modificaciones en cuanto a su significado teórico, como veremos a continuación.

a) La sanción. En la segunda edición la sanción sigue siendo fundamental en el concepto de norma, de tal suerte que sólo tenemos una sanción como consecuente respecto de una o varias normas dependientes como antecedente. Sin embargo, también se hacen algunas consideraciones respecto de la sanción, que no se habían hecho anteriormente. En primer lugar, se reconoce que la sanción no es sino una especie de acto coactivo, *i. e.*, no toda norma que consagra una coacción consagra una sanción. El ejemplo concreto está en aquellas normas que imponen actos coactivos como la suspensión de la libertad, no como consecuencia de un acto anti-

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 70.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 64.

jurídico, sino una vez que se ha verificado una determinada condición jurídica. A ellas se refiere Kelsen cuando dice:

Los sistemas jurídicos modernos prescriben la internación coactiva de enfermos mentales socialmente peligrosos en hospicios, y la de enfermos contagiosos en hospitales. Aquí también corresponde mencionar la expropiación coactiva de bienes, cuando el interés público lo exige... se trata de actos de coacción que no están ligados, como consecuencia, a una acción u omisión determinada, jurídicamente establecida... no tienen como condición un acto ilícito o delito.²⁸⁷

Otra alusión interesante respecto de la sanción es la que hace Kelsen sobre la imposibilidad de una remisión infinita en la aplicación de sanciones:

El cumplimiento de la sanción es obligatorio, es contenido de una obligación jurídica, cuando su omisión es convertida en condición de una sanción. Si tal cosa no sucede, sólo puede valer como facultativa, pero no también como obligatoria. Como no puede tratarse en esto de un regreso infinito, la última sanción en esta secuencia sólo puede estar autorizada (ser facultativa), pero no ser obligatoria.²⁸⁸

Como puede verse, la introducción del concepto de normas dependientes permite a Kelsen resolver muchos de los problemas que parecían irresolubles en la primera edición.

En ella, la existencia de actos coactivos no sancionatorios y el problema de la imposibilidad de la remisión infinita en la aplicación de sanciones constituían contraargumentos irrefutables contra la tesis según la cual el derecho se compone sólo de normas jurídicas que contienen sanciones.

b) *El deber y la clasificación de las normas conforme a sus funciones.* A diferencia de lo que sucedía en la primera edición, donde el término “deber” era empleado en su acepción habitual, *i. e.*, como equivalente a orden, en la segunda edición su significado es ampliado mediante una estipulación teórica.

En el nuevo sentido se incluyen, además de la función imperativa, tres nuevas, que son la facultativa, la permisiva y la derogatoria:

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 54.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 39.

deber es utilizada aquí en un significado más extenso que el usual. Conforme a los usos corrientes lingüísticos, un “deber” sólo tiene correspondencia con el ordenar algo; el estar permitido, con la permisión; el “puede”, con una autorización. Aquí, empero, designaremos con “deber” el sentido normativo de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro. En el término “deber” está comprendido el estar permitido y el estar facultado. Puesto que una norma puede no sólo mandar algo, sino también permitirlo y especialmente autorizarlo.²⁸⁹

A partir de esta estipulación, Kelsen define la norma (en realidad norma jurídica) de la siguiente manera: “«Norma» es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite, y en especial, se autoriza, un comportamiento”.²⁹⁰ Cabe destacar que, aunque no las incluye expresamente ni al referirse a las diversas funciones normativas comprendidas por ‘deber’ en su definición de “norma”, Kelsen también considera como funciones normativas a otras tres, que son: la derogatoria, la definitoria y la interpretativa. Respecto de la función derogatoria nos dice: “También esas normas derogatorias, son normas independientes, ya que sólo pueden ser entendidas conjuntamente con otras que estatuyen actos coactivos”.²⁹¹ Es de destacar que esta ampliación del sentido de ‘deber’ es básicamente la misma que adopta en la *Teoría general de las normas*. Ahí puede leerse:

*Comandare non è però l'unica funzione. Una norma può non solo comandare ma anche autorizzare un certo comportamento; e infine eliminare la validità di un'altra norma, cioè derogare a un'altra norma. Oltre a ciò, anche il permettere viene visto come una funzione normativa. Se la «norma» viene definita come un certo significato (oppure come contenuto del significato) e questo significato viene definito nel senso che qualcosa «deve» essere o «deve» accadere, in particolare che un uomo deve comportarsi in un certo modo, il verbo «dever essere» viene usato con un significato più ampio del solito.*²⁹²

289 *Ibidem*, p. 19.

290 *Idem*.

291 *Ibidem*, p. 68.

292 “Mandar no es, sin embargo, la única función. Una norma puede no sólo mandar sino también autorizar cierto comportamiento, y asimismo eliminar la validez de otra norma, esto es, derogar otra norma. Por otra parte, también el deber es visto como función normativa. Si la «norma» viene definida como un cierto significado (o como contenido del significado) es este significado el que viene definido en el sentido de que algo «debe» ser o «debe» suceder,

Acerca de las funciones definitoria e interpretativa se refiere Kelsen en los siguientes términos: “A las normas no independientes pertenecen, por fin, aquellas que determinan con mayor especificidad el sentido de otras normas, en cuanto definen un concepto utilizado en la formulación de otra norma, o interpretan de otra manera auténticamente una norma”.²⁹³

Conforme a la nueva estipulación, la clasificación de las normas jurídicas según sus funciones sería: normas obligatorias, normas permisivas, normas facultativas o autoritativas, normas derogatorias, normas definitivas y normas interpretativas. Todas ellas dependientes.

A pesar de que en el desarrollo de este epígrafe seguiré básicamente el modelo normativo expuesto por Kelsen en la segunda edición de *La teoría pura*, complementaré la exposición de las distintas funciones normativas potenciándola hasta sus últimas consecuencias, *i. e.*, según las presentó en su obra póstuma: *Teoría general de las normas*.

Sin ánimos de exhaustividad y sólo a título informativo, veamos en qué consiste cada uno de estos tipos de normas dependientes.

Las normas obligatorias. Se corresponden con las normas jurídicas secundarias y son aquellas que establecen la conducta debida por un cierto sujeto, *i. e.*, el valor binario opuesto a aquella que es el acto antijurídico. A ellas se refiere Kelsen cuando dice:

Ya en otro contexto se señaló que cuando una norma obliga a determinada conducta, y una segunda norma estatuye una sanción para el caso de no observancia de la primera, ambas se encuentran entrelazadas entre sí esencialmente. Ello sucede, especialmente, cuando un orden normativo —como un orden jurídico— obliga a una determinada conducta, justamente en cuanto enlaza a la conducta contraria un acto coactivo, una sanción.²⁹⁴

Repitiendo lo dicho en la primera edición, Kelsen insiste en que las normas secundarias son superfluas desde el punto de vista de la técnica legislativa, y da algún ejemplo: “se ve claramente que la norma que establece: «No debes matar» es superflua, si existe una norma válida que establezca que: «Quien mate, será sancionado penalmente»”.

en particular que un hombre debe comportarse de cierto modo, el verbo «deber ser» es usado con un significado más amplio que de costumbre”. Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, Mario G. Losano (ed.), trad. de Mirella Torre, Turín, Giulio, p. 157.

²⁹³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79, p. 70.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 67.

En la *Teoría general de las normas*, Kelsen complementaría su concepción de las normas obligatorias estableciendo que a pesar de que comúnmente se considere que “mandar” y “prohibir” son verbos que cumplen funciones distintas, lo cierto es que cumplen una misma función referida a comportamientos diferentes: “*Dal punto di vista linguistico si fa una distinzione fra «comandare» e «vietare». Questi verbi non indicano due funzioni differenti, bensí un'unica funzione, referita a comportamenti differenti: un'azione a l'omissione di questa azione*”.²⁹⁵ Consecuentemente, mientras las órdenes tienen como finalidad prescribir u ordenar la realización de una conducta, las prohibiciones ordenan o prescriben la omisión de una conducta.

Podemos decir que mientras unas imponen una obligación de hacer, las otras imponen una obligación de omitir. Poniendo a las normas preceptivas y prohibitivas en contacto con la norma primaria tendríamos los siguientes ejemplos en orden respectivo: “Sujeto ‘x’, debes pagar tus deudas conforme a lo pactado en contratos válidos, ya que si no pagas tus deudas conforme a lo pactado en contratos válidos, deberás ser sancionado”. A la cual correspondería la siguiente norma prohibitiva: “Sujeto ‘x’, debes omitir el no pagar tus deudas de conformidad con lo pactado en contratos válidos ya que si no omites no pagar tus deudas de conformidad con lo pactado en contratos válidos, deberás ser sancionado”. Nótese que en ambos casos la norma primaria es exactamente la misma, debido a que, en realidad, según la definición kelseniana, mandato y prohibición cumplen la misma función. El ejemplo dado por el mismo Kelsen es: “*Il divieto «Non si deve rubare» equivale al comando «Si deve omettere rubare»*”.²⁹⁶

a) *Las normas permisivas*

En la segunda edición de *La teoría pura*, Kelsen ya hablaba de cierto tipo de normas dependientes, caracterizadas por delimitar el ámbito de validez de otra norma jurídica que prohibía la conducta para la cual se

²⁹⁵ “Desde el punto de vista lingüístico se hace una distinción entre «mandar» y «prohibir». Estos verbos no indican dos funciones diferentes, sino una única función, referida a comportamientos diferentes: una acción o la omisión de esta acción”. Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, cit., nota 291, p. 156.

²⁹⁶ “«No se debe robar» equivale al mandato «Se debe omitir»”. Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, cit., nota 291, p. 56.

establecía la permisión: “Normas jurídicas no independientes son también aquellas que permiten positivamente una determinada conducta. Puesto que sólo delimitan el dominio de validez de una norma jurídica, que prohíbe esa conducta al enlazar a la contraria una sanción”.

Un ejemplo de este tipo de normas podría ser el siguiente: supóngase una norma N1 que dice: “Quienes sean declarados no aptos por incapacidad física o mental, en las condiciones prescritas por la legislación militar, liberarán su servicio militar sin prestar servicio activo”. Supóngase ahora la norma N2 siguiente: “Todos los mexicanos mayores de edad deberán cumplir con su servicio militar”. Como puede verse, la primera norma (la permisiva) sólo tiene sentido si es interpretada en relación con la segunda (obligatoria) respecto de la cual constituye una excepción. A su vez, ambas tienen sentido como parte de una norma jurídica independiente que dijera: “Todos los mexicanos mayores de edad, salvo los que sean declarados no aptos física o mentalmente conforme a lo prescrito en la legislación militar, deberán prestar su servicio militar, ya que de no hacerlo deberán ser sancionados con una pena de prisión que irá de los cuatro a los seis años”.

En la segunda edición de *La teoría pura*, Kelsen apenas presta atención a las llamadas permisiones negativas: “La función de la permisión meramente negativa, consistente en que el orden jurídico no prohíba determinada conducta, no entra aquí ya en juego, puesto que la permisión resulta aquí de una norma positiva”.

Los conceptos de permisión positiva y permisión negativa son retomados por Kelsen en la *Teoría general de las normas*. El concepto de permisión positiva es prácticamente el mismo, salvo por el hecho de que se pone más énfasis en su analogía con una derogación parcial respecto de la norma cuyo ámbito de validez delimita:

*Permettere in un senso positivo non è la funzione diretta della norma che abolisce limita la validità di una norma è invece la sua funzione indiretta perché l'essere permesso di un comportamento è la conseguenza del fatto che il divieto di questo comportamento (o il comando di omettere questo comportamento) viene abolito o limitato.*²⁹⁷

²⁹⁷ “Permitir un sentido positivo no es la función directa de la norma que limita la validez de otra norma; es su función indirecta porque el estar permitido un comportamiento es la consecuencia del hecho de que la prohibición de este comportamiento (o el mandato de omitir este comportamiento) es abolido o limitado”. Kelsen, Hans, *Teorie generale delle norme*, cit., nota 291, p. 15.

Respecto de la permisión negativa, Kelsen es más explícito en su obra póstuma que en la segunda edición de *La teoría pura*. Para él, decir que una conducta está permitida de modo negativo equivale a decir que ella no está ordenada, prohibida, autorizada ni permitida en sentido positivo por el derecho, *i. e.*, su realización es libre desde el punto de vista del derecho, no es una conducta jurídicamente regulada:

Dire che una certa condotta è in questo senso «permessa», significa che non esiste alcuna norma che prescriva o vieti, permetta o autorizzi questo comportamento. «Permettere» in questo senso negativo non è quindi minimamente la funzione di una norma. Non esiste un «permettere» in questo senso negativo come funzione di una norma; esiste soltanto un essere permesso quale proprietà di un comportamento che non costituisce oggetto di nessuna norma; ad esempio respirare, pensare.²⁹⁸

b) Normas autorizativas o facultativas²⁹⁹

Son las normas diferentes a las que imponen sanciones, que por primera vez son mencionadas en el pensamiento kelseniano. Ya en la primera edición de *La teoría pura* se refiere Kelsen a ellas, concibiéndolas como tipos de normas jurídicas que confieren derecho políticos: “Hay una facultad cuando entre las condiciones de la consecuencia jurídica se incluye una manifestación de voluntad dirigida hacia ella y emitida en forma de acción procesal o de querrela del lesionado en sus intereses por la situación de hecho antijurídica”.³⁰⁰

Como puede verse, y tal como hemos resaltado en otro lugar, ya aquí se encuentra el germen de la teoría de la norma jurídica independiente. La manera en que, por virtud de las normas que confieren facultades, se puede contribuir en la producción normativa es mediante el ejercicio de

²⁹⁸ “Decir que una cierta conducta está en este sentido «permitida», significa que no existe ninguna norma que prescriba o prohíba, permita o autorice este comportamiento, «permitir» en este sentido negativo no es mínimamente la función de una norma. No existe un «permitir» en este sentido negativo como función de una norma; existe solamente un estar permitido como propiedad de un comportamiento que no constituye objeto de ninguna norma, por ejemplo, respirar, pensar”. Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, *cit.*, nota 291, p. 157.

²⁹⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79, p. 68.

³⁰⁰ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 245, p. 78.

acciones procesales que habrán de desembocar en sentencias judiciales o normas jurídicas individualizadas. En ese sentido nos dice Kelsen que si los derechos políticos

se caracterizan por conceder al facultado una participación en la formación de la voluntad estatal, también el derecho subjetivo privado es entonces un derecho político, pues también hace tomar parte al facultado en la formación de la voluntad del Estado. Ésta se expresa en la norma individual de la sentencia judicial no menos que en la norma general de la ley.³⁰¹

La misma noción de facultad pasa a la segunda edición, donde las normas que la confieren son expresamente definidas como normas dependientes: “también las normas que facultan una determinada conducta son normas no independientes, mientras se entienda por “facultar” otorgar a un individuo un poder jurídico, es decir, conferirle el poder de producir normas jurídicas. Puesto que sólo determinan una de las condiciones a las cuales, una norma independiente, enlaza el acto coactivo”.³⁰² En esta edición expresamente quedan incluidas, dentro de la categoría de normas facultativas, las de la Constitución que regulan los procedimientos judiciales y de justicia administrativa.³⁰³

En su *Teoría general de las normas*, Kelsen amplía su tratamiento de las normas autorizativas o facultativas señalando con toda claridad que es característico de ellas ser “inviolables” desde el momento en que no son condiciones para la aplicación de una sanción, *i. e.*, no estar prohibidas, y además, que los actos cuyo sentido subjetivo sea la aplicación o creación de una norma, que no correspondan con un sentido objetivo por no estar efectivamente facultados por una norma, son nulos:

Una norma giuridica autorizza certi individui a produrre o applicare norme giuridiche... Un individuo che non ne abbia l'autorizzazione non può produrre o applicarsi diritto. I suoi atti non hanno oggettivamente il carattere di produzione o di applicazione del diritto anche se soggettivamente non è il loro senso oggettivo. Questi atti non hanno —come si dice— alcun effetto giuridico; sono nulli, cioè non esistono sul piano giuridico. Quindi non «violano» neppure una norma giuridica in vigore. A meno che

³⁰¹ *Ibidem*, p. 82.

³⁰² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79, p. 68.

³⁰³ *Ibidem*, p. 69.

*la statuizione di tali atti sia giuridicamente vietata, sia cioè condizione di una sanzione. Essi violano allora questo divieto.*³⁰⁴

Aunque la cita es demasiado extensa he considerado necesario reproducirla, ya que en ella creo encontrar una ambigüedad lingüística en el uso de “prohibido” por parte de Kelsen. Como se recordará de lo expuesto anteriormente, para Kelsen la prohibición equivale a una orden sólo que en relación con una conducta de tipo negativo. Como resaltamos en su momento, el lugar ocupado por la prohibición, desde esa acepción, en el esquema de la norma independiente correspondía a la norma secundaria y no a la conducta antijurídica. Conforme a lo dicho, el lugar de la prohibición era el siguiente: “Debes omitir robar”,³⁰⁵ si no omites robar, entonces deberás ser sancionado. Sin embargo, en el apartado dedicado a las normas autorizativas (sólo a once páginas de distancia del primer sentido de prohibido) Kelsen ubica a la conducta prohibida en el lugar de la conducta antijurídica, *i. e.*, como antecedente de la sanción y no ya como conducta debida.

En todo caso y dejando de lado la ambigüedad apuntada, debe resaltarse que para Kelsen ya ocupan un papel importante las normas que en vez de dar lugar a sanciones pueden dar lugar a nulidades. Esta característica debe tenerse presente para cuando consideremos las reglas secundarias de Hart e incluso, las técnico-convencionales de Robles.

c) *Normas derogatorias*

La última de las funciones normativas que tiene un tratamiento paralelo en la segunda edición de *La teoría pura y la Teoría general de las normas* es la derogatoria.

Así, en la segunda edición puede leerse: “Así como una norma jurídica puede limitar el dominio de validez de otra (se refiere a las permisivas positivas) también pueden eliminar completamente la validez de otra.

³⁰⁴ “Una norma jurídica autoriza a cierto individuo a producir o aplicar normas jurídicas... Un individuo que no tenga la autorización no puede producir o aplicar derecho. Sus actos no tienen objetivamente el carácter de producir o de aplicar del derecho. Estos actos no tienen —como se dice— ningún efecto jurídico. En estos casos no se «viola» ninguna norma jurídica en vigor. Salvo en el caso de que la realización de tales actos esté jurídicamente prohibida, o sea condición de una sanción”. Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, *cit.*, nota 291, p. 167.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 156.

También esas normas derogatorias son normas no independientes, que sólo pueden ser entendidas conjuntamente con otras que estatuyen actos coactivos”.³⁰⁶

En la *Teoría general de las normas* puede leerse:

*Una funzione normativa estremamente particolare è quella che consiste nell' abrogare la validità di un'altra norma, il che viene definito deroga... La funzione di una norma soltanto derogatoria non è, come quella di altre norme, il comandare, l'autorizzare, il permettere un certo comportamento. Essa non afferma che in presenza di certe condizioni deve verificarsi un certo comportamento; abroga invece il fatto che sia dovuto un comportamento stabilito in una norma fino a quel momento valida. Essa statuisce non un dover essere, bensì un non-dover-essere.*³⁰⁷

Las normas definitivas e interpretativas no vuelven a ser expuestas en la Teoría general de las normas.

Crítica al segundo modelo normativo kelseniano

Una vez analizada la estructura de la norma independiente de Hans Kelsen, y el significado teórico de sus elementos, parece oportuno exponer los criterios conforme a los cuales se puede identificar una norma jurídica desde una perspectiva estructural. Ello nos brindará la oportunidad de poner de relieve ciertos problemas de la concepción estudiada.

Como primer intento ensayemos la definición siguiente: una norma es una norma jurídica dependiente si cumple con alguna de las siguientes funciones: 1) impone una obligación; 2) confiere una facultad; 3) establece una permisión positiva; 4) deroga otra norma del mismo sistema al que pertenece; 5) define; 6) establece en que sentido hay que interpretar una norma del mismo sistema al que pertenece y si, además, puede incluirse en

³⁰⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, nota 79, p. 68.

³⁰⁷ “Una función normativa extremadamente particular es la que consiste en abrogar la validez de otra norma... La función de una norma derogatoria no es, como la de las otras normas, el mandar, el autorizar, el permitir un cierto comportamiento. Ella no afirma que en presencia de ciertas condiciones debe verificarse cierto comportamiento; abroga el hecho de que sea debido un comportamiento establecido en una norma hasta el momento válido. Ella establece no un deber ser, sino un no-deber ser”. Kelsen, Hans, *Teoría generale delle norme*, cit., nota 235, p. 170.

una estructura lógica tal que funcione como condición para la aplicación de una sanción, *i. e.*, si forma parte de una norma jurídica independiente.

Desde luego, algo falla en nuestra definición, y es que en ella se da por presupuesta, injustificadamente, una absoluta correspondencia entre la categoría genérica “norma” y el género próximo de la especie “norma jurídica”, el cual, a su vez, debería funcionar como género próximo en cada una de las subespecies “normas jurídicas dependientes”. Veamos si es posible la justificación de esta presuposición.

Como se vio en su momento y en correspondencia con los usos normales del lenguaje, solemos asociar a la palabra “norma” la idea de prescripción. Mediante una norma se nos dice algo que tiene como finalidad influir en nuestra conducta en algún sentido. Conforme a esto, hemos considerado aceptable ubicar a las normas dentro de la categoría lingüística de las proposiciones prescriptivas. Nada sorprendente hay en ello.

Como también se vio en su momento, según el Kelsen de la segunda edición de *La teoría pura*, las normas tienen como finalidad orientar la conducta: “«Norma» es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento”.³⁰⁸ Al parecer no hay ningún inconveniente en sostener que Kelsen hubiera admitido que, conforme a lo dicho por él mismo, las normas son proposiciones prescriptivas. Conforme a esto, la categoría más general, en la que quedarían encuadradas las normas, sería la de proposiciones prescriptivas. Dentro del género “normas” cabría englobar diversas especies, una de las cuales son las normas jurídicas, y a cuya diferenciación respecto de los demás tipos de normas, Kelsen dedica buena parte de su teoría.

Dentro del género “normas jurídicas” Kelsen distingue dos grandes especies: las dependientes y las independientes. Pues bien, siendo las normas dependientes especies de normas jurídicas y siendo las normas jurídicas especies de normas y siendo las normas especies de proposiciones prescriptivas, sería de esperar que todas las normas dependientes pudieran ser encuadradas dentro de la categoría de proposiciones prescriptivas.

Sin embargo, es aquí donde comienzan las dificultades, ya que, si bien es cierto que tanto las normas permisivas, como las facultativas y las obligatorias tienen un claro carácter prescriptivo, no podemos decir lo mismo de las definitivas, las derogatorias ni las interpretativas. ¿Qué función prescriptiva puede tener una definición?; ¿acaso no solemos

³⁰⁸ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79, p. 19.

identificarla más con funciones cognoscitivas que con funciones prescriptivas?; ¿en qué sentido el dejar sin efecto una norma puede ser entendido como una prescripción?; ¿acaso no el mismo Kelsen nos habla de un no-deber?; ¿en qué sentido las normas interpretativas pueden considerarse prescriptivas y además, con un carácter prescriptivo distinto al facultativo, permisivo u obligatorio?

A pesar de que, como veremos más adelante, algunos autores han intentado responder a estas cuestiones, lo cierto es que al interior de *La teoría pura* no encontramos elementos para afrontarlas sin caer en el error de imputar a Kelsen cosas que nunca dijo o que tal vez difícilmente estaría dispuesto a aceptar.

A reserva de volver sobre estas cuestiones y con el fin de no dejar en el aire la respuesta sobre los criterios para definir una norma jurídica desde una perspectiva estructural diremos que: una norma jurídica dependiente es toda proposición lingüística que cumple una función preceptiva, facultativa o permisiva, positiva, derogatoria, definitoria o interpretativa y que, además, puede ser ubicada en una estructura lógica en la que cumple la función de condición para la aplicación de una sanción, *i. e.*, en una norma jurídica independiente. Por cierto, cabe también hacer notar que, a pesar de que la norma jurídica independiente es el producto de la suma de varias normas dependientes y siendo la sanción sólo un elemento más de la norma independiente, Kelsen nunca habló expresamente de una función normativa sancionatoria ni de normas sancionatorias.

Como Kelsen nada dice sobre el carácter lingüístico de las normas definitorias, derogatorias e interpretativas, nos limitaremos a afirmar que son proposiciones de clasificación lógico-lingüística indeterminada al interior de la teoría pura. Si el ser proposición prescriptiva puede ser considerada una propiedad necesaria para que una proposición lingüística sea una norma, el carácter normativo de estas supuestas normas estará también indeterminado.

Ahora nos quedan por analizar las normas jurídicas independientes. Las complicaciones apuntadas respecto de las normas dependientes no se dejarán esperar. Si hiciéramos la concesión de que todas las normas dependientes son proposiciones prescriptivas, entonces podríamos intentar la siguiente definición del criterio conforme al cual identificar una norma jurídica independiente de entre las demás proposiciones prescriptivas: “Toda proposición molecular que tenga como condición para la aplicabi-

lidad de una sanción positiva una o varias proposiciones prescriptivas, es una norma jurídica independiente desde un punto de vista estructural”.

Sin embargo, dicha definición tendría que enfrentarse a la siguiente objeción: según se desprende de la caracterización teórica de las normas independientes, más que quedar englobadas en el concepto de proposición, lo estarían en el de discurso, *i. e.*, un sistema de proposiciones. Sin embargo, concebir una norma como un discurso y no como una proposición resulta contraintuitivo.

Ahora, si retiramos nuestra concesión e incluimos en el análisis el hecho de que el *status* prescriptivo de algunas de las normas dependientes es dudoso, tendremos que abandonar no sólo el intento de definir a las normas independientes como discurso prescriptivo, sino también, y con mayor razón, como proposición prescriptiva. La única salida posible es definirla como una proposición molecular de tipo condicional cuyo antecedente puede estar constituido por proposiciones lingüísticas atómicas que cumplan cualquiera de las siguientes funciones: permitir en sentido positivo, obligar, facultar, derogar, definir o establecer criterios de interpretación auténtica para otras normas del mismo sistema a que pertenecen y que, además, tenga como consecuente una sanción.

A pesar de que es claro que tanto en ésta como en la interpretación sobre los requisitos que debe satisfacer una norma dependiente nos hemos alejado del sentido original que Kelsen quiso imprimir a su teoría, emplearemos estas construcciones teóricas correctoras de las deficiencias de la teoría pura para poder proseguir nuestra investigación.

Al igual que sucedió con los modelos normativos de Austin y el primero de Hans Kelsen, que una proposición satisfaga los requisitos estructurales y la significación teórica de sus elementos es sólo una propiedad necesaria, pero no suficiente para ser una norma: además, debe poseer ciertas propiedades metalógicas. Veamos cuáles son:

Propiedades metalógicas

Para que una proposición con las características estructurales de una norma dependiente o independiente pueda ser considerada norma jurídica, necesariamente debe: *a)* pertenecer a un sistema jurídico determinado y *b)* ser mínimamente eficaz.

Pertenencia a un sistema jurídico determinado. “Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden”.³⁰⁹

Satisfacer este requisito presupone, por tanto: 1) que la norma haya sido creada conforme al procedimiento establecido por una norma jerárquicamente superior que a su vez haya sido creada conforme al procedimiento establecido por una norma superior, y así sucesivamente, hasta llegar a una norma fundante o *Grundnorm* que diga: “los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera Constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la Constitución lo prescribe),”³¹⁰ y 2) que el sistema jurídico al que pertenezca la norma sea mínimamente eficaz. Lo suficientemente eficaz para que la aplicación de las normas que regulan la producción de la norma en cuestión haya operado.

La norma misma debe tener un mínimo de eficacia. Es suficiente como para no ser derogada por *desuetudo*: “la norma jurídica, al ser duramente inaplicada o no acatada, puede perder su validez mediante la llamada *desuetudo* o desuso”.³¹¹

Los criterios de membresía y existencia de una norma jurídica en *La teoría pura del derecho* se pueden obtener de las propiedades necesarias y suficientes de la norma jurídica.

El criterio de la existencia. Una norma jurídica existe cuando es válida: “Si se pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica perteneciente a un determinado orden jurídico, la respuesta sólo puede consistir en referir a la norma fundante básica de ese orden”.³¹²

El criterio de membresía. Una norma jurídica pertenece a aquel sistema normativo al que pertenecen la norma jerárquicamente superior conforme a la cual ha sido creada y la *Grundnorm* en que esta última fundamenta su validez.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 45.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 208.

³¹¹ *Ibidem*, p. 224.

³¹² Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 79, p. 114.

XI. EL PLURALISMO PRESCRIPTIVISTA

En páginas anteriores nos hemos ocupado de analizar dos teorías cuya característica común es considerar que el derecho se integra por un solo tipo de normas. En este sentido, y sólo en este sentido, he agrupado a dichas teorías bajo el rubro prescriptivista monista.

A partir de este momento nos ocuparemos de otras dos teorías cuya característica común es considerar que el derecho se integra por, al menos, dos clases distintas de reglas o normas que tienen como finalidad orientar la conducta. A éstas como a todas aquellas teorías que sostengan la misma tesis, las agruparemos bajo el rubro “pluralismo prescriptivista”.

Las teorías que ocuparán nuestra atención son: la teoría del derecho como unión de reglas primarias y secundarias, y el aspecto prescriptivo de la teoría de las reglas de Robles, *i. e.*, sus reglas directas.

El pluralismo prescriptivista de Hart: el derecho como unión de reglas primarias y secundarias

A. Ubicación dentro de la clasificación de Alf Ross

Como veremos a continuación, Hart construye un modelo teórico en el que el derecho es un sistema constituido por dos tipos de piezas: *a)* reglas primarias y *b)* reglas secundarias. Las primeras son las que imponen obligaciones, y las segundas (con las reservas que más adelante se harán valer) son las potestativas. La clase de directiva más próxima a ambos tipos de reglas en el esquema de Alf Ross sería el de los directivos impersonales y heterónomos o cuasimandatos.

No obstante, debo hacer una matización. Mientras la clasificación es bastante acertada respecto de las reglas primarias, no lo es tanto respecto de las secundarias, por la sencilla razón de que Ross al hablar de cuasimandatos parece estar pensando sólo en proposiciones que imponen deberes y obligaciones y no en aquellas que tienen la estructura similar a la de las reglas técnicas (“si quieres *p*, tienes que *q*”). Las reglas con esa estructura las concibe dentro de los directivos impersonales heterónimo-autónomos, dentro de los cuales no incluye reglas legales, sino reglas de juegos y semejantes.

B. *Crítica de Hart a los modelos prescriptivistas monistas (su insuficiencia para explicar un derecho moderno)*

En *El concepto del derecho* Hart dirige sus críticas contra los modelos teóricos pertenecientes al prescriptivismo monista imperativista, a través de sus ataques a la versión reforzada de la teoría kelseniana de las normas dependientes e independientes.

La razón fundamental por la que Hart critica los modelos monistas referidos parece estar en que éstos no dan cuenta de una serie de asociaciones mentales que acompañan a nuestras intuiciones sobre lo que es un sistema jurídico moderno.

Concebir que el derecho está integrado sólo por normas que imponen obligaciones reforzadas por sanciones, parece decir Hart, es suficiente para dar cuenta de un tipo particular de concepción del derecho, correspondiente a un derecho primitivo: “para que una sociedad pueda vivir únicamente con tales reglas primarias, hay ciertas condiciones que, concediendo algunas pocas verdades trilladas relativas a la naturaleza humana y al mundo en que vivimos, tienen que estar claramente satisfechas”.³¹³ Estas condiciones son: 1) que las reglas restrinjan el uso de la violencia, el robo y el engaño. “Tales reglas siempre aparecen en las sociedades primitivas que conocemos, junto con una variedad de otras reglas que imponen a los individuos deberes positivos diversos, como cumplir ciertos servicios o hacer contribuciones a la vida común”.³¹⁴ 2) Aunque en la sociedad pueda haber cierta tensión entre lo exigido por las reglas y el comportamiento de algunos miembros de la sociedad, es muy claro que el segundo grupo es minoritario y que la mayoría vive de acuerdo con las reglas.

Estas características son necesarias para la sobrevivencia de la sociedad ya que debido a su elemental organización hay poca presión social que temer: “Esto también está confirmado por lo que sabemos de las comunidades primitivas en las que, aunque hay disidentes y malhechores, la mayoría vive de acuerdo con las reglas vistas desde el punto de vista interno”.³¹⁵ Del punto de vista interno nos ocuparemos más adelante; sin

³¹³ Hart, *El concepto de derecho...*, cit., nota 172, p. 114.

³¹⁴ *Idem.*

³¹⁵ *Idem.*

embargo, de manera muy simplificada se puede comprender como el concebir una regla jurídica como proposición prescriptiva y no como proposición descriptiva que busque dar cuenta de regularidades acontecidas en el mundo fáctico. 3) Un derecho constituido únicamente de reglas primarias sólo sería posible en “una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias y ubicada en un ambiente o circunstancia estable”.³¹⁶

Las principales asociaciones mentales que acompañan a nuestras intuiciones de lo que es el derecho moderno y que no acompañan a nuestras asociaciones de lo que es un derecho primitivo, y de las que, por tanto no da cuenta la concepción del derecho como unión de reglas primarias, son: 1) solemos asociar a la noción de derecho moderno, la idea de que éste es un sistema de reglas. En el caso del derecho primitivo “las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria”.³¹⁷

A este defecto de la estructura social simple de reglas primarias Hart lo llama “falta de certeza”. 2) Cuando pensamos en un derecho moderno, solemos asociar la idea de que, de alguna manera, es posible la modificación deliberada del sistema jurídico mediante la introducción, modificación o supresión de una o algunas de sus reglas.

Esta asociación no puede hacerse (y por tanto no puede explicarse) respecto de la concepción del derecho como conjunto reglas primarias: “En tal sociedad (la regida por reglas primarias) no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas”.³¹⁸

A este defecto se refiere Hart con la expresión “carácter estático de las reglas”. 3) Cuando pensamos en un derecho moderno, es corriente asociar la idea de la existencia de autoridades que de modo concluyente decidan sobre las posibles violaciones de una regla del sistema.

En el caso del derecho primitivo, no es dable tal noción, ya que es una sociedad regida por un tipo de derecho constituido sólo por reglas primarias: “siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no

³¹⁶ *Idem.*

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 114 y 115.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 115.

violada y, salvo en las sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva y con autoridad, el hecho de la violación”.³¹⁹

4) Implicada en la asociación mental hecha a la noción de derecho moderno expuesta en 2, está la idea de la existencia de órganos legislativos que no es dable en el caso de la concepción del derecho como conjunto de reglas primarias: “Una estructura social de este tipo (con un derecho formado por reglas primarias) es designada a menudo como una estructura social basada en la “costumbre”;³²⁰ 5) implicada en la asociación mental hecha a la noción de derecho moderno expuesta en 3, está la idea de la existencia de órganos encargados de dirimir controversias, la cual, como vimos, no se presenta en el caso del derecho primitivo. 6) Una última, pero muy importante asociación que acompaña a nuestras intuiciones de lo que es un derecho moderno y de la que no da cuenta el modelo normativista, según el cual el derecho es un conjunto de reglas primarias, estriba en que al lado de las reglas primarias es normal asociar también bajo la noción de regla, a ciertas proposiciones que no orientan la conducta mediante la imposición de deberes, sino a través de la determinación de lo que hay que hacer para obtener resultados jurídicamente válidos: “tales normas no imponen deberes u obligaciones.

En lugar de ello, acuerdan a los particulares facilidades para llevar acabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho”.³²¹ Son ejemplo de estas reglas las que definen la manera de celebrar contratos, matrimonios, testamentos, etcétera.³²² Implicada en la asociación mental hecha a la noción de derecho como conjunto de reglas primarias y secundarias que incluyan a aquellas que otorgan potestades expuesta en 4, se encuentra la noción de nulidad jurídica: “Al otorgar nuestro testamento podemos ‘cumplir’ o no con lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Testamentos de 1837, en cuanto al número de testigos. Si no cumplimos,

³¹⁹ *Ibidem*, p. 116.

³²⁰ *Ibidem*, p. 113.

³²¹ *Ibidem*, p. 35.

³²² *Idem*.

el documento no será un testamento ‘válido’ que crea derechos y deberes: será un ‘acto nulo’ sin ‘fuerza’ o ‘efecto’ jurídicos”.³²³

C. *El modelo del derecho como unión de reglas primarias y secundarias*

La manera en que según Hart puede ser corregido el modelo monista consiste en introducir nuevos elementos que den cuenta de las ideas asociadas a la noción de derecho moderno que aquél deja sin explicación. Esos elementos teóricos son los conceptos de regla de reconocimiento, regla de cambio y regla de adjudicación, todas englobables bajo el rubro “reglas secundarias”: “El remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma más simple de estructura social, consiste en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias que son de un tipo diferente”.³²⁴

Introduciendo estas reglas tendremos un modelo teórico satisfactorio para explicar un derecho moderno: “La introducción del remedio para cada defecto podría, en sí, ser considerada un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico... los tres remedios en conjunto son suficientes para convertir el régimen de reglas primarias en algo que es indispensablemente un sistema jurídico”.³²⁵

La regla de reconocimiento es la que hace posible la solución al problema de la falta de certeza, y consiste en un parámetro que funciona como criterio de identificación de todas las reglas pertenecientes a un mismo sistema jurídico. Como puede verse, la regla de reconocimiento de Hart cumple la misma función que la *Grundnorm* en la teoría pura del derecho, salvo por una distinción fundamental: la regla de reconocimien-

³²³ *Idem*.

³²⁴ *Ibidem*, pp. 116 y 117. Sobre los conceptos de regla primaria y regla secundaria véase Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, Turín, Giappichelli, 1967. Lee, K. K., “Hart’s Primary and Secondary Rules”, *Mind*, 1968, pp. 561-564. Véase Gerber, G., “Levels of Rules and Hart’s Concept of Law”, *Mind*, LXXXI, 1972. pp. 102-105. Amato, Giuliano, *Raporti fra norme primarie e norme secondarie, aspetti problematici*, Milán, Giuffrè, 1957. Bobbio, Norberto, “Ancora sulle norme primarie e norme secondarie”, *Rivista di Filosofia*, XLIX, 1968, pp. 35-53.

³²⁵ *Ibidem*, p. 117.

to no es un presupuesto lógico trascendental, sino una cuestión de hecho. Hart critica implícitamente a Kelsen cuando dice:

Algunos autores que han subrayado el carácter jurídicamente último de la regla de reconocimiento, han expresado esto diciendo que, mientras que la validez jurídica de otras reglas del sistema puede ser demostrada por referencia a ella, sino que “se da por admitida”, es “postulada” o es una hipótesis. Esto, sin embargo, puede ser seriamente equívoco.³²⁶

Como bien ha puesto de manifiesto Juan Ramón de Páramo, la regla de reconocimiento de Hart es una cuestión empírica, es una regla contemplada desde el punto de vista externo:

Si la R. R. es una regla aceptada (los tribunales y funcionarios del Sistema identifican efectivamente el derecho con arreglo a los criterios que ella suministra) la Constitución de un país será aceptada. No hace falta una duplicación que sugiera la existencia de una regla que disponga «la Constitución ha de ser obedecida». Una cosa es la R. R. aceptada; otra bien distinta es la existencia de una regla que prescribe la obediencia a ella.³²⁷

A pesar de la enorme importancia que tiene esta regla de reconocimiento en la teoría hartiana, no me ocuparé más de ella en este capítulo.

El problema de la falta de explicación del carácter dinámico de los sistemas jurídicos modernos es resuelto mediante la introducción del concepto de regla de cambio: “El remedio para la cualidad estática de régimen de reglas primarias, consiste en la introducción de lo que llamaremos ‘reglas de cambio’... es en términos de tal regla... que han de ser entendidas las ideas de creación y derogación de normas jurídicas por vía legislativa”.³²⁸

Como se puede ver, la regla de cambio se caracteriza por la concesión de potestades públicas, concretamente de tipo legislativo. Éstas pueden cumplir dos funciones: *a)* especificar las personas que han de legislar, y *b)* determinar el procedimiento a seguir en la legislación: “Tales reglas de cambio pueden ser muy simples o muy complejas; las potestades conferidas pueden ser limitadas o ilimitadas de diversas maneras; y las reglas, además de especificar las personas que han de legislar, pueden de-

³²⁶ *Ibidem*, p. 134.

³²⁷ Páramo, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría...*, cit., nota 188, p. 252.

³²⁸ Hart, *El concepto de derecho*, cit., nota 172, p. 119.

finir en forma más o menos rígida el procedimiento a ser seguido en la legislación”.³²⁹

Debe destacarse que la regla de cambio no es sino un tipo de aquella clase de proposiciones de las que no da cuenta el modelo simple. Al lado de ellas se encuentran las que confieren facultades a los particulares para realizar actos jurídicamente válidos:

Sin tales reglas que confieren potestades privadas, la sociedad carecería de algunas de las principales facilidades que el derecho les acuerda, porque los actos que tales reglas hacen posible, son el otorgamiento de testamentos, la celebración de contratos, y muchas otras estructuras de derechos y deberes creadas voluntariamente... El parentesco entre estas reglas y las reglas de cambio que están en juego en la noción de legislación, es claro.³³⁰

El problema de la presión social difusa es resuelto mediante la introducción del concepto de regla de adjudicación: “El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquél ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria”.³³¹ Son funciones de estas reglas determinar a los individuos que han de ejercitar la actividad jurisdiccional y definir el procedimiento a seguir.³³²

Con la introducción de los conceptos de regla de cambio y regla de adjudicación también se resuelven las dificultades implicadas en los problemas respectivos a esos conceptos, *i. e.*, la falta de referencia a órganos legislativos y judiciales. Aludiendo concretamente a las reglas de adjudicación nos dice Hart: “estas reglas, como las otras reglas secundarias, definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de tribunal, jurisdicción y sentencia”.³³³

Al introducir el concepto de reglas de cambio y adjudicación, Hart también introduce de manera inevitable el concepto de nulidad ignorado por el modelo monista. Ambas reglas son especie de aquellas que, en ca-

³²⁹ *Idem.*

³³⁰ *Ibidem*, p. 120.

³³¹ *Idem.*

³³² *Idem.*

³³³ *Idem.*

so de ser “desobedecidas”, tendrán como efecto una nulidad, y en ningún caso una sanción. Pertenecen al mismo género que las que conceden potestades o facilidades a los particulares.

Para reforzar su tesis, según la cual las reglas secundarias de cambio y adjudicación constituyen un tipo especial y autónomo de reglas, Hart contraargumenta dos concepciones, que tienen en común negar dicha autonomía: la primera, representada por Austin, sostiene que la nulidad es una sanción y que, por tanto, no es una regla autónoma. La segunda, representada por Kelsen, sostiene que las reglas que confieren facultades o potestades son reglas dependientes.

Las reglas potestativas no son especies de reglas primarias por carecer de sanción (sanción y nulidad son conceptos distintos e irreductibles)

Para la primera teoría, las nulidades son especies de sanciones que sobrevienen al hecho de que alguien no ha satisfecho con alguna condición necesaria para ejercitar una potestad:

La nulidad, se pretende, a semejanza del castigo imputado por la norma penal, es un mal o sanción amenazado... Del mismo, se nos invita a concebir a la regla que establece que un testamento sin dos testigos carece de eficacia, como una regla que impulsa a los testadores a cumplir con el artículo 9 de la Ley de Testamentos, tal como la idea de presión nos impulsa a obedecer las normas del derecho penal.³³⁴

Nadie podría negar, nos dice Hart, que en algún sentido la palabra nulidad es connotativa de reacciones psicológicas emparentadas con las que se presentan en el caso de una sanción. Por ejemplo, “la frustración de la esperanza de que una transacción será válida”.³³⁵ Sin embargo, conceptualmente solemos hacer ciertas asociaciones mentales cuando pensamos en la nulidad que no solemos tener cuando pensamos en la sanción. Con estas diferencias se justifica la independencia de las reglas potestativas, respecto de las reglas primarias. Las diferencias son las siguientes:

³³⁴ *Ibidem*, p. 42.

³³⁵ *Ibidem*, p. 43.

1) Implicación necesaria del concepto de nulidad en el concepto de regla potestativa, a diferencia de la autonomía conceptual de la noción de sanción en el caso de las reglas primarias: en las reglas primarias es lógicamente posible distinguir dos partes: una, que establece una pauta de conducta, y otra, que establece la sanción correspondiente para el caso de desobediencia de esa pauta. Desde luego, alguien podría contraargumentar diciendo que una regla tal no podría ser considerada jurídica por faltarle el elemento característico del derecho respecto de otros sistemas normativos. No obstante, es posible distinguir nítidamente la parte de la regla en la que se establece la pauta, de aquella que impone la sanción: “podemos, en cierto sentido, quitar la sanción y dejar una pauta o criterio de conducta inteligible que aquélla estaba destinada a hacer observar”. Sin embargo, las reglas potestativas son impensables sin el concepto de nulidad, ya que si el no cumplimiento de la condición no trajera aparejada la nulidad, no podría decirse que la regla existe ni siquiera como regla no jurídica: no hay posibilidad lógica de hacer tal distinción entre la regla que requiere el cumplimiento de ciertas condiciones, por ejemplo, la firma de testigos para que haya un testamento válido y la llamada sanción de “nulidad”.³³⁶

2) El carácter neutro de la nulidad, a diferencia del carácter motivador de la sanción. En el caso de las reglas primarias, las pautas de conducta por ellas establecidas son motivadas indirectamente mediante la sanción. En el caso de las reglas potestativas no tendría sentido decir que la conducta que satisface la condición por ella impuesta es motivada indirectamente por la nulidad. Los motivos por los que puede ser conveniente a alguien aprovechar la facilidad concedida por una regla pueden ser de lo más diverso y normalmente no pensaríamos que se realizan para evitar la nulidad.

3) De las reglas potestativas no puede predicarse la existencia de una conducta indeseable que busque ser desalentada mediante la aplicación de nulidades como puede decirse de las reglas primarias: “¿Cómo podríamos ver a esta luz actividades socialmente deseables tales como las que cumplen los hombres cuando intercambian promesas que no satisfacen las exigencias legales en cuanto a la forma?”.³³⁷ Las reglas potestativas no buscan “castigar”. Sería absurdo suponer, por ejemplo: “conside-

³³⁶ *Ibidem*, p. 44.

³³⁷ *Ibidem*, p. 43.

rar como sanción el hecho de que una medida legislativa no llega a alcanzar el *status* de ley si no obtiene una mayoría necesaria”.³³⁸

2) La segunda teoría refutada por Hart es sostenida por Kelsen, y consiste en considerar a las normas potestativas como normas dependientes (recordemos las normas facultativas a las que alude Kelsen desde su primera edición de *La teoría pura*). Como la teoría kelseniana ya ha sido expuesta podemos pasar directamente a ver la crítica de Hart. El núcleo fundamental de la crítica es que pretendiendo diluir el concepto de regla potestativa dentro de un concepto más amplio de regla independiente, se oscurece el hecho de que las reglas del derecho cumplen funciones distintas a las atribuibles a las normas primarias:

Representar estas reglas (las potestativas) como meros aspectos o fragmentos de las reglas que imponen deberes es... oscurecer las características distintivas del derecho y de las actividades posibles dentro de su estructura. Porque la introducción en la sociedad de reglas que habilitan a los legisladores para reformar y crear reglas de deber, y a los jueces para determinar cuando estas últimas han sido transgredidas, es un avance tan importante para la sociedad como la invención de la rueda.³³⁹

D. *Los modelos de regla de Hart*

A diferencia de lo que sucedía con las teorías monistas, en el caso de teorías pluralistas se hace necesario definir la estructura lógica de más de una regla. En el caso concreto de Hart, la reconstrucción teórica de los tipos de reglas a que alude se enfrentan con dificultades adicionales: en primer lugar, Hart no explicita su concepción de regla primaria, sino que asume su existencia dentro de los sistemas jurídicos. La consecuencia de esto es el desconocimiento de los conceptos hartianos de sanción, acto antijurídico y deber.

A pesar de todo, creo encontrar una justificación teórica impecable para esta omisión, pues mal quedaría alumbrar las reglas que imponen deberes cuando de lo que se trata es de arrojar luces sobre un tipo de regla diferente, desatendida por las teorías monistas. En segundo lugar, las alusiones explícitas de Hart a las reglas con que hay que complementar los modelos monistas enfocan tres tipos de reglas, dos de las cuales pueden

³³⁸ *Idem.*

³³⁹ *Ibidem*, p. 52.

ser subsumidas, junto con las que confieren potestades privadas, dentro de un esquema lógico general.

Sin embargo, sobre ese esquema lógico nos dice muy poco. Por otra parte, debo apuntar un problema que deliberadamente he decidido pasar por alto, y que consiste en determinar si la regla de reconocimiento, además de funcionar como patrón de identificación de las reglas de un sistema, también puede considerarse una regla potestativa que, de no ser observada, trae aparejada nulidad. Por las razones apuntadas en su momento y por no contar con pasajes concretos con los cuales apoyar esa posible interpretación, he decidido no profundizar en la regla de reconocimiento. En todo supuesto, quien considere viable concebirla como poseedora de un aspecto similar al potestativo, encontrará en lo que sigue un esquema lógico más amplio dentro del cual subsumirla.

a. La estructura lógica de las reglas primarias

Aunque como hemos dicho, Hart no expone su concepción de regla primaria, parece admitir la estructura lógica común de las teorías monistas, *i. e.*, la de una proposición prescriptiva que orienta la conducta determinando una que debe ser omitida, ya que de lo contrario podrá actualizar una sanción. El valor opuesto a esa sanción sería, desde luego, la conducta exigida. Que para Hart la sanción es un elemento fundamental de este tipo de reglas se puso de manifiesto cuando se aludió a la autonomía conceptual de la sanción dentro de las reglas primarias.

Como se recordará, en todo momento Hart alude a la sanción como un elemento de las reglas primarias que puede ser pensado en modo independiente, pero jamás habla de reglas sancionatorias. La postura de Hart respecto de la sanción es reforzada cuando alude a la idea de que una norma sin sanción no sería una norma jurídica (desde luego una norma primaria sin sanción). De esta manera, la sanción pasa de ser una propiedad necesaria para todas y cada una de las reglas de un sistema jurídico, a ser una propiedad necesaria para un tipo de reglas de todo ordenamiento jurídico.

La estructura lógica sería, pues:

$$\{ ({}^{\prime}x^{\prime}O A) \& (\sim{}^{\prime}x^{\prime} A \rightarrow {}^{\prime}x^{\prime} \pi) \}.$$

b. La estructura de las reglas secundarias (comparación con las normas técnicas y proposiciones anankásticas de Von Wright)

Aunque Hart dice poco respecto a la estructura lógica de las reglas potestativas (género al que pertenecen las reglas de cambio y adjudicación), ha dicho lo suficiente como para que otros teóricos consideren que dicha estructura corresponde a las reglas técnicas de Von Wright. Un pasaje significativo de *El concepto del derecho* es el siguiente:

Más adelante consideraremos los intentos hechos por los juristas para asimilar aquellas normas jurídicas que acuerdan facilidades o potestades y expresan «si quieres hacer esto, ésta es la manera de hacerlo», a las leyes penales que, a semejanza de las órdenes respaldadas por amenazas, expresan «haga esto, lo quiera o no».³⁴⁰

Para Carlos Santiago Nino, la estructura de estas reglas recuerda a las reglas técnicas de Von Wright, ello es expresado cuando, aludiendo a las reglas potestativas de Hart, nos dice:

Hay normas jurídicas que se refieren a la forma para celebrar contratos, matrimonios, testamentos, etcétera. Esas normas no tienen por función imponer obligaciones sino acordar a los particulares facilidades para concretar sus deseos (recordar las reglas técnicas de Von Wright), otorgándoles potestades para crear, en ciertas condiciones, derechos y obligaciones dentro de un marco coercitivo.³⁴¹

Veamos pues, qué es para Von Wright una regla técnica: “Un tercer tipo importante de normas, junto a las reglas y a las prescripciones, son las que llamaré directrices o normas técnicas. En términos aproximados guardan relación con los medios a emplear para alcanzar un determinado fin”.³⁴² Como ejemplo de normas de este tipo Von Wright cita la siguiente proposición: “Si quieres hacer la cabaña habitable, tienes que calentarla”.³⁴³

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 36.

³⁴¹ Nino Santiago, Carlos, *Introducción al análisis...*, *cit.*, nota 2, p. 89.

³⁴² Wright, G. H., *Norma y acción*, *cit.*, nota 77, p. 29.

³⁴³ *Idem*.

Sobre la caracterización lógico-lingüística de estas reglas o normas, Von Wright expresa lo siguiente: “¿Diremos de la oración citada que es descriptiva o prescriptiva? La contestación adecuada, a mi entender, es que no es ninguna de las dos cosas”.³⁴⁴ Sin embargo, aunque nos dice que las reglas técnicas no corresponden a ninguna de las categorías proposicionales aludidas, no nos dice a cuál pertenecen (hay que destacar que lo que llama prescripciones Von Wright son cierto tipo de proposiciones prescriptivas más o menos correspondientes a los directivos personales de Ross).

Según Von Wright, las normas técnicas no deben ser confundidas con otro tipo de proposiciones de tipo descriptivo a las que llama proposiciones *anankásticas*: “Pienso que sería un error identificar las normas técnicas con las proposiciones anankásticas”.³⁴⁵ La distinción entre proposiciones anankásticas y normas técnicas se pone de relieve en el siguiente pasaje:

Compárese la oración “si quieres hacer la cabaña habitable, tienes que calentarla”, con la oración “para hacer la casa habitable, debe calentarse”. A esta última oración no dudaría en llamarla (puramente) descriptiva... a un enunciado que indique que algo es (o no es) una condición necesaria para otro algo le llamaré un enunciado anankástico.³⁴⁶

Acerca de la estructura lógica de las normas técnicas, nos dice Von Wright: “Consideraré la formulación tipo de las normas técnicas las oraciones condicionales, en cuyo antecedente se hace mención de alguna cosa que desea, y en cuyo consecuente se hace mención de algo que tiene que (hay que, debe o tiene que) hacerse”.³⁴⁷

Una formalización lógica de la norma técnica sería la siguiente:

“cq” $\Upsilon \Rightarrow \emptyset$

Donde:

“cq” = consecuencia deseada.

³⁴⁴ *Idem.*

³⁴⁵ *Idem.*

³⁴⁶ *Idem.*

³⁴⁷ *Idem.*

“ $\Upsilon \Rightarrow$ ” = tener que.
 “ \emptyset ” = acción que tiene que ser hecha.

Volviendo a Hart, e interpretándolo a la luz del concepto de norma técnica, podemos decir que, al parecer, la omisión de Von Wright respecto del carácter proposicional de dichas normas es implícitamente resuelto de tal suerte que al menos las reglas potestativas del derecho puedan ser catalogadas como proposiciones prescriptivas con estructura de normas técnicas. Este carácter prescriptivo de las reglas potestativas se pone de manifiesto cuando Hart, refiriéndose al costo de la uniformidad de las teorías monistas y al aspecto descuidado por éstas, consistente en la forma en que el derecho es vivido por el “buen” hombre, nos dice:

En apoyo de teorías como la que examinamos se sostiene a veces que, al formular el derecho en la forma de una directiva para aplicar sanciones, se gana en claridad, puesto que esta forma pone de manifiesto todo lo que el “mal hombre” necesita saber acerca de aquél. Esto puede ser cierto, pero parece una defensa inadecuada para la teoría. ¿Por qué el derecho no habría de preocuparse igual, si no más, del “hombre desconcertado” o del hombre ignorante que está dispuesto a hacer lo que corresponde, con tal que se le diga en qué consiste? ¿O del “hombre que quiere arreglar sus asuntos”, con tal que se le diga cómo hacerlo?³⁴⁸

A la luz de esta interpretación, podemos decir que la estructura de las reglas potestativas de Hart y por tanto de las de cambio y adjudicación puede formalizarse de la manera siguiente:

$$\{(\text{“cj” } \Upsilon \Rightarrow \emptyset) \ \& \ (\sim \emptyset \rightarrow \sim \text{“cj”})\}$$

Donde “cj” = consecuencia jurídica deseada (un contrato, testamento, ley, sentencia, etcétera, válidos).

“ $\Upsilon \Rightarrow$ ” = tener que.

“ \emptyset ” = conducta que tiene que llevarse a cabo si se quiere obtener “cj”.

³⁴⁸ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 172, p. 50.

“ $\sim \emptyset$ ” = binario opuesto de la conducta “tenía que”.

“ $\sim cj$ ” = nulidad.

“&” = functor lógico de conjunción.

Dicha regla se leería: Si quieres obtener el resultado “cj” tienes que realizar la conducta “ \emptyset ” porque <“&”> de lo contrario <“ $\sim \emptyset$ ”>, no habrá consecuencia jurídica alguna <“ $\sim cj$ ”>.

Gracias a lo expuesto nos encontramos en posibilidad de comenzar a definir los modelos teóricos de reglas jurídicas de Hart.

Es una propiedad necesaria, aunque no suficiente para que una proporción prescriptiva sea una regla jurídica, que satisfaga cualquiera de las estructuras lógicas expuestas y con el significado teórico correspondiente al concepto hartiano de nulidad.

Además de tener que satisfacer alguna de las dos estructuras lógicas expuestas, para que una proposición prescriptiva pueda considerarse una regla jurídica también ha de satisfacer alguna de las siguientes propiedades funcionales: *a*) imponer deberes, o *b*) conceder potestades (dentro de éstas quedan incluidas tanto las que confieren potestades privadas como las reglas de cambio y adjudicación).

Además de las propiedades lógicas y funcionales, son propiedades necesarias de carácter metalógico para ambas reglas: 1) que la proposición sea considerada desde un punto de vista interno, y 2) que pueda ser identificada como parte de un determinado sistema jurídico mediante alguna específica regla de reconocimiento.

c. Propiedades metalógicas

1) Las reglas desde el punto de vista interno

Para Hart, las reglas jurídicas pueden ser consideradas desde dos perspectivas distintas: *a*) desde un punto de vista externo, y *b*) desde un punto de vista interno. Desde el primero, las reglas son consideradas como proposiciones de tipo descriptivo que dan cuenta de regularidades acontecidas en el mundo fáctico del derecho. Éste es el punto de vista empleado por teorías realistas de corte predictivo, según las cuales las reglas jurídicas son las predicciones del sentido en que probablemente decidirán los tribunales teniendo en cuenta lo que “normalmente” acontece. Este punto de vista es el que corresponde a un observador imparcial.

El punto de vista externo es criticado por Hart debido a que no da cuenta de la manera en que las reglas son empleadas por los jueces como razones a considerar para tomar sus decisiones y por los particulares para orientar su conducta: “La objeción fundamental es que la interpretación predictiva oscurece el hecho de que, cuando existen reglas, las desviaciones respecto de ellas no son simples fundamentos para la predicción de que sobrevendrán reacciones hostiles o de que un tribunal aplicará sanciones a quienes las transgreden; tales desviaciones son también una razón o justificación para dichas reacciones y sanciones”.³⁴⁹

En otras palabras, el aspecto interno de las reglas se reduce a su función prescriptiva. Según Hart, es frecuente confundir el aspecto interno de las reglas con una cuestión de sentimientos o emociones. Dicha apreciación es inadecuada ya que alguien puede estar obligado (y no simplemente “verse obligado a”) aun cuando él no se sienta obligado (nótese la semejanza con el concepto kelseniano del “sentido objetivo” de los actos).

2) *La regla de reconocimiento como criterio de identidad*

Una proposición prescriptiva que satisfaga las condiciones anteriores también deberá satisfacer el requisito de la identificación mediante una regla de reconocimiento de un sistema jurídico determinado. Las reglas de reconocimiento pueden ser varias y de muy diversos tipos: “En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de «fuentes» de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una Constitución escrita, la sanción por una legislatura y los precedentes judiciales”.³⁵⁰ Según hemos dicho anteriormente, la regla de reconocimiento no es una proposición prescriptiva que funcione en el mismo sentido que las reglas potestativas o las primarias. Ella no es producto del punto de vista interno, sino del punto de vista externo: “En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 105.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 126.

identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros”.³⁵¹

3) *El requisito de la sistematicidad*

El último tipo de propiedades necesarias que debe satisfacer cualquier proposición prescriptiva (además de las anteriores) para poder ser considerada regla jurídica podemos llamarlo el requisito de la sistematicidad, y consiste en que: *a)* sólo podrán ser reglas potestativas las proposiciones que, además de las propiedades anteriores, se refieran a reglas primarias especificando la manera en que podrán ser creadas, modificadas y su violación determinada. Sobre las reglas potestativas, dice Hart: “Se puede decir que ellas se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son acerca de éstas... Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas y su violación determinada de manera incontrovertible”.³⁵²

Consecuentemente con “*a*”, es condición necesaria para que una proposición sea una regla primaria el ser objeto de determinación por parte de reglas potestativas en los términos señalados. En forma más breve podemos señalar esta necesidad recíproca recordando que, para Hart, las reglas potestativas sólo son pensables dentro del marco de referencia de un sistema coactivo, de la misma manera que la existencia de reglas potestativas y muy en concreto de reglas secundarias, es imprescindible para tener un derecho moderno.

4) *Criterio de existencia de las reglas jurídicas*

Para Hart, una regla jurídica existe si y sólo si puede ser identificada como parte de un sistema jurídico conforme a una determinada regla de reconocimiento. En otras palabras, una regla existe cuando pertenece a un determinado sistema jurídico vigente.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 127.

³⁵² *Ibidem*, p. 117.

5) *El criterio de membresía*

Pertenece a un mismo sistema jurídico todas las reglas jurídicas que puedan ser determinadas de conformidad con alguna o algunas reglas de reconocimiento.

d. Comentarios de la teoría de Hart

Antes de pasar a analizar el pluralismo prescriptivista de Gregorio Robles, debo resaltar algunas cuestiones de la teoría hartiana. En primer lugar, hay que señalar que, a pesar del impacto que ha tenido en la actualidad el “descubrimiento” hartiano, la concepción del derecho como unión de dos tipos distintos de reglas es muy anterior, pudiéndose encontrar ya en el pensamiento de Ihering.³⁵³ Entre las teorías contemporáneas más llamativas se encuentra la de Hayek, quien divide las reglas jurídicas en normas de conducta y de organización.³⁵⁴

Por otra parte, hay que recordar que el mismo Kelsen se refiere a normas potestativas desde la primera edición de *La teoría pura*. De hecho, tal como pusimos de relieve, éste es el primer tipo de reglas distinto a las que imponen deberes, admitido por dicho autor. No obstante, hay que recordar también que Kelsen alude fundamentalmente a normas que conceden potestades privadas, tales como ejercitar una acción procesal.

³⁵³ Páramo, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría...*, cit., nota 188, p. 216.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 222.