

CAPÍTULO IV NORMAS

1. «NORMA JURÍDICA» EN EL USO COMÚN

En el lenguaje común de los juristas, se suele llamar «norma jurídica» a *cualquier* enunciado que se encuentre en las fuentes del derecho¹.

Esta forma de expresarse, como ya he dicho, es cómoda e inocua, y no hay razón para abandonarla. No obstante, es bueno entender que la clase de las normas jurídicas —entendidas en este sentido amplio— comprende dos subclases bien distintas: la subclase de las normas en sentido estricto, y la subclase de las normas en sentido amplio o genérico².

¹ Más en concreto, en el lenguaje común de los juristas, el vocablo «norma» es usado en un significado que oscila alrededor de tres ejes.

1. En primer lugar, «norma» es usado:
 - i) En sentido estricto, para hacer referencia a prescripciones (órdenes y prohibiciones).
 - ii) Mucho más frecuentemente, en sentido amplio, para hacer referencia a cualquier enunciado que se encuentre en las fuentes del derecho.
2. En segundo lugar, «norma» es usado:
 - i) En ocasiones, en sentido estricto, para denotar prescripciones generales y abstractas.
 - ii) En otras, en sentido amplio, para denotar (también) prescripciones singulares y concretas.
3. En tercer lugar, «norma» es usado:
 - i) A veces, para referirse a los enunciados del discurso de las fuentes.
 - ii) Otras veces, para referirse no a estos mismos enunciados sino a su contenido de significado, a su significado.
 - iii) Y otras, finalmente, para referirse indistintamente a las dos cosas.

² Como veremos dentro de poco (cap. VII), cuando se habla de normas jurídicas es normal distinguir entre (normas que son) «reglas» y (normas que son) «principios». El presente capítulo, al igual que los dos siguientes, está dedicado a las *reglas*. No obstante, hablo de normas (y no de reglas) porque esto sugiere la forma normal de hablar de los juristas. El término «regla» es comúnmente usado, espe-

Por norma jurídica en sentido estricto es conveniente entender:

- a) Una prescripción (una orden para hacer u omitir).
- b) Dotada de estructura condicional.
- c) Con contenido general y abstracto.

De las normas en sentido amplio o genérico diremos algo en el próximo capítulo.

2. LA NORMA COMO PRESCRIPCIÓN

Una norma es por tanto una prescripción, una orden. El vocablo «prescripción», no obstante, puede designar indistintamente al menos tres cosas diferentes³, que conviene tener bien diferenciadas: un acto, un enunciado y un significado.

1) *La prescripción en cuanto acto*. En primer lugar, se llama «prescripción» al acto de prescribir. Se trata, como ya hemos visto, de un acto lingüístico que pretende guiar, dirigir, influir, o modificar la conducta humana.

2) *La prescripción en cuanto enunciado*. En segundo lugar, se llama «prescripción» al *enunciado prescriptivo* mediante el que se cumple el acto lingüístico en cuestión.

Un enunciado prescriptivo es un enunciado que:

- a) Versa sobre una conducta (una acción o una omisión)⁴.
- b) La califica como obligatoria o debida.

El enunciado que califica como obligatoria una acción se llama «orden» (en sentido estricto). El enunciado que califica como obligatoria una omisión se llama «prohibición» o «interdicción». La obediencia a una orden se llama «ejecución». La obediencia a una prohibición se llama «observancia».

Los enunciados prescriptivos, y solo ellos, expresan prescripciones. Las prescripciones, y solo ellas, dirigen la conducta de los destinatarios, ya que dicen qué se debe hacer u omitir hacer. Las prescripciones, y solo ellas, son susceptibles de obediencia o violación⁵.

cialmente en sede de teoría del derecho, solo en contextos en los que, precisamente, se distingue entre reglas y principios.

³ Dejo aquí de lado el uso técnico-jurídico del vocablo en cuestión (arts. 2.934 y ss. Cod. civ. it.). Bien entendido: no cualquier acción puede ser objeto de una orden. No pueden ser objetos de órdenes las acciones imposibles y las acciones necesarias. Como se suele decir, «deber» implica «poder»: «poder», bien entendido, en sentido factual (en inglés *can*), no en sentido normativo (en inglés *may*). No puede ser debida una acción que sea imposible cumplir ni una acción que sea imposible no cumplir.

⁵ Por tanto, se podría añadir que los enunciados prescriptivos, y solo aquellos, son enunciados «normativos» en sentido estricto. Las prescripciones, y solo aquellas, son «normas» entendidas en sentido estricto.

El resto de los enunciados de las fuentes, al no expresar prescripciones, no dirigen la conducta de los destinatarios (al menos no directamente). Y, por esta razón, son normas en sentido genérico, no susceptibles de obediencia ni de violación⁶.

3) *La prescripción en cuanto significado*. En tercer lugar, se llama «prescripción» a aquello que es prescrito, es decir, al contenido del acto de prescripción: el significado del enunciado prescriptivo, tal y como resulta de la interpretación del propio enunciado.

Pues bien, en rigor, las normas son las prescripciones en el tercer sentido: no los actos lingüísticos sino su resultado, es decir, el producto de los actos lingüísticos; tampoco los enunciados sino su sentido, esto es, el significado del enunciado.

El acto de prescripción —la prescripción en cuanto acto lingüístico— no es una norma, sino un *acto normativo*⁷.

El enunciado prescriptivo —la prescripción en cuanto enunciado— no es una norma, sino la formulación de una norma (una formulación normativa) o, como suele decirse, una *disposición normativa*.

Las normas, por tanto, deben ser diferenciadas de los actos lingüísticos que las instauran, como también de los enunciados que las expresan.

Pero, por otro lado —nótese— no se dan normas sin actos de prescripción⁸, ni se dan normas sin enunciados prescriptivos⁹.

3. LA NORMA COMO PRESCRIPCIÓN CON ESTRUCTURA CONDICIONAL

Hablando en términos generales, una norma jurídica —independientemente de cómo sea su formulación efectiva— puede ser reconstruida¹⁰ como

⁶ Los enunciados que no expresan prescripciones son «normativos» en sentido débil: son «normativos» no ya porque expresen normas (entendidas en sentido estricto), sino porque pertenecen —como suele decirse— a un «ordenamiento normativo de la conducta», es decir, a un conjunto de enunciados entre cuyos elementos hay algunas normas en sentido estricto. Un conjunto de enunciados de los cuales ninguno de ellos fuera una prescripción, no se llamaría «ordenamiento normativo».

⁷ Un «acto normativo», nótese, en un sentido bastante diferente del que comúnmente asume la expresión en el lenguaje de los juristas, donde «acto normativo» significa, en algunas ocasiones, el *procedimiento* para la producción de normas y, en otras ocasiones, y más frecuentemente, el texto o *documento* que expresa tal norma. Pero sobre el concepto de acto normativo véase G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998.

⁸ H. Kelsen, «Diritto e logica» (1965), trad. it., en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Torino, 1989 (trad. esp. *Derecho y lógica*, Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM, Cuadernos de Crítica, 1978).

⁹ Con la aparente excepción de las normas consuetudinarias de las que hablaremos a su debido tiempo (cap. XIII, segunda parte).

¹⁰ Es decir, identificada en su «forma lógica», eventualmente latente.

un enunciado condicional, el cual instituye qué se debe hacer u omitir *si se verifican determinadas circunstancias*¹¹.

En otras palabras, las normas jurídicas no son tanto prescripciones categóricas —es decir, no condicionales como, por ejemplo, «Está prohibido matar», «Está prohibido provocar daños injustos», etc.—, sino prescripciones condicionales o hipotéticas como, por ejemplo, «Si alguien causa la muerte a un hombre, entonces deberá ser castigado», «Si alguien ha causado un daño injusto, entonces debe resarcirlo»¹².

Un enunciado condicional o hipotético puede analizarse en base a los dos elementos que lo componen:

a) Un antecedente o prótasis, es decir, la parte del enunciado que determina la condición («Si...»).

b) Un consecuente o apódosis, es decir, la parte del enunciado que instituye la consecuencia («... entonces ...»).

Por tanto, toda norma jurídica presenta —en ocasiones de manera evidente, pero más frecuentemente de manera latente— una estructura sintáctica (una forma lógica) condicional del tipo: «*Si H, entonces J*». En esta fórmula:

i) El antecedente («H») se refiere a una clase de circunstancias de hecho (por ejemplo, que dos sujetos hayan estipulado un contrato, que un sujeto haya causado daño a otro sujeto, etcétera).

ii) El consecuente («J») se refiere a una clase de consecuencias jurídicas (como, por ejemplo, la obligación de cumplir las obligaciones previstas en el contrato, la obligación de resarcir a la persona dañada, etcétera)¹³.

¹¹ Véase entre otros: A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958, pp. 32 y ss. (trad. esp. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997); C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971 (trad. esp. *Sistemas normativos*, Buenos Aires, Astrea, 2012); D. MENDONÇA, *Exploraciones normativas. Hacia una teoría general de las normas*, México, 1995; C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Norma jurídica», en E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, Milano, 2007, pp. 217 y ss. [«Norma jurídica», en E. GARZÓN VALDÉS y F. LAPORTA (eds.) *El Derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996]; W. TWINING y D. MIERS, *How to Do Things with Rules*, 2.ª ed., London, 1982.

¹² En este contexto se está hablando de las prescripciones, es decir, de las normas jurídicas entendidas en sentido estricto. Pero, haciendo algunas excepciones (normas derogatorias, normas de interpretación auténtica, y tal vez algunas pocas más), este discurso puede ser extendido sin problemas a las normas en sentido genérico (de las que hablaremos dentro de poco). De este modo, por ejemplo, la norma permisiva que confiere a los ciudadanos la libertad de reunión (art. 17.1, Const. it.) puede ser reconstruida de la siguiente forma esquemática: «Si ciudadano, entonces derecho de reunión». La norma que determina el acceso a la mayoría de edad al cumplimiento del decimoctavo año de edad (art. 2.1, Cod. civ. it.) puede ser reconstruida de la siguiente manera: «Si dieciocho años, entonces mayoría de edad». La norma sobre los conflictos entre normas que instaura el así llamado principio de «lex posterior derogat legi priori» (art. 15, Disp. prel. cod. civ. it.) puede ser reconstruida de la siguiente manera: «Si dos normas promulgadas en momentos diferentes entran en conflicto, entonces la norma menos reciente queda abrogada». Por tanto, dada una disposición cualquiera, el primer (necesario) paso del trabajo interpretativo para construir la norma, consiste precisamente en identificar su forma lógica, esto es, distinguir dentro de la norma el antecedente del consecuente: el supuesto de hecho disciplinado de la consecuencia jurídica asociada a tal supuesto de hecho.

¹³ En las normas en sentido estricto (prescripciones) —aquellas de las que estamos hablando— el consecuente no puede ser otra cosa que la calificación deontica de un comportamiento (el comporta-

El antecedente —que se suele llamar «supuesto de hecho»— es el objeto de disciplina, y responde a la pregunta «¿Qué es lo regulado?».

El consecuente, a su vez, es el modo de disciplina, y responde a la pregunta «¿Cómo está regulado?».

4. LA NORMA COMO PRESCRIPCIÓN GENERAL

Una norma es una prescripción general o —como se suele decir también— una «regla de conducta»¹⁴.

El concepto de generalidad se comprende fácilmente en oposición a aquel de singularidad, haciendo referencia al supuesto de hecho al que se refiere el antecedente de la prescripción.

Se llama «singular» a una prescripción («precepto» podríamos llamarlo) que tiene como objeto un supuesto de hecho *singular*. Es decir, un supuesto de hecho —como suele decirse— *concreto* como, por ejemplo, el homicidio de Tizio por parte de Cayo, el contrato entre Mevio y Sempronio, etcétera.

Se llama «general» a una prescripción que tenga, por el contrario, como objeto una *clase* de supuestos de hecho. Es decir, un supuesto de hecho —como suele decirse— *abstracto*, tales como, por ejemplo, no el homicidio de Tizio por parte de Cayo, sino todos los homicidios cometidos por cualquiera contra cualquiera; no el contrato entre Mevio y Sempronio, sino los contratos de compra-venta entre unos contrayentes cualquiera¹⁵.

5. LA NORMA COMO PRESCRIPCIÓN ABSTRACTA

Una norma es, además, una prescripción abstracta. ¿Pero en qué sentido exactamente? El vocablo «abstracto» es ambiguo.

miento «x» es obligatorio, el comportamiento «y» está prohibido). En las normas en sentido genérico —de las cuales hablaremos más adelante— que no son prescripciones, el consecuente puede asumir contenidos de lo más variado: la adquisición de un estatus (mayor de edad, ciudadano, etc.), la adscripción de una situación jurídica subjetiva ventajosa (una pretensión, una competencia, una libertad, etc.), la validez o la invalidez de un acto, etcétera.

¹⁴ La generalidad es una característica definitoria del concepto común de regla. No sería apropiado llamar «regla» a una prescripción singular.

¹⁵ Nótese: una prescripción general tiene necesariamente carácter condicional o hipotético. Esto es así, necesariamente, por razones lógicas relativas a la propia estructura lógica del enunciado que la expresa. El enunciado «Cualquiera que cometa homicidio debe ser castigado» es, en efecto, lógicamente equivalente al enunciado «Si alguien comete homicidio, entonces debe ser castigado». Una prescripción general puede ser siempre reelaborada en forma condicional: «Si..., entonces...». Por otro lado, no tiene sentido hablar de generalidad en relación a algunas normas en sentido genérico (*ad es.*, normas de abrogación, normas de interpretación auténtica, normas definitorias) que no se prestan a ser reconstruidas de forma condicional.

Parece que una prescripción debe calificarse como «abstracta» toda vez que *hace abstracción* —prescinde, si se prefiere decir así— de todo supuesto de hecho *concreto*. Pero la ambigüedad nace del hecho de que hay dos formas bastante diferentes en las que una prescripción puede *no* hacer abstracción de supuestos de hechos concretos y, por tanto, *no* ser abstracta.

Por un lado, una prescripción *no* es abstracta toda vez que se refiera a un supuesto de hecho *concreto singular* —el contrato entre Tizio y Cayo, el asesinato de Mevio a manos de Sempronio— y no a una clase de supuestos de hecho. Y es aparentemente éste el concepto de abstracción común y tácitamente adoptado¹⁶.

Por el otro lado, una prescripción *no* es abstracta toda vez que se refiere a un supuesto de hecho —ya sea un supuesto de hecho singular o a una clase de supuestos de hechos, poco importa en este caso— *pasado*, que ya se ha verificado y, por tanto, ha sido previamente identificado o, es identificable de algún modo («Sobre las rentas producidas el año pasado es debido pagar el impuesto», «Dado que el ayuntamiento de Montelusa ha sufrido daños por el terremoto, debe ser financiado»).

Hay, por tanto, dos conceptos de abstracción.

a) En un primer sentido, una prescripción es abstracta toda vez que sea —banalmente— *general*. En este primer sentido, en definitiva, generalidad y abstracción coinciden: dos términos para un solo concepto.

Si se entiende el vocablo «abstracto», en este primer sentido, como sinónimo de «general», decir que las normas son prescripciones generales y abstractas —como se suele hacer— es un modo de expresarse obviamente redundante. Si acaso, se debería decir que las normas son prescripciones generales o abstractas. En definitiva, así entendida, la abstracción no es una propiedad interesante (coincide con la generalidad).

b) En un segundo sentido, por el contrario, una prescripción es abstracta toda vez que dispone un supuesto de hecho futuro, es decir, *no es retroactiva*¹⁷.

¹⁶ En la literatura predomina que se modelen los conceptos de generalidad y abstracción de manera muy diferente a como se ha hecho en el texto. Efectivamente, tales conceptos son variables dependientes de formas diferentes de concebir las normas jurídicas. Ahora bien, muchos autores conciben las normas jurídicas como enunciados (no hipotéticos) del tipo «Los sujetos S deben realizar la conducta C». De este modo, tales autores se ven inducidos a definir la generalidad en relación a los sujetos destinatarios —es general la norma que esté dirigida a una clase de sujetos— y la abstracción en relación a la conducta prescrita —es abstracta una norma que prescriba una clase de acciones—. Véase, por ejemplo, N. BOBBIO, *Teoría generale del diritto*, Torino, 1993, p. 148 (trad. esp. *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1993); N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, pp. 11 y ss., 148; N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 222 y ss.; G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, op. cit., pp. 13 y ss.

¹⁷ Afirma bien G. ZAGREBELSKY (*Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 33) que «La abstracción [...] es enemiga de las leyes retroactivas, necesariamente "concretas"» (trad. esp. *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995).

En efecto, se llama retroactiva a una prescripción que conecta una consecuencia jurídica con un hecho sucedido con anterioridad a que la prescripción en cuestión fuera promulgada (las rentas producidas el año anterior, los daños causados por el terremoto sufridos por el ayuntamiento de Montelusa)¹⁸.

Solo si se entiende el vocablo «abstracto» en este segundo sentido —como sinónimo de «no retroactivo»— afirmar que las normas son prescripciones generales y abstractas se convierte en algo sensato. Y es, precisamente en este segundo sentido, en el que las normas son prescripciones (generales y) abstractas. Una norma, dicho en otros términos, es una prescripción no retroactiva.

6. DISPONER VS. RESOLVER

El concepto de abstracción —entendido en el segundo modo, es decir, como no retroactividad— permite distinguir entre «disponer» *para el futuro* de «resolver» *hacia el pasado*¹⁹: las normas de las resoluciones²⁰.

Las normas son prescripciones generales y abstractas (no retroactivas). Una resolución, por el contrario, es una prescripción —general o singular, según el caso— retroactiva. Por ejemplo: «Se deben erogar determinados fondos a los municipios que han sufrido daños por el terremoto del mes pasado».

Disponer significa estatuir la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho general y abstracto, es decir, decidir previamente, *ex ante*, en relación a una clase de supuestos de hecho futuros, sobre los cuales, por esta misma razón, se realiza una hipótesis —y no se constata anteriormente— su acaecimiento.

Resolver, por el contrario, significa estatuir una consecuencia jurídica de uno o más supuestos de hecho, es decir, decidir posteriormente, *ex post facto*, en relación a las circunstancias precisas que ya se han verificado.

Tómese el esquema de razonamiento típico —o al menos eso se supone— de todo órgano de aplicación del derecho:

¹⁸ Véase *infra*, cap. XXV, cuarta parte.

¹⁹ Una cosa es «disponer, de manera preventiva y general, es decir, el dar una regla para la acción»; otra es «resolver, caso por caso y en concreto»: V. CRISAFULLI, «Atto normativo», en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 255.

²⁰ Naturalmente, también las resoluciones, se refieren en un determinado sentido al futuro. Se está hablando aquí de prescripciones —órdenes de hacer u omitir algo— y no se puede, sensatamente, ordenar un comportamiento para el pasado. De este modo, la prescripción que dispone el pago de un determinado impuesto por las rentas producidas el año anterior se refiere a eventos que ya han sucedido, pero prescribe un comportamiento (el pago del impuesto) obviamente futuro. Y la prescripción que dispone financiar al ayuntamiento que ha sufrido los daños de un terremoto se refiere a un evento que ya ha sucedido, aunque de nuevo prescribe una conducta (el financiamiento) que debe realizarse en el futuro. En ambos casos, solo el antecedente (*el supuesto de hecho*) es, dicho de algún modo, «conjugado» en pasado; el consecuente solo puede ser «conjugado» en futuro.

Si alguien mata, entonces debe ser castigado.

Tizio ha matado a Cayo.

Entonces Tizio debe ser castigado.

Pues bien, *dispone* quien instituye la premisa normativa de este razonamiento, «Si alguien mata, entonces debe ser castigado». Por el contrario, *resuelve* quien constata que «Tizio ha matado a Cayo», y concluye por tanto que «Tizio debe ser castigado» («Dado que Tizio ha matado a Cayo, entonces Tizio debe ser castigado»).

Normas y resoluciones tienen diferente estructura lógica.

El enunciado que expresa una norma tiene estructura lógica condicional, esto es, es formulado —o puede en cualquier caso ser reconstruido— como un enunciado condicional («Si..., entonces...»). Por el contrario, una resolución es formulada —o puede en cualquier caso ser reconstruida— en términos de «dado que». Una prescripción retroactiva tendrá siempre la siguiente estructura latente: «Dado que..., entonces...».

Como puede observarse, el antecedente de una resolución no es tanto una condición del consecuente como su «motivación». En síntesis, el antecedente de una norma versa sobre hechos futuros contingentes, mientras que el antecedente de una resolución versa sobre hechos que ya se han producido.

CAPÍTULO V VARIEDAD DE NORMAS

1. NORMAS EN SENTIDO GENÉRICO

El derecho está lleno de enunciados no prescriptivos¹. Los enunciados de este tipo no expresan «normas» (jurídicas) en sentido estricto, sino solo normas en sentido amplio y genérico ya que, en sentido estricto, una norma es precisamente una prescripción, una orden (de hacer u omitir), general y abstracta, dotada de estructura condicional².

Sin pretender ser exhaustivo, se pueden censar, por lo menos, los siguientes tipos de normas en sentido genérico.

i) Normas de competencia (o normas que confieren poderes): son aquellas normas que instituyen autoridad, es decir, confieren a un sujeto la competencia —la autoridad, el poder— de crear y abrogar otras normas o, según el caso, de aplicarlas. Podemos encontrar buenos ejemplos en los arts. 70 y 102.1 de la Constitución italiana.

ii) Normas permisivas: son aquellas normas que califican un determinado comportamiento como permitido, facultativo o libre, es decir, permitido y facultativo al mismo tiempo. Se encuentran buenos ejemplos en los arts. 17, 18, y 19, Const. it.

iii) Normas definitorias: son aquellas normas que determinan el significado de un término o sintagma usado en la formulación de otras normas.

¹ Bien entendido, no son tampoco descriptivos. Véase G. CARCATERA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974; G. CARCATERA, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979.

² Una elaborada teoría general de las normas se encuentra en R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, 1998.

Un buen ejemplo se encuentra en el art. 1.321, Cod. civ. it. (definición de «contrato»)³.

iv) Normas interpretativas: son aquellas normas que determinan el significado de un enunciado usado en la formulación de una norma precedente («El art. "x" de la ley "y" debe ser entendido en el sentido...»). Podemos encontrar buenos ejemplos en todas las así llamadas leyes de «interpretación auténtica».

v) Normas de reenvío: son aquellas normas que no disciplinan directamente un supuesto de hecho, sino que indican a los órganos de aplicación (los jueces, la administración pública) en qué otra fuente o disposición buscar la regulación del supuesto de hecho en cuestión. Se encuentran buenos ejemplos en las normas llamadas de «derecho internacional privado» (Ley 218/1995 de la Rep. it.).

vi) Normas sobre la eficacia de normas: son aquellas normas que circunscriben —por ejemplo, en el tiempo o en el espacio— los efectos jurídicos de otras normas. Un ejemplo: el principio general de irretroactividad (art. 11.1 de las Disp. prel. cod. civ. it.), en virtud del cual las leyes producen efectos jurídicos solo hacia el futuro.

vii) Normas sobre conflictos entre normas: son aquellas normas que, en presencia de dos normas incompatibles, indican a los órganos de aplicación qué norma preferir y aplicar⁴. Encontramos un buen ejemplo en el principio «*lex posterior derogat legi priori*» (art. 15, Disp. prel. cod. civ. it.).

viii) Normas de abrogación: son aquellas normas que —dicho de algún modo (aunque no sea del todo preciso)— «suprimen» la eficacia de una norma preexistente, esto es, privan a una norma preexistente de efectos jurídicos⁵. Por ejemplo: «Queda abrogado el art. "x" de la ley "y"».

2. FRAGMENTOS DE NORMAS

Es necesario insistir en que todas las normas en sentido genérico que hemos mencionado —a diferencia de las normas entendidas en sentido estricto (órdenes)— no son susceptibles de obediencia ni de violación dado que no dirigen el comportamiento. ¿Para qué sirven entonces?

Pues bien, todas las normas en sentido genérico son *funcionalmente dependientes* de las prescripciones⁶. En particular:

³ Las definiciones legislativas son, obviamente, definiciones estipulativas.

⁴ Pero naturalmente pueden darse conflictos —no solo entre prescripciones sino también— entre normas en sentido genérico, como aquellas de las que estamos hablando.

⁵ Este modo de hablar no es preciso porque, hablando en términos generales y en virtud del principio general de irretroactividad (art. 11.1, Disp. prel. cod. civ. it.), las normas de abrogación no «suprimen» enteramente la eficacia de las normas a las cuales se refieren pero las circunscriben en el tiempo: las normas abrogadas conservan su eficacia en relación a los supuestos de hecho surgidos antes de su abrogación. Véase cap. XXV, cuarta parte.

⁶ Cfr. U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, p. 235. Un conjunto de «normas» en sentido genérico que no incluyese ninguna norma en sentido estricto (alguna prescripción de hacer o

i) Las normas de competencia confieren el poder de crear y abrogar prescripciones.

ii) Las normas permisivas⁷ cumplen, dependiendo del caso, la función:

a) De abrogar o derogar (tácitamente) prescripciones preexistentes, o bien la función.

b) De prohibir la creación de prescripciones futuras (en particular, crear prohibiciones) por parte de las autoridades normativas subordinadas.

iii) Las normas definitorias cumplen la función de precisar el significado de otras prescripciones en las cuales sea usado el término definido.

iv) Las normas interpretativas cumplen la función de determinar el contenido de prescripciones preexistentes.

v) Las normas de reenvío indican a los órganos de aplicación qué prescripciones deben ser aplicadas.

vi) Las normas sobre la eficacia de las normas cumplen la función de establecer el ámbito de eficacia de las prescripciones.

vii) Las normas sobre los conflictos entre normas indican a los órganos de aplicación a qué prescripción dar preferencia en caso de conflicto entre varias prescripciones.

viii) Las normas de abrogación cumplen la función de suprimir la eficacia de prescripciones preexistentes.

Como puede observarse, todas las normas no prescriptivas —o normas en sentido genérico— desarrollan alguna función en relación a las prescripciones. Por esta razón se suele decir que no son normas «autónomas» —es decir, dotadas de una función independiente— sino que son únicamente «fragmentos» de las prescripciones a las que se refieren. De este modo, por ejemplo, una norma de competencia, en un determinado sentido, no es otra cosa que un fragmento de todas las prescripciones que serán creadas por la autoridad que aquella ha instituido; una norma definitoria no es otra cosa que un fragmento de todas las prescripciones en las cuales es empleado el término definido.

3. NORMAS CONSTITUTIVAS

Las normas en sentido genérico (o la mayoría de aquellas) son, en ocasiones, denominadas «normas constitutivas», en oposición a las «normas prescriptivas» o normas en sentido estricto.

de omitir) no sería reconocible como un ordenamiento jurídico (ni tampoco como un ordenamiento no jurídico de la conducta).

⁷ Véase, para un análisis más profundo, F. POGGI, *Norme permissive*, Torino, 2004, que contiene una bibliografía completa.

Son constitutivas aquellas normas que, precisamente, no prescriben nada a nadie —y, por tanto, carecen de destinatarios, y no son susceptibles de obediencia ni de violación— pero que crean directamente algún efecto jurídico⁸ (que no sea el nacimiento de una obligación⁹).

Se pueden distinguir al menos dos tipos:

i) Son constitutivas, en primer lugar, las normas que no parecen reconducibles a la forma estándar de un enunciado condicional como, por ejemplo, las normas de abrogación y las normas de interpretación auténtica.

ii) Son constitutivas, además, las normas que, aunque estén dotadas de estructura condicional («Si H, entonces J»), a diferencia de las normas en sentido estricto —que contienen en su consecuente («J») la calificación deóntica de un comportamiento («x» es obligatorio, «y» está prohibido)— no tienen expresiones deónticas en el consecuente (no son normas de conducta). Por ejemplo: «Los mayores de dieciocho años son mayores de edad», «El Parlamento ejerce la función legislativa», «Los ciudadanos tienen el derecho a asociarse», etcétera¹⁰.

4. NORMAS Y METANORMAS

El término «metanorma» es usado de maneras diferentes¹¹.

i) En sentido estricto, se llama «metanorma» a toda norma que tenga por objeto (no la conducta, sino)

a) otras normas: como, por ejemplo, el principio de irretroactividad (art. 11.1, Disp. prel. cod. civ. it.) que tiene como objeto las normas de las leyes en general, o bien

⁸ Cfr. G. CARCATERA, *Le norme costitutive*, op. cit.; G. CARCATERA, *La forza costitutiva delle norme*, op. cit.

⁹ Las normas que tienen como efecto el nacimiento de una obligación son obviamente prescripciones o normas en sentido estricto.

¹⁰ G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, pp. 38 y ss. En otro sentido se habla de «reglas constitutivas» (un ejemplo paradigmático serían las reglas de un juego) que no tanto, o no solo, disciplinan sino que además «crean» o «definen» nuevas formas de comportamiento. Tales formas de comportamiento —cuya existencia depende de reglas constitutivas— son llamadas «hechos institucionales». Por ejemplo: son reglas constitutivas aquellas que dan vida a «instituciones» como la promesa, el matrimonio, la propiedad, la jurisdicción y la legislación. «Legislar» no sería legislar en ausencia de aquellas normas que confieren a un determinado comportamiento humano el sentido (el valor) de «legislación». Sin tales normas, quizás el propio vocablo «legislar» no tendría ningún sentido. Lo mismo se puede decir para «juzgar (en sede jurisdiccional)», «prometer», o «jugar al ajedrez». Cfr. J. R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969 (trad. esp. *Actos de habla*, Madrid, Cátedra, 1994). Véase también M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996, cap. II.

¹¹ Cfr. T. MAZZARESE, «Metanorme e linguaggio deontico. Un'analisi logica», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982; T. MAZZARESE, «Metanorme. Rilevi su un concetto scomodo della teoria del diritto», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996.

b) otras disposiciones: como, por ejemplo, «Queda abrogado el art. "x" de la ley "y", que tiene por objeto la disposición abrogada».

No hace falta decir que las metanormas en cuestión —no teniendo por objeto una conducta— no son normas en sentido estricto (prescripciones), sino «fragmentos» de normas.

ii) En sentido amplio, se llama también «metanormas» a las normas que tienen por objeto (no propiamente otras normas o disposiciones, sino)

c) actos normativos: como, por ejemplo, «La función legislativa es ejercida colectivamente por las dos Cámaras», art. 70, Const. it.

5. NORMAS PRIMARIAS Y NORMAS SECUNDARIAS

i) Se suele llamar «primarias» a las normas comunes de conducta, es decir, las normas que atribuyen o imponen situaciones jurídicas subjetivas (derechos, obligaciones, etc.) a los ciudadanos comunes¹².

ii) Se llama, por el contrario, «secundarias» a las normas —metanormas en sentido amplio— sobre la producción y aplicación del derecho, es decir, aquellas que confieren poderes («legislativos» en sentido genérico, o sea, normativos; ejecutivos; jurisdiccionales) y disciplinan su ejercicio¹³.

Dentro de las normas secundarias, ocupan un lugar especial —y requieren un tratamiento independiente— las llamadas normas «sobre la producción jurídica», esto es, aquellas normas que confieren y disciplinan el ejercicio de competencias normativas. Diremos más sobre este punto a su debido tiempo¹⁴.

6. NORMAS FORMULADAS Y NORMAS INEXPRESAS

Son formuladas —y «emanadas» o «promulgadas» pero en un sentido genérico y no técnico— las normas que, precisamente, encuentran enunciación o formulación expresa en alguna disposición normativa (o en un fragmento de disposición normativa).

Son inexpresas, por el contrario, las normas derivadas a partir de las normas formuladas (o de una combinación de normas formuladas, o de una combinación de fragmentos de normas formuladas) mediante procedimientos argumentativos

¹² Diremos algo más en el capítulo VIII.

¹³ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961 (trad. esp. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004); N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, pp. 175 y ss.; N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 177 y ss., 233 y ss.

¹⁴ Cap. X, segunda parte.

de diferente naturaleza, bien lógicos (*i. e.* deductivos), bien pseudo-lógicos (por ejemplo, mediante la analogía).

Toda norma inexpressa, como tendremos ocasión de ver, es fruto —ya no de una promulgación o de una emanación sino— de un razonamiento «constructivo» de los intérpretes.

CAPÍTULO VI NORMAS DE CONDUCTA

1. LAS MODALIDADES DEÓNTICAS

Hemos convenido que, hablando en términos generales, las normas jurídicas son enunciados condicionales dotados de una estructura del tipo «Si H, entonces J», donde el antecedente «H» —llamado «supuesto de hecho (abstracto)»— se refiere a una clase de hechos, eventos o circunstancias, y el consecuente «J» se refiere a los efectos jurídicos (obligaciones, poderes, sanciones, etc.) conectadas a tal clase de hechos¹.

Pues bien, se llaman *normas de conducta* a todas aquellas normas cuyo consecuente califica un comportamiento —una acción o una omisión— como obligatorio, prohibido, permitido, o facultativo.

A los términos «obligatorio», «prohibido», «permitido», y «facultativo» se les llama *modalidades deónticas* (o modos deónticos), ya que —como en seguida veremos— todos ellos son traducibles en términos de «deber» (o, lo que es lo mismo, en términos de «obligación»)².

El consecuente de una norma de conducta puede, por tanto, ser representado simplemente como la combinación de una modalidad deóntica y de una expresión que designa un comportamiento: «Es obligatorio x», «Está prohibido y», «Está permitido z», etcétera.

¹ Como se recordará, las normas «constitutivas» son una excepción: normas de abrogación o normas de interpretación auténtica.

² Se llama *lógica deóntica* a aquella parte de la lógica que estudia el comportamiento lógico de los enunciados deónticos (concediendo que los enunciados deónticos tengan un comportamiento lógico, lo que no es seguro).

No obstante, las expresiones que denotan un comportamiento pueden ser concebidas como *proposiciones* que describen acciones u omisiones (o, si así se prefiere, los estados de cosas resultantes de acciones u omisiones)³. Por ejemplo, la norma «Los asesinos deben ser castigados» puede ser reformulada sin que se pierda su significado diciendo «Es obligatorio que los asesinos sean castigados». De esta forma, resulta evidente que la norma consiste en la combinación de la calificación deóntica «obligatorio» (los asesinos «deben»...) y de la proposición que describe la acción de castigar a los asesinos (o bien, el estado de cosas en el que los asesinos son castigados): «que los asesinos sean castigados»⁴.

Por tanto, podemos representar los consecuentes de las normas de conducta como la combinación de modalidades deónticas y de proposiciones.

Si, como se suele hacer, simbolizamos las modalidades deónticas con letras mayúsculas «O» para obligatorio, «Ph» para prohibido, «P» para permitido, y «F» para facultativo; si, además, introducimos un símbolo artificial «¬» para la negación («no»); y si, finalmente, simbolizamos las proposiciones con letras minúsculas «p», «q», «r», «s», etc.; entonces el consecuente de las normas puede ser representado de forma abreviada en modo simple de la siguiente manera:

- Op (Es obligatorio que...).
 - Phq (Está prohibido que...).
 - Pr (Está permitido que...).
 - Fs (Es facultativo que...).
 - O¬p (Es obligatorio que no...).
 - Ph¬q (Está prohibido que no...).
- etcétera.

Se llaman «imperativas» a las normas que califican la conducta obligatoria o prohibida (órdenes y prohibiciones, respectivamente); se llaman (genéricamente) «permisivas» a las normas que califican la conducta como permitida (en sentido estricto) o facultativa (normas permisivas y facultativas respectivamente)⁵.

³ En lógica se llama «proposición» a —el contenido de significado de— un enunciado dotado de uno de los dos valores de verdad, es decir, que puede ser considerado verdadero o falso.

⁴ Si concebimos como proposiciones las expresiones que denotan comportamientos (los estados de cosas resultantes de comportamientos), las modalidades deónticas serán a su vez concebidas como «operadores», es decir, como expresiones mediante las cuales se «realizan operaciones» sobre las proposiciones.

⁵ Es necesario prestar atención a la característica ambigüedad de algunos enunciados en términos de «obligación» (propia, por lo demás, de todos los enunciados deónticos). Considérese, por ejemplo, el siguiente enunciado negativo: «Tizio no tiene la obligación de hacer x». En el contexto apropiado (por ejemplo, en el ámbito de un discurso legislativo) este enunciado es idóneo para expresar una norma facultativa (la cual, imaginemos, suprime una obligación previa): facultativa es aquella conducta cuya comisión no es obligatoria. Pero en un contexto diferente (por ejemplo, en el ámbito de un manual de derecho), el mismo enunciado ya no expresaría una norma sino una proposición normativa (verdadera

2. EL SIGNIFICADO DE LOS TÉRMINOS DEÓNTICOS

Para aclarar el significado de los términos que expresan modalidades deónticas son necesarias tres observaciones.

Primera. Los términos deónticos son instrumentos lingüísticos para calificar —pero no para denotar— comportamientos humanos (y para generar emociones y actitudes humanas sobre los comportamientos así calificados). Aquellos carecen de referente semántico: no denotan objetos, eventos, o propiedades observables⁶. Sirven, podemos afirmar, para instituir una conexión normativa entre un sujeto (destinatario de la norma) y un comportamiento (objeto de la norma).

Segundo. Por esta razón los términos deónticos no pueden ser definidos haciendo referencia a términos no deónticos. Dicho con otras palabras: en el *definiens*⁷ de un término deóntico no pueden aparecer términos factuales, no deónticos. Por otro lado, en el *definiens* no puede no aparecer otro término deóntico. Esto es lo mismo que decir que los términos deónticos son *interdefinibles*: solo pueden ser definidos uno por medio de otro.

Tercero. Cualquiera de los términos deónticos puede ser usado como término primitivo, no definido, para definir todos los demás (con el auxilio de la negación). En otras palabras: para definir los términos deónticos es necesario renunciar a definir uno de ellos (cualquiera), teniendo que fiarnos de la comprensión intuitiva de su significado, y usarlo luego para definir el resto⁸.

Por ejemplo, si usamos como término no definido «obligatorio», tendremos las siguientes definiciones del resto de términos:

- Php = O¬p («Prohibido que ...» significa «Obligatorio que no ...»).
- Pp = ¬O¬p («Permitido que ...» significa «No obligatorio que no ...»).
- Fp = ¬Op («Facultativo que ...» significa «No obligatorio que ...»)⁹.

o falsa) acerca de la ausencia de una obligación. Ahora bien, en el lenguaje común, nosotros diríamos que un sujeto tiene una facultad o un permiso para actuar tanto en presencia de una norma explícita facultativa o permisiva, como frente a la ausencia de una norma imperativa. Sin embargo, esto significa que los dos términos —«permiso» y «facultad»— son usados por nosotros de manera no constante. En un caso, tales términos son usados en sentido fuerte para referirse al contenido de ciertas normas (permisivas o facultativas); en el otro caso, los mismos términos son usados en sentido débil para referirse a la ausencia de normas imperativas.

⁶ A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), Torino, Einaudi, 1965, pp. 149 y ss. (trad. esp. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997); K. OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad* (1962), México, Fontamara, 1998.

⁷ Una definición, como se recordará, es un enunciado con la forma: «x» significa «y». Se llama *definiendum* a la expresión (vocablo o sintagma) definida («x»), y *definiens* a la expresión usada para definirla («y»).

⁸ G. H. von WRIGHT, «Deontic Logic», en *Mind*, 1951; A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Università di Torino, 1962.

⁹ Como se muestra, todas las modalidades deónticas son traducibles en términos de «obligación» (o «deber»).

Si, por el contrario, usamos como término no definido «permitido», las definiciones del resto de términos serán estas:

- Op = $\neg P \neg p$ («Obligatorio que ...» significa «No permitido que no ...»).
- Php = $\neg Pp$ («Prohibido que ...» significa «No permitido que...»).
- Fp = $P \neg p$ («Facultativo que ...» significa «Permitido que no ...»).

3. RELACIONES LÓGICAS ENTRE LOS TÉRMINOS DEÓNTICOS

Entre los términos deónticos subsisten las siguientes relaciones lógicas principales:

1) Permitido y no-permitido son, obviamente, alternativos, mutuamente excluyentes. Esto es lo mismo que decir que un comportamiento (una acción o una omisión) no puede ser al mismo tiempo tanto permitido como no permitido; y que, por otra parte, un mismo comportamiento puede ser solo permitido o no permitido (*tertium non datur*)¹⁰.

2) De la alternatividad entre permitido y no-permitido se sigue naturalmente que un comportamiento no puede ser simultáneamente permitido y prohibido (es decir, precisamente, no-permitido). El uso del permiso constituiría una violación de la prohibición. La observancia de la prohibición, por lo demás, no constituiría una violación del permiso ya que las normas permisivas pueden ser o no usadas, pero no pueden ser observadas ni violadas (no tiene sentido hablar de la observancia o de la no observancia en relación a las normas permisivas).

3) De la alternatividad entre permitido y no-permitido se sigue además que un comportamiento no puede ser simultáneamente facultativo (es decir, permitida su omisión) y obligatorio (es decir, no permitida su omisión). De nuevo: el uso de la facultad constituiría la violación de la obligación. Pero la observancia de la obligación no constituiría violación de la facultad, ya que las normas que facultan —precisamente como aquellas permisivas (en sentido estricto)— pueden ser usadas o no usadas, pero no pueden ser observadas ni violadas.

4) De la alternatividad entre permitido y no-permitido se sigue, todavía, que un comportamiento no puede ser simultáneamente prohibido (es decir, no-permitido) y obligatorio (es decir, no permitida su omisión). Si un comportamiento fuese calificado como prohibido por una primera norma y calificado como obligatorio por una segunda norma, las dos normas no podrían ser satisfechas —al menos no simultáneamente— ya que el cumplimiento de una supondría la violación de la otra.

¹⁰ Naturalmente, es perfectamente posible que, *de hecho*, un legislador califique un mismo comportamiento *bien* como permitido, *bien* como no permitido. El problema es que tal conjunto de normas no podría ser «satisfecho».

5) Obligatorio implica permitido. Si una acción es obligatoria, entonces está permitido cumplirla: si no fuera permitida, entonces estaría prohibida, pero —como ya hemos dicho— una misma acción no podría ser simultáneamente prohibida y obligatoria.

6) Permiso y facultad son compatibles. De un mismo comportamiento puede ser permitida tanto su comisión como su omisión (facultad es precisamente el permiso de omitir el comportamiento). La conjunción del permiso de hacer y de la facultad de no hacer es aquello que podemos llamar «libertad».

4. NORMAS IMPERATIVAS Y NORMAS PERMISIVAS EN LOS SISTEMAS NORMATIVOS

Las normas imperativas y las normas permisivas desarrollan, en los ordenamientos normativos, funciones diferentes¹¹.

1) En el plano de las ordinarias normas de conducta dirigidas a los ciudadanos, se puede decir que —en un sentido importante— las normas imperativas cumplen una función primaria, mientras que las normas permisivas desarrollan una función secundaria¹², en el siguiente sentido.

Un hipotético ordenamiento normativo constituido únicamente por normas permisivas difícilmente sería reconocible como un ordenamiento de la conducta humana. Esto es así, precisamente, porque en ausencia de obligaciones y de prohibiciones un ordenamiento tal sería prácticamente indistinguible de un «estado de naturaleza» caracterizado por la ausencia de toda norma de conducta, es decir, un Estado en el que todo comportamiento estaría permitido¹³. Desde esta perspectiva, las normas imperativas cumplen una función —por decirlo de algún modo— constitutiva en los ordenamientos normativos: no hay ordenamiento normativo sin normas imperativas.

Por otro lado, como ya se ha señalado (en el capítulo precedente), en los ordenamientos normativos empíricos las normas permisivas encuentran su uso típico en una u otra de las dos siguientes funciones (o, eventualmente, en ambas)¹⁴.

Por un lado, las normas permisivas son empleadas para eliminar obligaciones precedentes en aquellos ordenamientos que incluyen el así llamado

¹¹ J. RUIZ MANERO, «Una tipología delle norme costituzionali», en *Ragion pratica*, 32, 2009, pp. 277 y ss. [trad. esp. «Una tipología de las normas constitucionales», en J. AGUILÓ (ed.), *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Madrid, Iustel, 2007].

¹² U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 221 y ss.

¹³ Más en concreto, en el «estado de naturaleza» (en ausencia de todo ordenamiento jurídico) todo comportamiento estaría, como se suele decir, permitido «en sentido débil», es decir, permitido no porque haya una norma que expresamente lo califique así, sino sencillamente porque no hay ninguna norma que lo prohíba.

¹⁴ Véase F. POGGI, *Norme permissive*, Torino, Giappichelli, 2004, y la vasta bibliografía allí citada.

principio de *lex posterior* (calificar como permitido o facultativo un comportamiento anteriormente calificado como obligatorio o prohibido produce la abrogación o la derogación de la norma que lo ordenaba o lo prohibía).

Por otro lado, las normas permisivas sirven para prevenir —o en cualquier caso para invalidar— la institución de obligaciones (en particular, obligaciones de omitir, es decir, prohibiciones) por parte de autoridades normativas subordinadas, dentro de aquellos ordenamientos en los que rige el principio de la *lex superior*¹⁵ (por ejemplo, si una constitución rígida califica como permitido un determinado comportamiento, sería constitucionalmente ilegítima, y por tanto inválida, una ley ordinaria que pretendiera prohibirlo).

2) En el plano de las normas sobre la producción normativa (normas no sobre comportamientos, sino sobre actos normativos), las normas permisivas cumplen, por el contrario, una función primaria, mientras que las normas imperativas juegan un rol secundario. Las normas permisivas, en efecto, son —al menos según algunos autores¹⁶— instrumentos para instituir autoridades normativas (por ejemplo, para conferir a un órgano el poder legislativo), mientras que las normas imperativas sirven para limitar o delimitar la autoridad normativa conferida (por ejemplo, para circunscribir el poder legislativo).

5. NORMAS IMPERATIVAS Y NORMAS SANCIONADORAS

Se llama «sanción» a la privación coercitiva de un bien, como la vida, la libertad o la propiedad.

Ahora bien, existe una doble relación lógica entre normas imperativas —órdenes y prohibiciones— y sanciones.

1) *Prohibiciones y sanciones.* En el lenguaje del legislador no siempre (es más, raramente) las prohibiciones son expresamente formuladas como tales: «En la circunstancia x, está prohibido y», «En la circunstancia w, está prohibido z», etcétera.

Tomemos, por ejemplo, la formulación estándar de las normas penales: normalmente el legislador no dice «Está prohibido matar hombres» («Si alguien es un hombre, entonces está prohibido matarlo»), sino que dice «Quien causase la muerte de un hombre es castigado», lo que claramente significa «Si alguien causa la muerte de un hombre, entonces debe ser castigado». Las normas penales, en otros términos, son normalmente formuladas como *normas sancionadoras*, i. e. normas que conectan un determinado comportamiento con una sanción.

¹⁵ Es decir, aquellos ordenamientos en los que las normas están jerárquicamente ordenadas.

¹⁶ No obstante, véase lo que se dirá en un próximo capítulo dedicado a las normas sobre la producción jurídica.

Las normas de este género sí son imperativas, pero están dirigidas a los órganos de aplicación, específicamente a los jueces, no a los ciudadanos: no prohíben a los ciudadanos matar personas sino que ordenan a los jueces sancionar los homicidios.

Se podría concluir que el ordenamiento simplemente *no* incluye la prohibición del homicidio, o bien la orden de no matar. Pero parece más sensato considerar que la norma que prohíbe el homicidio está *lógicamente implicada* en la norma que lo castiga: que la prohibición —la orden de no llevarlo a cabo— está lógicamente implícita en la norma sancionadora.

Esto supone que entre las prohibiciones y las sanciones existe la siguiente relación lógica: si una conducta está sancionada, entonces está prohibida. La sanción, en definitiva, es condición suficiente de una prohibición¹⁷. No hay sanción sin prohibición.

2) *Órdenes y sanciones.* Puede también suceder que un legislador formule una orden —o algo que parece una orden— («En las circunstancias x, es obligatorio y», «En las circunstancias w, es obligatorio z») sin asociar ninguna sanción a su violación.

Pues bien, en presencia de órdenes no sancionadas es sensato preguntarse: ¿estamos frente a órdenes genuinas? o ¿no se trata, más bien, de meras recomendaciones¹⁸?

Dicho de otro modo: ¿puede darse una orden sin sanción? O bien (otro modo de reformular la misma pregunta): ¿se puede decir que alguien tiene una obligación (de hacer o no hacer, poco importa) cuando la violación de la norma que le impone tal obligación carece completamente de consecuencia?¹⁹

Se puede defender —y muchos defienden— que sí: para instituir una obligación es necesario y suficiente una norma que califique como obligatorio un determinado comportamiento²⁰. Pero esta forma de ver las cosas hace, precisamente, indistinguibles las órdenes de las recomendaciones. Parece más sensato considerar que no se da ninguna orden u obligación sin una sanción.

Desde este punto de vista, entre órdenes y sanciones subsiste la siguiente relación lógica: si la omisión de una conducta no es sancionada, entonces

¹⁷ De este modo, cuando haya sido formulada una norma que asocia una sanción a una determinada conducta, formular la ulterior norma que califica la conducta como prohibida será superfluo [véase H. KELSEN, *Teoría general del derecho e dello stato* (1945). Milano, 1952, pp. 61 y ss. (trad. esp. *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1949)].

¹⁸ Cfr. N. BOBBIO, «Comandi e consigli», en N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino, 1970.

¹⁹ Con la excepción, quizás, de una genérica desaprobación social.

²⁰ Así parece pensar H. L. A. HART, «Il concetto di obbligo» (1966), en R. GUASTINI (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980.

aquella conducta no es obligatoria. La sanción, en definitiva, es condición necesaria de una orden: no hay órdenes sin sanciones.

Para no complicar en exceso el discurso, he hablado primero de las relaciones entre sanciones y prohibiciones y, después de las relaciones entre sanciones y órdenes. Pero, obviamente, prohibiciones y órdenes son congéneres: las prohibiciones son una subclase de las órdenes, ya que una prohibición no es otra cosa que la obligación de omitir o de no-hacer. Por tanto, las dos relaciones lógicas identificadas más arriba (entre sanción y prohibición, y entre sanción y orden) subsisten, bien entendido, entre sanciones y órdenes en general (esto es, entre órdenes de hacer y órdenes de no-hacer).

- i) Por un lado, no se da sanción sin orden (si sanción, entonces orden).
- ii) Por el otro, no se da orden sin sanción (si orden, entonces sanción).

En resumen, orden y sanción se implican recíprocamente²¹.

6. USO Y MENCIÓN DE LOS TÉRMINOS DEÓNTICOS

Como ya sabemos desde la introducción, toda expresión lingüística —y los términos deónticos no son una excepción— es susceptible de dos usos que deben ser cuidadosamente distinguidos.

Por un lado, una expresión puede ser usada en discurso directo: para significar aquello que la expresión significa. Por otro lado, una expresión puede ser usada en discurso indirecto para referirse o citar el discurso de otra persona. Pues bien, en el primer caso se dice que el término es *usado* (en sentido estricto y sin ulteriores especificaciones); en el segundo, se dice que el término no es usado sino *mencionado*, o bien *usado entre comillas*²².

Esta simple distinción es de gran relevancia en el análisis del discurso que emplea términos deónticos. En efecto, una cosa es usar (en sentido estricto) los términos deónticos, y otra cosa es mencionarlos. Los enunciados en los cuales el vocablo «obligación» es, por ejemplo, usado —como en un enunciado del legislador— expresan ciertamente normas: prescriben directamente. Por el contrario, los enunciados en los que «obligación» es solo mencionada —como, por ejemplo, en aquellos de un jurista— no prescriben, sino que se

²¹ Esta forma de ver las cosas —que se remonta a J. BENTHAM (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. de J. H. BURNS y H. L. A. HART, Oxford, 1966; *Of Laws in General*, ed. de H. L. A. HART, Oxford, 1970)— ha sido consumadamente teorizada por H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966 (trad. esp. *Teoría pura del derecho*, Porrúa, 2005). Cfr. P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto*, I, *Da Bentham a Kelsen*, Torino, Giappichelli, 2009.

²² Retomo el banal ejemplo que he usado en otro lugar: en el enunciado «Los gatos tienen cuatro patas», la palabra «gato» es *usada*; en el enunciado «“Gato” tiene cuatro letras», la misma palabra no es usada, sino *mencionada* (como indican las comillas). En este segundo enunciado se está empleado un meta-lenguaje respecto del cual el vocablo mencionado («gato») constituye el lenguaje-objeto.

refieren a lo que el legislador ha prescrito o, en algunos casos, reiteran (como un eco) las prescripciones legislativas²³. Por tanto, los términos deónticos —si bien normalmente son portadores de significado normativo— pueden ser empleados también en un discurso cognitivo²⁴.

7. ENUNCIADOS DEÓNTICOS EN FUNCIÓN COGNITIVA

Es una cuestión discutida en la literatura cuál es el significado de los enunciados deónticos cuando son empleados —especialmente por los juristas— en su función cognitiva²⁵. La discusión se ha centrado, en particular, sobre el significado de los enunciados en términos de «obligación» (o de expresiones equivalentes).

Todos concuerdan en que el término «obligación» no se presta a ser definido mediante la técnica de *genus et differentiam*²⁶, y que su significado tampoco puede ser aclarado simplemente exhibiendo un término o sintagma sinónimo que pueda sustituir a «obligación» en todos los casos sin pérdida de significado²⁷. Para analizar el significado de «obligatorio» es necesario considerar no el término aislado sino uno o varios enunciados completos en los cuales el término aparezca. Por ejemplo: ¿qué significa el enunciado «Tizio tiene la obligación de hacer x» pronunciado, imaginemos, por un jurista que pretende describir el derecho positivo? Una vez que hayamos traducido este enunciado en otro enunciado diferente (sinónimo), en el cual «obligación» no aparezca, entonces, el significado de «obligación» será aclarado.

²³ U. SCARPELLI, «Le “proposizioni giuridiche” come precetti reiterati», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967.

²⁴ En resumen, no está claro que un enunciado deóntico (por ejemplo: «El juez tiene la obligación de castigar a los ladrones») exprese una norma. Por el contrario, se pueden imaginar al menos cuatro posibles usos de un enunciado deóntico. a) En primer lugar, un enunciado deóntico, como el del ejemplo, puede ser usado, obviamente, para expresar una norma, esto es, para ordenar al juez que castigue a los ladrones. Es de esta forma como el legislador usa normalmente los enunciados deónticos. b) En segundo lugar, el mismo enunciado puede ser usado, reiterativamente, para confirmar o repetir una norma, confiriendo a aquella el propio consentimiento. Probablemente, esta es la forma en la que los jueces usan, en ocasiones, los enunciados deónticos ya formulados por el legislador, reflejando de este modo las palabras de la ley cuando se disponen a aplicarla. c) En tercer lugar, el mismo enunciado puede ser usado para describir —el contenido de— una norma, es decir, para informar de que «existe» (en algún sentido de esta equívoca palabra) la norma que ordena a los jueces castigar a los ladrones. Según algunos autores, este es el significado de los enunciados deónticos cuando son usados por los juristas (al menos en el contexto de los trabajos académicos). d) En cuarto lugar, el mismo enunciado puede ser usado para formular la hipótesis según la cual «existe» (es comúnmente aceptada) tal norma, y con la que se podría explicar, por ejemplo, la conducta repetida y constatada de los jueces de un determinado país hacia los ladrones. Tal vez sea este el modo en el que los enunciados deónticos son usados, en ocasiones, por los sociólogos empíricos del derecho o por los antropólogos.

²⁵ Cfr. R. GUASTINI (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, op. cit., parte II.

²⁶ Ello depende probablemente del hecho de que, como se ha dicho, es un término que carece de referente semántico.

²⁷ A decir verdad, «obligación» es *grosso modo*, sinónimo de «deber» pero —parece posible convenir— que la sustitución de «obligación» por «deber» no sería muy clarificadora.

1) *La tesis predictiva.* Algunos sostienen que el enunciado (en nuestra hipótesis, en función cognitiva) «Tizio tiene la obligación de hacer x» es perfectamente traducible en el enunciado «Si no hace x, Tizio probablemente incurrirá en una consecuencia desagradable (una sanción de cualquier tipo)».

Dicho con otras palabras: los enunciados cognitivos en términos de «obligación» serían proposiciones totalmente factuales, sin ninguna referencia a normas. Más en concreto, se trataría de predicciones o previsiones condicionales probabilísticas —sobre futuros contingentes— susceptibles de verificación o falsificación²⁸.

Es necesario señalar que, según esta forma de ver las cosas, *existe una relación conceptual* (y por tanto necesaria) *entre obligación y sanción*. No se puede decir que existe una obligación si no se da —probablemente— una sanción²⁹.

La tesis predictiva —si es entendida como un intento de explicar el uso común de «obligación» en contextos cognitivos— se presta a algunas críticas cuyo fundamento, sin embargo, es dudoso³⁰.

En primer lugar, algunos han sostenido que la tesis en cuestión aclara ya no tanto el significado de «tener una obligación», sino de «estar obligado (forzado o constreñido)».

En segundo lugar, no parece redundante decir que Tizio tiene una obligación, y añadir a continuación que probablemente Tizio sufrirá una sanción si no realiza la conducta exigida.

En tercer lugar, no parece contradictorio decir —según la forma habitual de expresarse— que Tizio tiene (o tal vez «tendría») una obligación pero que, no obstante, probablemente no será en absoluto castigado (en la medida en que consiga escapar de la sanción).

2) *La tesis normativa.* Otros sostienen que la traducción apropiada del enunciado «Tizio tiene la obligación de hacer x» es otra muy distinta; *grosso modo*: «Existe una norma que ordena a Tizio hacer x».

Dicho con otras palabras: los enunciados cognitivos en términos de «obligación» serían proposiciones ni fácticas, ni predictivas, sino proposiciones existenciales —sobre la existencia— de normas³¹.

²⁸ Esta idea se remonta a J. BENTHAM, sobre quien puede verse P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto*, I, *Da Bentham a Kelsen*, op. cit., pp. 20 y ss.

²⁹ Hemos encontrado anteriormente esta tesis, hablando en términos generales de las relaciones lógicas entre sanciones y órdenes.

³⁰ Véase G. GAVAZZI, «In difesa (parziale) di una concezione predictiva dell'obbligo giuridico» (1966), en R. GUASTINI (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980.

³¹ H. L. A. HART, «Il concetto di obbligo», op. cit.

Nótese: según esta forma de ver las cosas, *no existe relación conceptual necesaria entre obligación y sanción*. Podrían haber obligaciones sin sanción: para que haya una obligación es suficiente con que haya una norma imperativa, aunque falte la correspondiente norma sancionadora.

Respecto a la anterior, esta tesis captura quizás algunos usos efectivos de «obligación» en el lenguaje ordinario³². No obstante, es necesario notar que tal explicación se basa, por desgracia, en una noción bastante huidiza y equívoca como es la noción de «existencia de una norma». ¿Qué significa esta locución? De hecho, aquella es usada y entendida al menos de dos modos diferentes. Algunos (los «normativistas») consideran que una norma existe toda vez que aquella haya sido válidamente promulgada. Otros (los «realistas») consideran que una norma existe toda vez que sea previsible que los tribunales la apliquen en el futuro. Naturalmente, si se acoge esta segunda noción de «existencia de una norma», se vuelve, oblicuamente, a la tesis predictiva.

Por otra parte, los enunciados en los que «obligación» se refiere a la existencia de una norma raramente tienen un sentido puramente cognitivo. Normalmente, tales enunciados presuponen —o sin más expresan— la aceptación de la norma a la que se refieren, es decir, son usados para reiterar —repetir como un eco— la obligación en cuestión³³, y para justificar una conclusión abiertamente normativa³⁴. Por ejemplo: «Tizio tenía la obligación de hacer x. No ha hecho x. Por tanto, debe ser castigado».

Estas dos tesis acerca del significado de «obligación» en el discurso cognitivo presuponen dos teorías distintas de la ciencia jurídica. La contraposición entre estas dos teorías constituye el hilo conductor del debate sobre la ciencia jurídica en la literatura del siglo pasado³⁵.

La tesis predictiva no es otra cosa que un aspecto de la teoría realista de la ciencia jurídica. Según esta teoría, la ciencia jurídica debería —como cualquier otra ciencia social empírica— estudiar el comportamiento humano (en cuanto comportamiento que produce normas y/o guiado por normas). En concreto, la tarea de los juristas sería estudiar la conducta de los jueces —es decir, las decisiones jurisprudenciales— y formular previsiones verificables sobre sus decisiones futuras probables³⁶.

³² Algunos pero no todos. Véase, en este sentido, lo que se dirá dentro de poco sobre el uso de enunciados en términos de «obligación», no para describir sino para reiterar normas.

³³ H. L. A. HART, «Kelsen Visited» (1963), en H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983 (trad. esp. *Una visita a Kelsen*, Cuadernos de Crítica, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1977).

³⁴ U. SCARPELLI, «Le proposizioni giuridiche come precetti reiterati», op. cit.

³⁵ Diremos algo más sobre este punto en el cap. XXXVI, sexta parte.

³⁶ G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, pp. 51 y ss.; S. CASTIGNONE (ed.), *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, Bologna, 1981; B. LEITER, «Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered», en B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Na-*

La tesis normativa, a su vez, es un aspecto de la teoría normativista de la ciencia jurídica. Según esta teoría, la ciencia jurídica debería limitarse a describir el contenido de las normas. La tarea del jurista sería, en definitiva, hacer exactamente aquello que normalmente ya hacen: interpretar el discurso de las autoridades normativas y desarrollar sus implicaciones.

Nótese que la teoría realista es esencialmente una filosofía de la ciencia (una meta-ciencia) prescriptiva. Aquella no describe la ciencia jurídica tal y como esta es sino que, por el contrario, propone a los juristas un modelo de ciencia (elaborado sobre la base de las ciencias naturales) bastante diferente de su efectiva praxis científica (el intento de prever las decisiones judiciales es más bien característico de las profesiones forenses). Por el contrario, la teoría normativista se configura como una meta-ciencia descriptiva que intenta analizar y aclarar las operaciones intelectuales que los juristas, de hecho, ya realizan.

CAPÍTULO VII PRINCIPIOS

1. REGLAS VS. PRINCIPIOS

En la doctrina —y más aún en la teoría general del derecho— se suele decir que todo sistema jurídico incluye dos tipos de normas: «reglas» y «principios»¹. Pero, ¿cómo distinguir las reglas de los principios? La distinción depende sencillamente de los conceptos empleados: del concepto de regla y del concepto de principio.

Ahora bien, es posible convenir que una regla es un enunciado condicional que conecta una consecuencia jurídica a una clase de hechos: «Si H, entonces J». La consecuencia jurídica en cuestión puede ser una sanción, el nacimiento de una obligación o de un derecho, la validez o invalidez de un acto, etcétera.

El concepto de principio es más complicado y, sobre todo, controvertido². Se puede proponer la conjetura según la cual los juristas consideran como principio toda norma que presente conjuntamente dos características:

¹ Nótese que, en el derecho italiano, la distinción tiene relevancia, no solo teórica sino también dogmática, a causa de las numerosas disposiciones de derecho positivo vigente que, precisamente, hacen referencia a los principios como algo diferente del resto de normas. Véase, por ejemplo, el art. 117.3, Const. it.; art. 1.3 de la Ley 131/2003; el art. 12.2, Disp. prel. cod. civ.; etcétera.

² La literatura sobre el argumento es vastísima. Me limito a señalar unas pocas contribuciones de especial interés: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 2.ª ed., London, 1978 (trad. esp. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1977); G. R. CARRIÓ, «Principios jurídicos y positivismo jurídico», en G. R. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1990, pp. 197 y ss.; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993; L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, 2010, cap. III.

turalism in Legal Philosophy, Oxford, 2007 (trad. esp. «Una nueva consideración del realismo jurídico y del positivismo jurídico», en *Naturalismo y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012).