

el destinatario pueda conocerla. No hay que confundir aquí el sentido que le da von Wright a la palabra “promulgar” con el sentido que tiene habitualmente en contextos jurídicos. (En realidad, sólo con un sentido muy laxo de “componente” se puede aceptar que la promulgación sea un componente de la norma.)

8) *La sanción.* Es la amenaza de un daño que la autoridad normativa puede agregar a la prescripción para el caso de incumplimiento.

Esta caracterización que hace von Wright de las prescripciones, a través de sus elementos, nos coloca en buenas condiciones para considerar las normas jurídicas. Pero antes resumamos el camino que hemos tenido que recorrer.

Comenzamos deteniéndonos en el uso directivo del lenguaje. Vimos que las directivas más fuertes son los mandatos, órdenes, etcétera. A éstas generalmente se las llama “prescripciones”, aunque se puede dudar que todas las prescripciones sean estrictamente directivas, como es el caso de los permisos. Si bien hay prescripciones que difícilmente sean llamadas “normas”, hay muchos casos de prescripciones que son normas. Nos entretuvimos, entonces, con las normas y vimos, con von Wright, que aparte de las prescripciones hay varias otras especies de normas, muchas de las cuales son relevantes para el derecho. Por fin, centramos nuestra atención en las normas que son prescripciones. Ahora vamos a ver qué es lo que caracteriza a las normas que son jurídicas.

3. La teoría de Kelsen respecto de las normas jurídicas

Los intentos más difundidos y controvertidos de caracterizar a las normas jurídicas han sido aquellos que las clasifican como una especie de las normas prescriptivas.

John Austin (*The Province of Jurisprudence Determined*) define las normas jurídicas como mandatos generales formulados por el soberano a sus súbditos. Toda norma jurídica es un mandato u orden, o sea una expresión del deseo de que alguien se comporte de determinada manera y de la intención de causarle daño si no se conduce de conformidad con el deseo.

Las normas jurídicas, según Austin, siempre especifican un *sujeto*, que es el destinatario de la orden, el *acto* que debe reali-

zarse y la *ocasión* en que tal acto tiene que realizarse. Además, las normas presentan un operador imperativo que es el que ordena a los sujetos realizar el acto en cuestión en la ocasión especificada.

En cuanto a la intención de causar daño para el caso de no cumplirse lo ordenado, ésta puede expresarse en una segunda parte de la misma norma, o en una norma independiente exclusivamente punitiva.

El elemento que distingue a las normas jurídicas de los demás mandatos, es que los mandatos que son jurídicos tienen su origen en la voluntad de un soberano. El concepto de soberanía es, pues, básico en la teoría de Austin. Su definición de "soberano" es la siguiente: "Si un hombre determinado es destinatario de un hábito de obediencia de la mayor parte de una sociedad sin que él, a su vez, tenga el hábito de obedecer a un superior, ese hombre es soberano en esa sociedad, y la sociedad (incluido el soberano) es una sociedad política e independiente".

Hans Kelsen, sin conocer originariamente la elaboración de Austin, formula una concepción respecto de las normas jurídicas en muchos aspectos análoga, aunque con importantes diferencias.

a) *Las normas jurídicas como juicios de "deber ser"*

Kelsen distingue dos tipos de juicios. En primer lugar, los juicios de *ser*, que son enunciados descriptivos, susceptibles de verdad o falsedad. En segundo término, los juicios de *deber ser*, que son directivos y respecto de los cuales no tiene sentido predicar verdad o falsedad. Siguiendo a Hume, Kelsen sostiene la existencia de un "abismo lógico" entre ser y deber ser, en el sentido de que ningún juicio de deber ser puede derivarse lógicamente de premisas que sean sólo juicios de *ser*, valiendo también la inversa.

Los juicios de *deber ser* sirven para interpretar, pues constituyen su sentido, los actos de voluntad, o sea los actos cuya intención se dirige a la acción de otra persona.

Sin embargo, Kelsen se niega a ver necesariamente detrás de los juicios de *deber ser*, que llama "normas", una voluntad real, en sentido psicológico, y por eso rechaza la identificación que hacía Austin entre normas y mandatos.

Kelsen argumenta en este sentido poniendo una serie de ejemplos de normas que no se originan en una voluntad real de

quienes las dictaron y de normas que subsisten sin que permanezca la voluntad en que se originaron. Así, recurre a los casos de leyes dictadas por parlamentarios que en buena medida no saben qué es lo que sancionan; de las costumbres, detrás de las cuales no puede detectarse una voluntad real; de las leyes que subsisten aun cuando sus autores han muerto; del testamento que sólo empieza a regir cuando su autor murió, etcétera.

Por esta razón, Kelsen sugiere que la analogía entre las normas y los mandatos es sólo parcial; en todo caso, se podría decir, en sentido metafórico, que una norma es un mandato “des-psicologizado”.

De cualquier modo, es posible dudar que lo que se llama usualmente “mandato” u “orden” requiera necesariamente, como Kelsen supone, una voluntad constante *de quien la formuló*, en el sentido de que se cumpla la conducta prescripta. Se podrían imaginar casos, sin duda fantasiosos, en que se diría que la orden subsiste aunque desapareció la voluntad que la originó. Pensemos, por ejemplo, en dos asaltantes de banco; uno da la orden de entregar la caja mientras el otro apunta con una ametralladora; el que dio la orden es muerto por un custodia; el otro, luego de inutilizar al guardia, sigue apuntando con su arma. Sin duda, la orden sobrevivió al asaltante muerto que la formuló. Claro está que se podría decir que el asaltante que quedó vivo ha hecho suya la orden respaldándola con su voluntad; pero la cuestión es que, quizá, se podría decir lo mismo de las normas, y en especial de las normas jurídicas, y sostener que la voluntad que cuenta no es la que intervino en su formulación sino la de aquellos dispuestos a hacerla cumplir.

En sustitución de la voluntad, que para Kelsen es característica de los mandatos y sólo concomitante en las normas, este autor señala otra propiedad que tienen las normas que las diferencia de los mandatos u órdenes.

Esta propiedad es la *validez*. Según Kelsen, la validez es la existencia específica de las normas y constituye su fuerza obligatoria, cualidad que no tienen las meras órdenes.

Las normas son juicios de deber ser que expresan el sentido objetivo de un acto de voluntad, mientras las órdenes son la expresión de la mera intención subjetiva de quien las formula.

Que un juicio de deber ser sea una norma *válida* depende de que quien lo formula esté autorizado a hacerlo por otra norma que a su vez sea válida.

El concepto de validez kelseniano ha provocado profundas controversias y muy fuertes críticas, muchas de ellas plenamente justificadas, al autor de la *Teoría pura*. Será analizado con algún detenimiento en el capítulo siguiente.

b) La estructura de las normas jurídicas

Las normas constituyen técnicas de motivación social, o sea, instrumentos para inducir a los hombres a comportarse de determinada manera.

Kelsen distingue dos técnicas diferentes de motivación, que le sirven de base para agrupar a las normas en diferentes clases.

Por un lado, está la técnica de motivación *directa*. Se caracteriza porque las normas indican directamente la conducta deseable y se pretende motivar a la gente solamente por la autoridad o racionalidad de la propia norma. Características de esta técnica son las normas morales, que, por ejemplo, dicen "se debe no matar". El incumplimiento de las normas morales puede acarrear una sanción —desprecio social, etc.— o su cumplimiento, un premio; pero tales sanciones o premios no están sistemáticamente previstos y organizados por las propias normas.

La técnica de motivación *indirecta* se caracteriza, en cambio, porque se pretende motivar a la gente, no indicándole directamente la conducta deseable, sino estableciendo una sanción para la conducta indeseable o un premio para la deseable.

Las normas religiosas son casos de técnica de motivación indirecta, puesto que inducen al cumplimiento de ciertas conductas, determinando para las conductas opuestas sanciones o premios que se aplicarán, sea en la tierra o en el otro mundo, por obra de un ser *supraempírico*. Un caso característico de norma religiosa sería el siguiente: "Dios destruirá las cosechas de los pueblos impíos."

Las normas jurídicas también constituyen casos de técnica de motivación indirecta.

A diferencia de las normas religiosas, las jurídicas prevén sanciones aplicables por seres humanos.

Si bien teóricamente las normas jurídicas podrían ser premiales, la técnica que el derecho ha elegido en la mayoría de los casos es la de la sanción, siendo los casos en que se establecen premios para motivar la conducta de la gente tan raros que pueden despreciarse a los efectos de una explicación teórica del derecho.

La sanción jurídica, según Kelsen, constituye un acto coercitivo —de fuerza actual o potencial— consistente en la privación de algún bien (por ejemplo, la vida, la propiedad, la libertad, el honor, etc.) ejercida por un individuo autorizado al efecto y como consecuencia de una conducta.

De acuerdo con esta definición, el homicidio se distingue de la pena de muerte en que, si bien ambos son actos coercitivos consistentes en privar de la vida, sólo el segundo acto se ejerce por un individuo autorizado.

También la definición permite distinguir la internación de los locos o la cuarentena de los enfermos contagiosos de la pena privativa de la libertad, pues mientras en los dos primeros casos el acto coercitivo es consecuencia de un estado o condición de los individuos, en el último es consecuencia de una acción.

Según Kelsen, una norma jurídica es la que prescribe una sanción jurídica. Hablando en la terminología de von Wright, el *contenido* de las normas jurídicas es un acto coercitivo que priva de un bien.

A su vez, el *carácter* que califica a tal contenido, siguiendo con el vocabulario de von Wright, es un carácter que Kelsen llama “deber ser”.

En las primeras obras de Kelsen, el “deber ser” aparecía caracterizado en forma no muy distinta del carácter obligatorio de von Wright. Kelsen decía que “deber ser” es un término primitivo que no se puede definir y que expresa que un acto coercitivo está estipulado, establecido, prescripto por una norma válida. En cambio, en la última edición de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen sugiere que “deber ser” es un término que cubre las situaciones en que un acto coercitivo está tanto ordenado como permitido o autorizado, o sea que sería una expresión para referirse genéricamente a los caracteres obligatorio y permitido o facultativo de von Wright.

O sea que, para Kelsen, una norma jurídica (primaria) es una norma que tiene como contenido un acto coercitivo, que está calificado como debido.

c) Clases de normas jurídicas

Siempre siguiendo a Kelsen, hay dos tipos de normas jurídicas en cuanto a las condiciones de aplicación: *categorías* e

hipotéticas, según que la ejecución del acto coercitivo no esté supeditado a ninguna condición o sí lo esté.

Un ejemplo de norma categórica es el siguiente:

“Deben ser ocho años de cárcel para Juan Pérez.”

Como lo sugiere el ejemplo, las normas jurídicas categóricas son principalmente las sentencias judiciales.

Un ejemplo de norma jurídica hipotética es el siguiente:

“Si alguien mata, debe ser castigado con prisión de 8 a 25 años.”

Las leyes son generalmente normas hipotéticas.

También Kelsen clasifica a las normas jurídicas en *generales y particulares*. Aunque no es muy claro sobre esta cuestión, parece llamar generales a las normas que von Wright denomina “eminentemente generales”, o sea normas que se refieren a clases de sujetos y a clases de ocasiones indeterminadas, siendo particulares cuando se especifica uno o algunos sujetos o alguna ocasión determinados. Las sentencias judiciales son generalmente normas particulares; en cambio, las leyes son casi siempre normas generales.

Siendo el contenido de las normas jurídicas, según Kelsen, *actos coercitivos*, parece bastante claro, aunque el autor no lo dice muy abiertamente, que en su teoría las normas jurídicas tienen como *destinatarios a los funcionarios encargados de disponer su ejecución o de ejecutarlos*. Así, por ejemplo, una ley que dijera: “Si alguien mata debe ser castigado con prisión de 8 a 25 años”, estaría dirigida a los jueces para que condenen a una pena de prisión dentro del marco establecido, a las personas que matan. Una sentencia que estableciera: “Juan Pérez debe cumplir diez años de prisión”, sería una norma jurídica dirigida a los funcionarios policiales y carcelarios, prescribiéndoles que mantengan en prisión a Juan Pérez durante diez años.

De lo anterior no se sigue que las normas jurídicas no tengan nada que ver con los súbditos ni pretendan incidir en su comportamiento. Si bien se dirigen *directamente* a los jueces y funcionarios, constituyen una técnica *indirecta* de motivar la conducta de los súbditos. Hablando en términos analógicos, una norma jurídica sería como cuando el padre le dice a la madre en presencia del hijo, “si se porta mal, castígalo”. Obviamente, el padre no tiene especial interés en que su mujer se pase el día castigando a su hijo; lo que quiere es que su hijo no se porte mal

y elige para lograr eso la técnica de motivación indirecta indicada. El padre tiene la esperanza de que de la prescripción primaria que dirigió a la madre, el hijo infiera la prescripción secundaria “no debes portarte mal”.

Dando cuenta de esta idea, Kelsen distingue entre normas jurídicas *primarias* y *secundarias*.

Las normas jurídicas *primarias* son las que prescriben, en ciertas condiciones o no, la privación a un sujeto de sus bienes por medio de la fuerza. Son las normas jurídicas genuinas, lo que significa que un orden jurídico está integrado sólo por ellas.

Las normas jurídicas *secundarias* son meros derivados lógicos de las normas primarias, y su enunciación sólo tiene sentido a los fines de una explicación más clara del derecho.

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 en una norma primaria.

Por ejemplo, si se tiene esta norma primaria: “si alguien mata debe aplicársele prisión”, la norma secundaria será: “se debe *no matar*”. En general: si la norma primaria es “dado *A* debe ser *P*”, la secundaria será “debe ser no *A*”.

Esto implica que sólo de las normas primarias hipotéticas pueden derivarse normas secundarias, puesto que las categóricas no mencionan como condición una conducta cuya opuesta pueda constituir el contenido de una norma secundaria.

Por otra parte, en el caso en que en las normas primarias se enuncien varias condiciones de aplicación —por ejemplo, “si alguien mata (a) y el fiscal lo acusa (b), deberá ser condenado a prisión”— se presenta una dificultad en el contexto de la teoría de Kelsen, puesto que no es posible determinar cuál de los opuestos de las diversas condiciones será el contenido de la norma secundaria. Kelsen, por supuesto, sostiene que entre todas las condiciones de las normas primarias sólo las conductas que constituyen un acto antijurídico o un delito (en el ejemplo, matar) pueden ser relevantes para la configuración de las normas secundarias, sobre la base de sus opuestos. Pero la cuestión es que, como veremos más adelante, Kelsen no ofrece un criterio claro para distinguir entre las condiciones que constituyen un acto antijurídico y las que no lo son. De cualquier modo, la discusión

de este punto debe remitirse al análisis del concepto de acto anti-jurídico en la teoría kelseniana.

Aunque tanto en las normas primarias como en las secundarias aparece el operador deóntico *deber*, éste tiene un significado diferente en cada uno de ambos tipos de normas. Cuando se dice que una conducta (necesariamente un acto coercitivo) está calificada como debida por una norma primaria, esto no quiere decir más que lo siguiente: "hay una norma válida que prescribe la ejecución de esa conducta"; en cambio, cuando se dice que una conducta cualquiera está calificada como debida por una norma secundaria, se significa esto: "hay una norma primaria válida que prescribe la ejecución de un acto coercitivo si se da la conducta opuesta a ella". La conducta de enviar a alguien a la cárcel sólo es debida, generalmente, en el primer sentido, que es el más débil; en cambio, la conducta de no matar es debida, por ejemplo, en el derecho argentino, en el segundo sentido, que es más fuerte que el anterior. Al primer sentido, Kelsen lo llama "simple debe ser", en cuanto al segundo, lo llama "deber jurídico".

He dicho recién que el contenido de las normas primarias, o sea las sanciones, sólo está calificado como debido en sentido débil. Sin embargo, en ciertos casos la sanción puede ser debida en sentido fuerte. Para que esto ocurra no basta la norma primaria, de la cual esa tal sanción constituye su contenido; debe haber otra norma en la cual la no ejecución de la sanción en cuestión constituya la condición de aplicabilidad de otra sanción. Por ejemplo, si sólo hay una norma que dice "si alguien mata debe ser puesto en prisión", la conducta de poner a los homicidas en prisión sólo es débilmente debida; en cambio, si *aparte* de la anterior hay otra norma como ésta "si un funcionario no pone en prisión a los homicidas, debe ser multado", la conducta de poner en prisión será debida en sentido fuerte.

d) El caso de las normas que no disponen sanciones

Del desarrollo anterior sobre 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, encontraremos una serie de enunciados normativos cuyo contenido no son actos coercitivos, ni pueden derivarse de enunciados normativos que mencionan actos coercitivos. Si nos detenemos en nuestro sistema jurídico, veremos que, por ejemplo, la mayor parte de las normas que integran la Constitución no prescriben sanciones, sino que establecen derechos y garantías, el procedimiento para elegir los integrantes de los poderes, etcétera. Asimismo, si leemos nuestro Código Civil, nos vamos a encontrar con normas que establecen el procedimiento y las condiciones para celebrar un contrato, contraer matrimonio, adquirir la propiedad de un bien, normas que establecen los derechos y las obligaciones que derivan de tales hechos, etcétera.

La respuesta de Kelsen ante este hecho, es que, efectivamente, todos estos enunciados no son normas, sino *partes* de normas genuinas. Así, la mayoría de los enunciados que encontramos integrando un sistema jurídico formarían el *antecedente* de las auténticas normas, en cuyo consecuente debe figurar siempre una sanción.

Un ejemplo, sobresimplificado de norma completa, según la teoría de 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, etc.; si se da todo eso, el acusado debe ser condenado por el juez a cumplir entre 8 y 25 años de prisión.”

O sea que, según Kelsen, un sistema jurídico, como cuestión de hecho, estaría integrado sólo por tantas normas como sanciones se prevean, siendo cada una de las normas extraordinariamente compleja, puesto que su antecedente sería la conjunción de una serie enorme de enunciados. Esto también implica que una misma norma puede estar dictada a través de muchos actos

legislativos realizados en épocas diferentes por distintas personas, pues los enunciados que integran el antecedente pueden no ser formulados en un mismo tiempo y por la misma autoridad.

Las únicas normas que, fuera de las penales, constituyen normas autónomas son, según Kelsen, algunas normas civiles cuyo contenido es un acto de ejecución forzosa de bienes, o sea las normas que prescriben el secuestro y el remate de bienes de propiedad de una persona cuando se dan determinadas condiciones, por ejemplo, que no pague a su acreedor.

e) *Norma jurídica y proposición normativa*

Para terminar con el enfoque kelseniano de las normas jurídicas, hay que aludir a su distinción entre norma jurídica y *proposición normativa o jurídica*.

La proposición normativa constituye un enunciado que *describe* una o varias normas jurídicas. La ciencia del derecho está integrada por un conjunto de proposiciones normativas, no por normas jurídicas; las normas jurídicas constituyen el *objeto* de estudio de la ciencia del derecho, que formula para describirlo proposiciones normativas.

Mientras una norma jurídica *A* dice, por ejemplo: "Si alguien mata deberá ser castigado con prisión de 8 a 25 años", una regla de derecho diría lo siguiente: "la norma *A* pertenece al derecho argentino".

Las proposiciones normativas, como enunciados descriptivos que son, a diferencia de las normas jurídicas, son susceptibles de verdad o falsedad.

Kelsen remarca esta distinción, pero a pesar de ello sostiene que las proposiciones normativas, igual que las normas jurídicas, son "juicios de deber ser", aunque puramente descriptivos.

Esta extraña afirmación de Kelsen, que no se compadece con su distinción entre juicios de *ser* y juicios de *deber ser* como equivalente a la distinción descriptivo-prescriptivo, quizás está provocada por el hecho de que a veces también en las proposiciones normativas se usan los operadores "obligatorio", "prohibido" y "permitido", aunque con un sentido diferente —un sentido descriptivo y no prescriptivo— que cuando se usan en una norma (por ejemplo, un transeúnte puede decir a un automovilista "está *prohibido* estacionar aquí", sin que esté dictando una norma sino

informando sobre una norma vigente). Sin embargo, aun así, la posición de Kelsen no se justifica, pues según su propia teoría, la distinción entre juicios de *deber ser* y juicios de *ser* no depende de las palabras que se usen sino de la fuerza prescriptiva o descriptiva de la oración.

4. Críticas a la concepción de Kelsen sobre la estructura de las normas jurídicas

Las críticas a la tesis de Kelsen sobre la estructura de las normas que son jurídicas han sido muchas, algunas razonables y otras injustas. Aquí sólo veremos algunas pocas de las más fundadas.

Una de las observaciones que se han hecho a la caracterización de las normas jurídicas por el hecho de que su contenido sea una sanción, es que éste no es un elemento suficiente para distinguir a las normas jurídicas de las que no lo son. Joseph Raz (*The Concept of a Legal System*), por ejemplo, sostiene lo siguiente: "El linchamiento o la *vendetta* pueden estar prescriptos por ciertos sistemas morales positivos sin convertirlos a ellos en órdenes jurídicos. De igual modo, ciertos órdenes sociales no jurídicos pueden prescribir castigos corporales de los padres a los hijos o de los maestros a los alumnos."

Sin embargo, esta crítica no es muy destructiva, puesto que, aunque las normas que se dan como ejemplo no son consideradas como jurídicas por el pensamiento corriente de los juristas; clasificarlas como normas jurídicas consuetudinarias, si están suficientemente extendidas, no es un precio muy grande para contar con un criterio uniforme para identificar las normas que son jurídicas.

En cambio, sí constituye una crítica poderosa la que ha formulado H. L. A. Hart en su libro *El concepto del derecho*.

Hart pone en la picota la concepción de las normas jurídicas como mandatos, teniendo en mira fundamentalmente la teoría de Austin de las órdenes repaldadas por amenazas. Sin embargo, muchas de las observaciones de Hart, como él mismo lo aclara, son extensibles al esquema de Kelsen.

El profesor inglés sostiene que el esquema de las órdenes respaldadas por amenazas responde bastante bien a la estructura

de las normas jurídicas *penales* y a la de algunas pocas de las civiles.

No obstante, ese esquema no recoge la estructura de una gran cantidad de normas que integran los sistemas jurídicos en forma característica.

En especial, el esquema de Austin-Kelsen deja de lado el importante grupo de normas que tienen por función conferir *potestades*.

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

Si no se siguen las reglas para hacer un testamento válido, no se dirá que se ha "infringido" alguna obligación, simplemente no se habrá concretado el propósito de hacer un testamento que tenga por efecto dar origen a derechos y obligaciones.

Estas normas que confieren potestades no son solamente las que se refieren a actos privados, como las que se acaba de señalar; también están las que confieren potestades públicas, por ejemplo, las que dan competencia a un legislador para dictar leyes, a un juez para dictar sentencias, etcétera.

Tampoco de estas últimas normas se puede decir que imponen obligaciones a los funcionarios, sino que son reglas que establecen las condiciones y el procedimiento que hay que seguir si es que se quiere dictar otras normas jurídicas que no sean nulas.

Hart dice que tanto las normas penales como las que confieren potestades sirven como pautas o criterios de conducta para la apreciación crítica de ciertas acciones, y esto es lo que hace que ambas sean reglas o normas.

Además, Hart puntualiza que el hecho de que haya necesidad de distinguir entre los diferentes tipos de normas no implica negar que haya relaciones relevantes entre ellos. Sugiere que las normas que confieren potestades constituyen reglas para la creación de las normas que imponen deberes.

Hart critica dos intentos de reducir las normas que confieren potestades a las normas que imponen deberes.

Uno de esos intentos es el de Kelsen, que ya se examinó, consistente en considerar a las normas del primer tipo como *fragmentos* de las del segundo.

En primer lugar, Hart objeta este intento en cuanto supone, como en el caso de Kelsen, que las normas jurídicas se dirigen a los funcionarios. Esto implica desconocer la función del derecho de motivar la conducta de los súbditos. Supone, además, considerar el ordenamiento jurídico sólo desde el punto de vista del hombre malo, el hombre que ya ha infringido su deber, y hay que ver qué hacer con él; en vez de poner en el centro al hombre que quiere cumplir con su deber y toma el derecho como guía.

Pero aun cuando se admita que hay deberes dirigidos a los súbditos, la reducción de las normas potestativas como partes de las de obligación sigue siendo criticable. Tal reducción obtiene uniformidad al precio de una gran deformación del derecho, porque deja de lado la situación de los individuos que guían su conducta por las normas potestativas para saber cómo obtener determinados efectos jurídicos, centrándose sólo en las normas que guían a los individuos para ejecutar, o no ser víctimas de sanciones. El que los hombres se guíen por normas potestativas en su actividad cotidiana, tanto como se guían por normas de obligación, sugiere la necesidad de no obscurecer el primer aspecto normativo del derecho reduciéndolo al segundo.

La otra alternativa de reducir las normas que confieren facilidades para obtener ciertos efectos jurídicos, a las que imponen obligaciones, consiste en tomar la *nulidad* como una sanción. De este modo, una norma que indica determinado procedimiento, por ejemplo, la que prescribe dos testigos para hacer un testamento, compelería a seguir tal procedimiento amenazando con la nulidad para el caso contrario.

Pero esta consideración de la nulidad como una sanción es rechazada con razón por Hart. Aparte de mencionar algunas objeciones no muy fuertes, como que la nulidad no constituye un "mal" para quien no ha satisfecho algún recaudo, Hart se centra en la observación que considera más importante.

Una sanción supone que la conducta a la que se imputa es indeseable y merece ser desalentada. Pero obviamente el derecho no pretende desalentar, ni suprimir, ni considerar indeseable, por ejemplo, las conductas de hacer testamento sin testigos o hacer una compraventa sin escritura pública. Simplemente, no reconoce sus efectos jurídicos. El absurdo de esta tesis se mues-

tra tomando el ejemplo de las reglas de un juego, como el del fútbol, destinadas a establecer las condiciones para obtener un tanto (un gol, en el ejemplo). Obviamente, esas reglas no están destinadas a desalentar y ver como indeseables todas las jugadas que no tienen como resultado obtener un punto.

Otra diferencia entre la nulidad y la sanción es la siguiente: si suprimimos la sanción de una norma penal, lo que queda (por ejemplo, "no se debe matar"), si bien puede perder fuerza, todavía tiene sentido; en cambio, si se suprime la nulidad como consecuencia de una norma que establece cierto procedimiento, lo que resta (por ejemplo, "el testamento debe hacerse con testigos") no tendría ningún sentido, ni podríamos decir que constituye regla alguna.

Al concluir Hart que la concepción que reduce el derecho a un solo tipo de reglas implica una inaceptable deformación de la realidad jurídica, propone considerar el ordenamiento jurídico como una unión de diferentes tipos de normas o reglas. Las clasifica en primarias y secundarias, siguiendo estos lineamientos.

1) *Reglas primarias.* Son las reglas que prescriben a los individuos realizar ciertos actos, lo quieran o no; imponen, en cierto sentido, obligaciones, puesto que tienen fuerza compulsiva y sirven de base para la crítica o el elogio por la conformidad o la no conformidad con la regla. Estas reglas no sólo se dirigen a los funcionarios, prescribiéndoles la aplicación de sanciones, sino que, principalmente, se dirigen a los súbditos, indicándoles conductas que se consideran deseables.

Son reglas primarias puesto que las demás reglas —las reglas secundarias— *se refieren a ellas*. (Ejemplo de este tipo de reglas son las que integran un código penal.)

2) *Reglas secundarias.* Son reglas que no se ocupan directamente de lo que los individuos deben o no hacer, sino de las reglas primarias. Hart distingue tres tipos de reglas:

a) *Reglas de reconocimiento.* Son las reglas que sirven para identificar qué normas forman parte de un sistema jurídico y cuáles no. Establecen los criterios de identificación del derecho. Una regla de reconocimiento simple sería, por ejemplo, la que dijera: "Son derecho en este país todas las reglas dictadas por el legislador A o por quien él autorice"

Es conveniente hacer el análisis de la regla de reconocimiento en otro lugar, junto con el problema de la validez.

b) *Reglas de cambio*. Permiten dinamizar el ordenamiento jurídico indicando procedimientos para que las reglas primarias cambien en el sistema.

Estas reglas son, precisamente, las que confieren potestades a los funcionarios y a los particulares para, en ciertas condiciones, crear reglas primarias de las cuales surjan derechos y obligaciones. Un caso de estas reglas es el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional que da competencia al Congreso para dictar diversos códigos.

c) *Reglas de adjudicación*. Son las reglas que dan competencia a ciertos individuos —los jueces— para establecer si en una ocasión particular se ha infringido o no una regla primaria.

Si estas reglas no existieran, como quizás ocurrió en estadios jurídicos primitivos, habría una gran falta de certeza jurídica, porque cualquiera podría invocar la violación de una regla primaria, y no habría forma de dirimir las diferencias de interpretación.

Estas reglas son las que indican las condiciones para que alguien sea juez, el procedimiento que debe seguirse para adoptar una decisión judicial y el alcance que tiene el carácter constitutivo de las decisiones judiciales. Distintas normas de los códigos procesales ejemplifican esta categoría de ejemplos.

Hart sostiene que ver el derecho como una unión de reglas primarias de obligación con las normas secundarias que se acaban de indicar, facilita una comprensión más aguda de una serie de fenómenos jurídicos que si se lo encasilla en forma simplista en un esquema unitario.

Este enfoque de Hart permite advertir que, contrariamente a lo que piensan Kelsen y otros autores, no es posible distinguir una norma jurídica de otras clases de normas por su contenido o estructura, considerando a la norma en forma aislada, sino por su *pertenencia a un sistema jurídico*. En vez de definir “sistema jurídico” como un sistema integrado por normas jurídicas, hay que definir “norma jurídica” como una norma que pertenece a un sistema jurídico. Esto obliga a dar prioridad a la caracterización del concepto de sistema jurídico, lo que será tema del siguiente capítulo.

5. Sobre la existencia de las normas jurídicas

Obviamente, una norma jurídica no es una cosa o un hecho que sea observable en principio.

No es que todavía no se la haya podido observar, como a ciertas estrellas, sino que es lógicamente imposible observarla. Si un estudiante de derecho volviera a su casa y le contara a sus padres que en la Facultad ha podido ver, o tocar, una norma jurídica, aquéllos se sentirían justificadamente alarmados por la sensatez de su hijo o la de sus profesores.

El que las normas jurídicas sean inobservables ha llevado a muchos filósofos y juristas a situarlas como objetos pertenecientes a presuntos reinos ontológicos que están más allá de la experiencia de los sentidos (por ejemplo, en la de los "ideales").

Ya hace mucho tiempo que Occam nos ha enseñado a no multiplicar las entidades más allá de lo necesario, y muchos filósofos han advertido que no hay que ver un objeto detrás de cada expresión que pueda aparecer como sujeto gramatical de una oración.

En las ciencias hay muchas palabras que hacen referencia a *inobservables* en principio, como "electrón", "campo magnético", "inconsciente", etcétera. Ante los enunciados en que aparecen estas palabras es igualmente errada la actitud de considerarlos metafísicos o la de pensar que tales términos denotan entidades de algún tipo. Esos términos son llamados "teóricos", porque si bien no hacen referencia a datos observables, se usan, de acuerdo con determinadas reglas de correspondencia, cuando aparecen ciertos datos empíricos (por ejemplo, la palabra "electrón" se usa cuando aparece cierta línea en el espectro, aun cuando el término no hace referencia a ella). Los enunciados teóricos no son metafísicos, porque en cada contexto pueden ser traducidos en enunciados empíricamente verificables, aunque no haya ningún conjunto finito de enunciados verificables que agote el significado del enunciado teórico.

Obviamente, la expresión "norma jurídica" no denota un conjunto de oraciones escritas en un papel, puesto que una misma norma jurídica puede estar formulada por oraciones diferentes; ni tampoco denota un conjunto de conductas humanas, puesto que las normas jurídicas son usadas para evaluar las conductas. Sin embargo, hay reglas de correspondencia implícitas que vinculan

la proposición “la norma X existe en tal lugar” con la enunciación de ciertas oraciones y con la realización de ciertas conductas, sin que, repito, la expresión “norma jurídica” denote ni oraciones ni conductas.

Para Alf Ross (*Sobre el derecho y la justicia*), por ejemplo, una norma jurídica existe, o sea está vigente en un determinado lugar, cuando se puede decir con probabilidad que los jueces la usarán como fundamento de sus resoluciones. No importan para Ross el origen ni el contenido de una norma para calificarla de jurídica y para sostener que es vigente; lo decisivo es que sea probable que forme parte del razonamiento de los jueces de un ámbito determinado.

Esta posición es típica de las concepciones realistas respecto al derecho, aunque, en verdad, constituye un realismo atenuado.

Kelsen rechaza posiciones como la precedente con el argumento fuerte de que caen en un círculo vicioso, pues si para definir norma jurídica vigente recurren al concepto de juez, resulta que para definir “juez” no tienen más remedio que volver a las normas jurídicas, puesto que no se es juez por poseer cualidades “naturales” sino por estar autorizado a realizar ciertos actos por determinadas normas. (En el próximo capítulo consideraremos con más cuidado esta dificultad.)

Para Kelsen, la aplicación judicial de las normas jurídicas determina su eficacia. Una norma es *eficaz* si es obedecida por los súbditos o, en caso de desobediencia, aplicada por los jueces.

Pero Kelsen (por lo menos en las primeras versiones de su teoría), sostiene que la eficacia de una norma jurídica es irrelevante respecto a su existencia.

Puede existir una norma jurídica que sea ineficaz, y puede haber normas eficaces que no existan como integrantes de un sistema jurídico.

Obviamente, para que sea verdad, según Kelsen, que existe una norma jurídica, tiene que ser *positiva*, o sea que ciertos individuos o conjuntos de individuos empíricos deben haber formulado, en determinadas condiciones, una oración cuyo sentido sea la norma jurídica en cuestión. En el caso del derecho consuetudinario la cuestión es más complicada, pero de igual modo se exige, para que una proposición como “la norma consuetudinaria X existe” sea verdadera, que haya una reiteración de una serie de conductas por parte de un conjunto de individuos reales.

Pero si bien la positividad es una condición necesaria para la verdad de un enunciado de la forma "la forma X existe", no es para Kelsen una condición suficiente.

Kelsen exige otras condiciones para que exista una norma jurídica. Una de ellas podría ser, por ejemplo, que el estado de cosas que la norma regula sea lógica y empíricamente posible. Como dice Kelsen, una norma que ordenara a las mujeres acortar el período de gestación a cinco meses, no sería, en realidad, una norma jurídica.

Pero la condición decisiva en la teoría de Kelsen para que una norma exista es que sea *válida*. Para este autor, la validez constituye la existencia específica de las normas jurídicas.

Como ya se ha dicho, en la teoría de Kelsen una norma es *válida*, o sea existe como tal, cuando tiene fuerza obligatoria, cuando debe ser lo que ella dispone. Esta fuerza obligatoria deriva, para Kelsen, de la norma fundamental o básica que los juristas presuponen en forma hipotética, sin que tal presuposición implique una adhesión ideológica al sistema (la norma fundamental prescribe observar el sistema, pero los juristas la presuponen como hipótesis sin adherirse categóricamente a su contenido).

Este enfoque de Kelsen acerca de la existencia de las normas jurídicas ha sido objeto de críticas muy severas por parte de otros autores. Sin embargo, aun muchos de sus críticos reconocen que Kelsen ha vislumbrado con acierto un aspecto importante de la cuestión de la existencia de las normas jurídicas: el hecho de que las normas jurídicas no existen o son válidas aisladamente sino en tanto y en cuanto pertenecen a un sistema jurídico válido o existente. Es ésta una idea que muchos autores comparten aun cuando no acepten la identificación que hace Kelsen entre la existencia de las normas y su validez o fuerza obligatoria.

Esto quiere decir que, tal como no se puede determinar si una norma es *jurídica* si no es por su pertenencia a un sistema jurídico, tampoco se puede determinar si una norma jurídica *existe* si no es por su pertenencia a un sistema jurídico existente.

Esto nos conduce a suspender la discusión acerca de la existencia o validez de las normas jurídicas hasta que hayamos considerado el concepto de sistema jurídico y las condiciones para establecer cuándo una norma pertenece a un tal sistema.