

Universidad Nacional de San Juan

Facultad de Ciencias Sociales

Departamento de Ciencias Jurídicas

Carrera de Abogacía

Nociones de Derecho

Autor: Gerardo Tripolone (coordinador de Nociones de Derecho)

II. ¿Qué es una norma jurídica?

Lenguaje y derecho

Normas, en general, no se encuentran sólo en la ciencia jurídica. La sociología, la etnología, la filosofía moral, la lingüística, entre otras ciencias, utilizan, estudian y elaboran normas. Además, las normas como órdenes normativos que indican conductas – como recordará del capítulo anterior– no son exclusivamente jurídicas. La moral y los usos también determinan pautas de comportamiento.

Si queremos saber qué es una norma jurídica, primero tendremos que decir algo sobre lo que son las normas en general. Y si queremos saber qué son las normas en general, tenemos que tener algunas nociones mínimas sobre los usos del lenguaje.

Una norma (en general, no sólo las jurídicas) forma parte del lenguaje “prescriptivo” (C. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, p. 63). ¿Qué significa esto?

Con el lenguaje pueden hacerse muchas cosas. Cuando emitimos una oración (acto locucionario) tenemos una intención (acto ilocucionario) (J. Searle, *Actos de habla. Ensayos de filosofía del lenguaje*, Planeta-Agostini, pp. 31-34). A su vez, lo que decimos genera un efecto, es decir, consecuencias en el mundo real. Esto es lo que Austin llamó actos “perlocucionarios”.

Usamos el lenguaje para *describir* la realidad (o intentar hacerlo), por ejemplo, diciendo “el documento de nociones de derecho es largo”. Se puede también *expresar una emoción* diciendo “¡qué agradable leer sobre nociones de derecho!”. También se puede *requerir información*, como cuando un estudiante del cursillo de ingreso pregunta “¿hay que estudiar todo el documento de nociones de derecho?”. Se puede *suplicar* pidiéndole al profesor que no obligue a leer el texto entero o bien *aconsejar* a un amigo que lo lea completo.

El uso del lenguaje también puede constituir *la acción misma* como cuando el testigo en un juicio afirma: “juro decir la verdad”. En ese caso *está jurando*. La acción de jurar consiste en *decir* que jura decir la verdad.

Por último, una persona también puede intentar *dirigir* la conducta de otra a través de una orden, como cuando el policía grita “¡alto ahí!” a un delincuente que intenta escaparse. En este sentido se utiliza el lenguaje prescriptivo, es decir, cuando la función que cumple el lenguaje es *dirigir el comportamiento de las personas*.

Por supuesto, el lector rápidamente agrega que la función que cumple el lenguaje depende de la situación. Y tiene razón. La proposición “está caliente” parece descriptiva. Está constatando una realidad. Sin embargo, si un padre o una madre le grita esta frase a su hijo menor que está caminando con los bracitos extendidos hacia una olla en ebullición, hasta el menor sabrá que lo que está queriendo decir es: “¡no toques la olla!”. Es decir, está prescribiendo una conducta y no describiendo la temperatura del metal.

Descriptivo y prescriptivo

Con el lenguaje no sólo se describen realidades, sino que –entre otras cosas– se prescriben conductas.

Hecha esta aclaración, volvamos a las normas. Las normas son, entonces, prescriptivas. Indican acciones que debe realizar un sujeto. Como señala Nino, jurista argentino del siglo XX, las prescripciones implican una superioridad física o moral del individuo que la emite sobre el sujeto que debe acatar el mandato. Sólo quien tiene autoridad para mandar a otro prescribe conductas. Nadie le ordena qué hacer al jefe (y dura en el trabajo para contarle).

Ya sabemos del capítulo anterior que una norma puede prescribir una obligación o una prohibición. Se obliga cuando se indica una acción que sí o sí hay que hacer. La maestra le *ordena* al estudiante que haga su tarea. Para el estudiante no es facultativo hacerla.

Se prohíbe cuando se veda la posibilidad de realizar una acción. Está prohibido pisar el césped, puede anunciar un cartel en un parque. La acción está, en este caso, vedada.

Finalmente, la norma también puede *permitir* hacer algo, como cuando en un museo el encargado nos indica que “puede visitar la muestra permanente”. También podemos ir al museo sólo a comprar recuerdos y sacarnos una foto. Nadie nos obliga a visitar la muestra permanente. Podemos *no* hacerlo. Cuando la norma permite, podemos tanto hacerlo como no hacerlo.

Sin embargo, en este caso no parece que haya una indicación de conducta del dueño del museo hacia el visitante. Lo que existe aquí es una promesa del museo de no interferir en la visita a la muestra permanente. Recuerde en este punto el ejemplo que vimos antes: la Constitución garantiza que los habitantes publiquen sus ideas en la prensa. Hay una permisión. No obstante, también hay una prohibición dirigida a terceros. ¿La recuerda?

Normas y enunciados normativos

Atención aquí. No deben confundirse las normas de los enunciados normativos. Es cierto que a lo largo de su carrera en la Universidad como en su vida profesional utilizará indistintamente ambos términos. Incluso en estos textos de nociones de derecho los confundiremos (conscientemente). Sin embargo, es importante saber que una norma no es lo mismo que un enunciado normativo.

Robert Alexy, un importante jurista alemán, da un ejemplo de enunciado normativo (*Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, pp. 33-34):

“Ningún alemán puede ser extraditado¹ al extranjero” (artículo 16 párrafo 2 frase 1 de la Ley Fundamental alemana).

El enunciado transcrito *expresa* la norma, pero *no es* la norma. La norma podría ser expresada por otro enunciado normativo. Podría decirse: “Está prohibida la extradición de los alemanes al extranjero”. La norma es la misma, más allá de que el enunciado

¹ ¿Qué es extraditar? Si no lo sabe, puede buscarlo en internet y seguro encontrará una definición rápida para utilizar ahora y que luego profundizará durante la carrera.

normativo es distinto. La norma es el significado del enunciado normativo. El enunciado normativo es el *vehículo* en el cual se expresa la norma.

Veamos un ejemplo del derecho argentino. El artículo 10 de la Constitución Nacional afirma:

“En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional”.

El enunciado normativo vehiculiza una norma que prohíbe establecer impuestos para la comercialización de bienes de producción o fabricación nacional. Por “circulación de los efectos” debe entenderse el transporte de una provincia a otra de lo producido por industrias nacionales. Que un producto sea “libre de derechos” significa que no está gravado por impuestos. El bodeguero que produce vinos en San Juan puede venderlos en Mendoza y el traslado está libre de impuestos.

Ahora bien, preste la debida atención a que el enunciado normativo afirma que la circulación de efectos “*es libre de derechos*”. A primera vista parece que el enunciado es descriptivo, es decir, constata una situación de hecho. Afirma que, efectivamente, en la Argentina *es libre de derechos* la circulación de efectos de origen nacional.

Sin embargo, la norma no está describiendo, sino que está prohibiendo el establecimiento de derechos a la circulación de los efectos de producción nacional. En otras palabras, el enunciado normativo traduce una norma que afirma: “la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional *debe ser libre*”.

Esto último es importante porque las normas (en general y también las jurídicas), recuérdelo siempre, pertenecen al lenguaje prescriptivo y no descriptivo, más allá de que parezca lo contrario.

Algo que debe suceder

Hans Kelsen elaboró una teoría de las normas jurídicas en varias de sus obras. Para el autor oriundo de Praga, una norma establece un “querer”, un “acto de voluntad” por el cual el legislador consigna que algo “debe suceder”. La norma señala una conducta “debida”, es decir, que debe ser realizada por el agente (*Teoría Pura del Derecho*, p. 60-62).

La pregunta es: ¿qué debe suceder?

Las normas jurídicas *prohíben, ordenan o permiten* ciertas conductas (¿cuántas veces lo va a repetir?):

- ✓ Está *prohibido* ser legislador nacional y ministro del Poder Ejecutivo a la vez.
- ✓ Es *obligatorio* que los funcionarios públicos presenten su declaración jurada.
- ✓ Está *permitido* formar parte de una asociación civil legítima.

Como puede ver, en la prohibición la acción está absolutamente vedada. El ordenamiento jurídico proscribía que un individuo sea ministro del Poder Ejecutivo y, a la vez, senador o diputado nacional.

El segundo caso es un mandato, es decir, una obligación de realizar algo. En otras palabras, no puede no realizarse. La doble negación (“no puede no...”) es equivalente a la obligación de realizar.

Ya vimos que en la permisión (el tercer supuesto) existe un permiso de hacer y un permiso de omitir. Está permitido asociarse, pero también está permitido no asociarse. Usted puede afiliarse al Club Sportivo Desamparados, pero también puede decidir no hacerlo.

Sobre la *permisión* hay algo interesante que resaltar y que analizará con mucho detenimiento a lo largo de la carrera. El artículo 19 de la Constitución Nacional establece:

“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

De esta norma resulta una *permisión general de todas* las conductas que no estén expresa o tácticamente prohibidas ni ordenadas. Los habitantes de la Nación pueden realizar todo lo que no está prohibido y pueden no realizar todo lo que no esté obligado.

Veamos el caso de asociarse o no al Club Sportivo Desamparados. El derecho de asociarse a un club de fútbol es parte del más general “derecho a asociarse” a cualquier entidad con fines lícitos y “útiles”. El deporte es un fin útil y lícito, como lo son las ONG, las fundaciones, las asociaciones de trabajadores, patronales, cámaras empresarias, etc. Este derecho de asociación está expresamente establecido en el artículo 14 de la Constitución Nacional. Todos los habitantes de la Nación, según la Constitución, tienen derecho a “asociarse con fines útiles”.

El lector atento exclama “¿para qué este artículo?! ¿Qué necesidad hay de colocar un artículo expreso en el que se determine que está permitido asociarse con fines útiles? Si asociarse con fines útiles no está ni prohibido ni obligado –piensa el lector sagaz– entonces ¿está permitido por el artículo 19 de la Constitución! El artículo 14 es redundante”

No parece necesario consagrar expresamente la permisión de asociarse. En la medida en que no esté ni obligado ni prohibido, está –por el artículo 19 de la Constitución– permitido. Parece *redundante* o bien *superfluo* consagrar una permisión, porque se deduce del principio general que afirma que lo que no está obligado ni prohibido está permitido.

Es necesario poder desobedecer la norma jurídica

¿Qué? Sí, eso mismo. Las normas jurídicas deben regular conductas que sean posible desobedecer. *Una norma jurídica supone la posibilidad de su incumplimiento.* ¿No me cree? Imagine la siguiente norma: “es obligatorio pestañar al menos una vez por hora”. No tendría sentido una norma así porque no es posible violarla. No podría usted incumplir la obligación de pestañar una vez por hora. Una norma jurídica tiene sentido si es posible incumplir la conducta obligada o realizar la prohibida. Por ejemplo, está prohibido vender algo que no me pertenece. La norma tiene sentido porque realmente podría hacerlo y, de hecho, algo así ha sucedido y sigue sucediendo. Por ejemplo, Victor Lustig, un persuasivo sujeto que vendió la Torre Eiffel a unos incautos que realmente creyeron que era suya. ¿Se imagina a alguien vendiendo y otro comprando el Monumento a la Bandera de Rosario?

Sin embargo, la norma *no* es superflua por una razón fundamental. Usted seguramente ya sabe que la Constitución Nacional es la norma suprema de la Nación. Las normas dictadas por el Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional, las legislaturas provinciales, los gobernadores provinciales y las sentencias de los jueces son *normas de rango inferior* a la Constitución. Las normas de rango inferior nunca pueden contradecir la Constitución.

Pues bien, si la permisión de asociarse está consagrada en la Constitución, sancionar una ley del Congreso que *prohíba* u *obligue* asociarse es *inconstitucional* (contrario a la Constitución). Al contrario, si no existiese el artículo 14 de la Constitución que garantiza el derecho a asociarse, una ley de rango inferior a la Constitución podría prohibir u obligar a asociarse.

La Constitución, norma suprema

Todo el ordenamiento jurídico debe subordinarse a la Constitución Nacional, que es suprema. En la misma jerarquía que la Constitución se encuentran ciertos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros. En un escalón inferior se hallan otros tratados internacionales. Más abajo se encuentran las leyes emanadas del Congreso de la Nación y luego los decretos presidenciales. Las sentencias judiciales deben adecuarse a esta legislación.

Reconocer una norma

Es fácil reconocer una norma porque se utilizan ciertos términos comunes al lenguaje prescriptivo. Por ejemplo: “se prohíbe”; “no podrá”; “podrá”; “se permite”; “está facultado para”; “se permitirá”; “está obligado”, “deberá”. Sin embargo, hay normas que no utilizan estos conceptos. Es más, hay un ejemplo importante de un cuerpo normativo que no lo utiliza: el Código Penal.

En efecto, el Código Penal establece prohibiciones de conductas de otra forma. No dice: “Se prohíbe hurtar cosas”. Lo que establece es una pena para quien hurte algo. Fíjese cómo está redactado el artículo 162 de nuestro Código Penal:

“Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”².

Note, querido lector, que el Código Penal parece estar dejándole libertad para que hurte (¡no lo haga!), sólo que le impone una pena si lo hace. Algo así como “si usted quiere hurtar, hurte, pero aténgase a las consecuencias (de un mes a dos años de prisión)”.

¡Pero pensar así sería sólo un sofisma!, es decir, una afirmación que parece verdadera, pero no lo es. Si a usted le imponen una pena por una acción, entonces esa acción no está permitida, por más que no se usen conceptos como “está prohibido”.

Me explicaré mejor haciendo referencia a la noción de libertad. Thomas Hobbes, un gran filósofo inglés del siglo XVII, afirma que la libertad se reduce a la posibilidad de movimiento físico. Mientras usted pueda moverse, es libre. Si alguien es llevado al borde de un barco en alta mar y es amenazado “o saltas por la borda o te mato”, esa persona es, según las ideas de Hobbes, *libre* de saltar o no. El infeliz puede *elegir* entre las opciones: saltar por la borda (y seguramente morir) o morir en manos del amenazante marino.

Usted verá fácilmente que no puede decirse que el desdichado sea libre. Nadie es libre si es coaccionado física o moralmente. De forma análoga, nadie está facultado a realizar

² Este breve enunciado normativo contiene múltiples conceptos que verá a lo largo de la carrera: “prisión”, “apodere ilegítimamente”, “cosa mueble”, “total o parcialmente ajena”. Lo importante, por ahora, es que comprenda de forma genérica e incluso imprecisa qué es hurtar algo.

una conducta cuando existe una amenaza de sanción si se realiza. De esta forma se entiende por qué el Código Penal prohíbe hurtar (y robar³, matar, secuestrar, corromper menores, abusar sexualmente, extorsionar, entre otras cosas) más allá de que nunca lo enuncia expresamente. El *enunciado normativo* sólo dice que se penará con prisión al ladrón. La *norma*, que traduce el significado del enunciado, explicita que está prohibido hurtar.

Validez de la norma jurídica

La norma, entonces, explicita lo que está prohibido, permitido, facultado u obligado. Ahora bien, ¿cuándo esa norma es obligatoria para los sujetos? Es decir, ¿cuándo existe como norma jurídica dentro de un sistema jurídico? Preguntar por su existencia es preguntar por su *validez* como norma jurídica.

Notará el lector cuán importante es esta pregunta. Hemos atrasado la respuesta por varias páginas, pero ahora debemos afrontarla.

Aristóteles afirma que la validez de la ley deriva de su obediencia. Específicamente dice:

“la ley no tiene ninguna otra fuerza más que hacerse obedecer, a no ser la costumbre, y eso no se produce sino con el paso de mucho tiempo” (Aristóteles, *Política*, 1269^a 24).

En otras palabras, Aristóteles está diciendo que una norma es obligatoria porque es obedecida o porque la costumbre lo indica así. Si la ley que impone abrocharse el cinturón de seguridad al conducir es válida es porque es obedecida o porque la repetición de la conducta en el tiempo (la costumbre) así lo indica.

Aunque con modificaciones, esta posición es sostenida por filósofos del derecho en la actualidad. Se afirma que la validez del derecho es inseparable de la obediencia de las normas. El derecho es válido porque la población lo cumple (que es lo que normalmente sucede) en cierto grado. Y si alguien no lo cumple, la validez del derecho se prueba porque existe una *reacción* por parte del Estado para hacerlo cumplir.

Veamos un ejemplo: es obligatorio cumplir los contratos. Esto está expresado en una norma válida porque la población, en su abrumadora mayoría, obedece el precepto y los cumple. Pero en caso de que ciertas personas no lo hagan, el Estado reacciona ante la demanda del afectado y obliga coactivamente a cumplirlo.

De esa forma el afectado satisface su derecho a que se cumpla el contrato. Pero también es importante que note la función *comunicativa* del derecho. El Estado le “dice” (en sentido figurado, entenderá el lector): “tu acción de no cumplir el contrato es contraria al derecho; el derecho es válido y, por tanto, tienes que cumplirlo”.

El lector inquieto detiene la lectura aquí y exclama: “pues entonces las normas *que no se obedecen*, ¿carecen de validez!”. Si de forma generalizada no se obedece el derecho o si ante violaciones a la ley no hay una reacción estatal, entonces el derecho no sería válido.

Esto puede ser cierto si la situación es constante en el tiempo. Pero cuidado con afirmarlo a la ligera. Por más que muchos hechos que en apariencia son delictivos no sean penados o que ciertas leyes no se cumplan en casos individuales (aunque sean más casos que los deseables), esto no significa que la norma jurídica no sea válida.

³ ¿Sabe cuál es la diferencia entre robar y hurtar? Lo invito a buscarla.

Es más, hay autores que no hacen depender la validez de la norma en su cumplimiento. Hans Kelsen, por ejemplo, exigía un mínimo de eficacia en las normas jurídicas. Pero la validez se relacionaba principalmente con que la norma jurídica emane de una autoridad legitimada por el orden jurídico para dictarla. Es decir, la norma jurídica será válida si existe, a su vez, otra norma que permita al órgano dictarla.

¿Complejo? Veamos un ejemplo: aunque no nos guste, el artículo 75 inciso 2 de la Constitución Nacional faculta al Congreso de la Nación a crear ciertos impuestos. Si el Congreso dicta una ley que crea un impuesto en base a esta facultad constitucional, la norma será válida.

La razón de la validez no está en el cumplimiento de la ley, sino en que ha sido emanada de un órgano que está facultado por una norma para hacerlo. Si el impuesto lo hubiese creado el presidente, la norma sería inválida porque el Poder Ejecutivo no tiene esa facultad. Sólo el Congreso puede hacerlo.

Por último, hay quienes argumentan que la validez de una norma jurídica estará dada por su compatibilidad con un sistema moral. Esto significa que la norma será válida solamente en caso en que sea *moralmente* válida. Si una norma no es moralmente válida, entonces no podrá ser válida jurídicamente. Este es uno de los temas más importantes de la filosofía del derecho y volveremos sobre él más adelante cuando tratemos la relación entre el derecho y la moral.

Validez y vigencia

Para que sea más preciso y claro el análisis del derecho, es posible distinguir la idea de validez de la de vigencia. La validez refiere a la existencia de una norma jurídica y, por tanto, a la pertenencia de ella a un sistema jurídico. La vigencia del *sistema jurídico* es algo distinto. Ahí sí vamos a analizar el grado de cumplimiento de las normas. Como afirma Nino, el sistema tiene vigencia, cuando las reglas que impone “*son generalmente observadas*” por los sujetos obligados y “*son efectivamente aceptadas* [las normas] *en sus decisiones por los órganos que tienen, de hecho, la posibilidad de disponer la ejecución de medidas coactivas*” (Nino, *Introducción al...*, p. 140). Es decir, una norma sistemática y generalizadamente incumplida por la población, sumado al desentendimiento del Estado por hacerla cumplir, puede no tener vigencia, pero sí validez.

Normas coactivas, exigibles por una autoridad

La norma jurídica explicita una conducta que es debida. ¿Qué pasa si quien está obligado a realizar cierta conducta no la realiza?

Supongamos que su vecino, fruto del ahorro, compra una casa. Todos tenemos derecho a que se respete nuestra propiedad privada según el artículo 17 de la Constitución Nacional. Ese derecho impone conductas al resto de la sociedad y al Estado sobre la casa de su vecino. Una conducta que impone es la de *no violar su domicilio*, es decir, no entrar en su propiedad sin autorización del dueño.

¿Qué sucede si usted, aprovechando que su vecino se fue a un paseo en lancha con piso transparente, entra a su nueva casa, organiza allí una fiesta y, peor aún, no quiere devolverla? Él tendrá una acción judicial para *desalojarlo*. Su propiedad está protegida por el derecho y la forma de protegerla es ofreciendo la posibilidad de que, por medio de una demanda, un juez le ordene irse de su vivienda.

Los ejemplos podrían multiplicarse. Si usted es contratado en una empresa, tiene derecho a cobrar su salario y, por tanto, su empleador⁴ está obligado por una norma

⁴ ¿Sabe la diferencia entre “empleado” y “empleador”? Aclarar estos términos le servirá para entender el ejemplo.

jurídica a pagarle el sueldo. ¿Qué implica esto? Implica que, en caso de que no le pague, podrá exigirlo mediante una demanda judicial u otro medio legal.

En base a estas ideas es que Hans Kelsen postula que toda norma jurídica, para serlo, debe contener una acción (el deber ser) que sea *exigible coactivamente por medio de una autoridad*. No existe norma jurídica si no puede imponerse la acción prescripta por medio de la coacción. Una norma jurídica sin dicha acción es, para Kelsen, “irrelevante”. Kelsen sostiene que el derecho debe:

“hacer valer el incumplimiento de [la] obligación [que establece la norma jurídica] mediante demanda, es decir, de poner en marcha el proceso que lleva al establecimiento de la sentencia judicial en la cual se estatuye una sanción concreta como reacción contra la violación de la obligación” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 181).

¿A eso se reduce una norma jurídica?

La teoría es seductora. Es bastante sensato pensar que, en la medida en que no podamos hacer efectivos mediante un juicio los derechos consagrados en las normas jurídicas, no podemos decir que tengamos ese derecho. Suelen ofrecerse ejemplos de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos que, lamentablemente, no se cumplen ni se poseen acciones para cumplirlas.

“No hay derecho sin espada”

Esta frase resume una idea importante sobre el derecho. Para que exista una obligación o un derecho, debe existir “una espada” (el Estado) que coactivamente imponga el cumplimiento de la obligación o la satisfacción del derecho. ¿De qué serviría tener el derecho a la remuneración por el trabajo si, en caso en que no se hace efectivo, no puedo recurrir a un juez que coactivamente obligue al empleador a abonármelo?

consagradas en tratados internacionales de derechos humanos que, lamentablemente, no se cumplen ni se poseen acciones para cumplirlas.

¿De qué sirve el derecho a un ambiente sano y saludable para la persona que vive a metros de un basural y un juez rechaza su demanda para que se limpie la zona? O, peor aún, ¿de qué sirve la sentencia de un juez que ordena al Estado a limpiar el basural pero éste último no cumple la orden?

Esta teoría, siendo plausible, contiene un problema: no todas las normas jurídicas poseen la estructura con la que Kelsen las definió. Este es el punto importante ahora: no todas las normas jurídicas imponen obligaciones que pueden ser exigidas judicialmente. El sistema jurídico está

integrado por distintos tipos de normas.

Tipos de normas jurídicas

Hasta ahora hemos visto un tipo de normas jurídicas: aquellas que establecen un comportamiento debido y la consecuencia que surge de no realizarlo. Por ejemplo, la norma jurídica que permite publicar ideas en la prensa que, como vimos, posee una prohibición para el Estado de interferir en la publicación de la idea. Si el Estado interfiere, un juez podría ordenar que cese esa interferencia e incluso establecer una sanción. Estas normas son conocidas por el jurista inglés Herbert L. A. Hart como normas *primarias*. Las normas primarias necesitan, para funcionar, de normas *secundarias* (Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, pp. 113-114).

Un sistema jurídico no puede componerse sólo de normas que enlazan conductas con reacciones del ordenamiento jurídico. Antes de saber cuáles son las conductas obligadas, permitidas y prohibidas por el derecho, debería preguntarse lo siguiente: ¿cómo reconozco cuáles son las normas jurídicas que establecen conductas?

Necesito una regla *que me indique cuáles son las reglas jurídicas* que establecen conductas. Este es un tipo de norma secundaria y Hart le llama “*regla de reconocimiento*”. La regla de reconocimiento posibilita identificar qué normas constituyen el derecho válido.

En el derecho primitivo, el problema era que no se sabía qué normas componían el sistema jurídico. Había una falta de certeza sobre las normas jurídicas. Los sistemas jurídicos contemporáneos poseen una regla de reconocimiento que establece que un cierto conjunto de normas primarias integran el sistema jurídico.

Por ejemplo, ¿cómo sabe usted cuáles son las normas jurídicas que integran el sistema jurídico argentino? Lo sabe porque tenemos una Constitución Nacional que indica, entre otras cosas, que las normas jurídicas dictadas por el Congreso de la Nación o los decretos del presidente constituyen normas primarias que establecen conductas que debemos cumplir.

Por otra parte, usted sabe que además de un Código Civil existen leyes que determinan *cómo debe aplicarse ese Código*. ¿Ha escuchado hablar del Derecho Procesal? Puede ser que sí. Y si no, con seguridad ha escuchado hablar de los procesos judiciales.

Los procesos judiciales (los juicios, para decirlo rápidamente) están guiados por una serie de reglas destinadas a determinar *quién* aplica las normas primarias y *cómo* deben aplicarse. Este es el segundo tipo de normas secundarias llamadas “*reglas de adjudicación*” e indican cómo debe aplicarse la ley.

La norma primaria establece que si el inquilino no paga el alquiler de un departamento, el propietario podrá desalojarlo. Ahora bien, ¿quién ordenará el desalojo? ¿Cómo se probará que efectivamente no ha pagado el alquiler? Llegado el caso, ¿cómo se realizará el desalojo?

Necesitamos normas de adjudicación que prescriban, por ejemplo, que es un juez el que debe ordenar el desalojo. Debe determinarse qué pruebas necesita el propietario, los momentos para que el inquilino se defienda (alegando que sí ha pagado el alquiler, por ejemplo), entre otras cuestiones.

Finalmente, también sabe –y lo hemos visto antes– que es posible *modificar el Código Civil*. Para hacerlo es necesario que existan “*reglas de cambio*”.

Ya vimos (con horror, quizás) que la legislación puede cambiar. El Código Civil, Penal o la Constitución Nacional pueden ser modificados. Pero esto no puede hacerlo cualquiera, en cualquier momento y por cualquier método. Debe determinarse qué órgano puede modificar qué tipo de normas, por qué procedimientos y en qué circunstancias.

Por ejemplo, la modificación del Código Civil debe hacerla el Congreso Nacional. Que lo deba hacer el congreso y no, por ejemplo, el presidente, lo imponen las reglas de cambio.

Normas primarias y secundarias

Las normas primarias enlazan conductas a premios y castigos. Si usted realiza algo que está prohibido (pasar un semáforo en rojo), obtendrá un castigo (pago de multa). A su vez, si usted alcanza una cierta edad y ha realizado aportes previsionales durante cierta cantidad de años, recibirá una jubilación. Las normas primarias tratan sobre las *conductas de los humanos*.

Las normas secundarias (tanto las de reconocimiento como las de cambio y adjudicación) establecen potestades para ciertos órganos o personas. El Congreso de la Nación puede modificar una norma primaria (regla de cambio) y son los jueces los habilitados para aplicar estas normas primarias (regla de adjudicación). Además, determinan qué normas son primarias (regla de reconocimiento). Las normas secundarias tratan sobre cómo operan *las normas primarias*.

Llegado a este punto, ¿podría explicar cuáles son los tipos de normas según Hart?

Generales y particulares

Todos los ejemplos que hemos visto constituyen normas jurídicas *generales*. ¿Qué significa esto? Que prescriben conductas para todos los miembros de una clase en relación a una generalidad de actos. Por ejemplo, a “ningún habitante de la Nación” se lo puede penar “sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” (artículo 18 de la Constitución Nacional). Fíjese que esta norma protege a todos los habitantes de la Nación en la generalidad de los procesos criminales.

No está demás repetirlo: se habla de una generalidad de actos (en este caso, los juicios criminales) y para todos los miembros de una clase de personas (en este caso, los habitantes de la Nación).

Veamos otro caso. El artículo 238ter del Código Penal prescribe una pena para el militar que desobedece una orden legal de un superior frente a un enemigo. ¿Es general o particular?

Alguien podría decir, “es particular, porque no abarca a todos los habitantes”. Pero el lector atento ha tomado nota de que la norma es general en la medida en que prescribe conductas generales aplicables a todos los miembros de una clase. En este caso, aplica a todos los miembros de la clase “militar” y a una conducta genérica: desobedecer una orden frente a un enemigo.

La norma no legisla la conducta del soldado Ryan o del sargento primero Welsh. Legisla sobre todo militar que esté en una situación general.

La norma, entonces, sigue siendo general. La pregunta que surge es ¿cuándo es particular una norma jurídica? Lo es cuando la norma está dirigida exclusivamente a una persona (o un grupo de personas determinado) *en concreto* por un acto *específico*.

Las normas jurídicas particulares también obligan, permiten o prohíben ciertas acciones. La diferencia es que esa obligación, permisión o prohibición se dirige a una persona *en particular* (o un grupo definido con nombre y apellido) y establece un *acto concreto* que debe realizarse, que se permite o que se prohíbe.

¿Hay ejemplos? Por supuesto: las *sentencias judiciales*. Toda sentencia judicial es una norma jurídica particular que obliga, permite o prohíbe algún acto.

El juez de familia *obliga* al progenitor llamado T a suministrar una cuota alimentaria al hijo menor de edad llamado X. O bien, el juez penal *prohíbe* a L acercarse a Z por medio de una orden de restricción debido a un delito. O, finalmente, el juez comercial *permite* continuar con el negocio que P y M llevan juntos porque están aprobados los balances de la empresa que fueron cuestionados judicialmente.

Los sujetos y las acciones están *individualizados*. Son concretos. Estas normas no regulan conductas generales. Sí, es cierto lo que está pensando: se *basan* en normas generales. Se basaron en el Código Civil y Comercial en el primer y tercer ejemplo y en leyes penales en el segundo. Pero el juez dictó una norma particular dirigida a un individuo concreto y que prescribía órdenes especificadas.

Si el juez dicta normas particulares, ¿quién dicta las normas generales? Creo que usted sabe la respuesta. En principio (y sólo en principio), quien dicta las normas generales es el Congreso de la Nación en su esfera de competencias. En la carrera verá que hay otros órganos que dictan normas generales. Pero por ahora usted puede quedarse con una

distinción primigenia entre normas generales, que dicta el Poder Legislativo, y normas particulares, dictadas por el Poder Judicial.

Escritas y no escritas

Un amigo suyo está fascinado con *Rápido y furioso*. Su ídolo es “Dom” Toretto, el personaje protagonizado por Vin Diesel. La influencia lo llevó a querer correr picadas

Costumbre

El derecho primitivo es predominantemente no escrito. Hoy nos parece común o lógico, pero escribir las normas jurídicas no es algo que exista desde siempre. Los orígenes del derecho están relacionados típicamente con normas jurídicas que se creaban por la práctica constante reconocida como obligatoria. En la actualidad, los derechos nacionales de los Estados son predominantemente escritos. Países como Gran Bretaña conservan parte de su derecho en la costumbre, pero son la excepción en Occidente. El área donde la costumbre es más importante es en el derecho internacional, en donde las relaciones entre Estados se rigen por tratados internacionales (normas escritas) y por la costumbre (la práctica entre Estados reconocida como derecho). Por ejemplo, las normas que regulan el trato a los embajadores, representantes diplomáticos o cónsules tuvieron origen en la costumbre. Y aunque ahora hay un tratado al respecto, incluso los países que no lo han firmado deben respetar la costumbre internacional. De paso, ¿qué sucede si un Estado incumple una norma internacional, sea escrita o no escrita? ¿Quién la hace cumplir? ¡Qué buena pregunta! No hay un “Estado mundial” y centralizado. Por tanto, el cumplimiento estará en manos de otros Estados que exigirán el respeto de la norma por medio de sanciones o incluso del uso o amenaza de la fuerza.

callejeras con su nuevo auto preparado al efecto. Sin embargo, algo le dice que son ilegales. Es más, cree que son un delito que lo puede llevar a la cárcel.

Si el aspirante a Toretto le pregunta “che, vos que estás haciendo el módulo de nociones de derecho, correr una picada en la calle, ¿es un delito?”. Para contestar, usted debería ir al Código Penal y consultarlo. En algún momento llegaría al artículo 193bis y tendría la respuesta.

En el Código Penal están las normas que establecen delitos. Esas normas son un ejemplo de normas *escritas*. El Código Penal es una ley escrita que establece delitos y sus penas. Todos los ejemplos que hemos dado hasta aquí son de normas jurídicas escritas (en la Constitución, en los códigos o en leyes).

Ahora bien, no todas las normas jurídicas están escritas. Parte del derecho argentino se regula por normas no escritas que llamamos

costumbre. La costumbre es una práctica reiterada por un conjunto de personas. La costumbre exige regularidad (Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, p. 69).

Para que esa costumbre sea norma jurídica, debe generar derechos o deberes que sean obligatorios desde un punto de vista jurídico. ¿Recuerda el final del capítulo anterior y lo que vimos en éste más arriba? Las normas jurídicas consuetudinarias (es decir, establecidas en la costumbre) deben estar respaldadas por el aparato coercitivo del Estado que haga cumplir la conducta obligada o impida la prohibida o bien garantice la posibilidad de hacer lo que se permite.

Directivos y justificativos

Algunos autores entienden que las normas jurídicas poseen un elemento *directivo* y un elemento *justificativo* (Bouvier, H., *Particularismo y derecho*, Marcial Pons, p. 319). El elemento directivo es la conducta que prohíbe, obliga o faculta. El elemento justificativo es la “razón subyacente” a la norma. Es subyacente porque está debajo (“sub”, debajo) de

la norma. En otras palabras, es el motivo (o los motivos) por el cual se determina qué conducta se espera de los individuos.

Si una norma jurídica determina que “está prohibido arrojar basura en la calle”, el elemento directivo es, por supuesto, la prohibición de arrojar basura en la calle. La norma jurídica busca dirigir la conducta del individuo en un sentido particular: que no arroje basura en la calle. Pero esta norma tiene una justificación, aunque el texto legal no la explicita: es *valioso* que la gente no tire basura en la calle; protege el medio ambiente, la estética de la ciudad, etc. Aunque no lo diga, la norma jurídica tiene una razón para prohibir una conducta.

Es un buen ejercicio de interpretación buscar ese elemento justificativo de las normas jurídicas. Por ejemplo, lea este artículo de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica):

Artículo 7.4: “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”.

Es claro que la norma obliga al Estado a hacer algo: informar a cualquier persona detenida cuál es el motivo de la detención. Pues bien, ¿cuál es la razón subyacente o elemento justificativo de esta norma? ¿Por qué debería informarse de los motivos de la detención?

Normas y principios

Lo invito a leer dos normas (enunciados normativos) obligatorias para todos los habitantes de nuestro país.

“Son deberes de los progenitores: a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo” (art. 646, Código Civil y Comercial de la Nación).

Esta es, como se ve, una norma del Código Civil y Comercial argentino. La norma contiene una enumeración de los deberes principales de los progenitores (los padres) frente a sus hijos menores de edad. Entre ellos, vemos que están obligados a “cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo”.

Por supuesto, cuando estudie más adelante en su carrera el Derecho de Familia verá que estos deberes contienen una regulación particular que hacen surgir interesantes problemas jurídicos, sociales y culturales. Por ahora nos quedaremos con esta norma que *obliga* a los progenitores a cuidar a los hijos menores, convivir con ellos y prestarles alimentos y educación.

Ahora preste atención al siguiente enunciado normativo:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas [...] una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño).

Como verá, estamos frente a una norma de la Convención sobre los Derechos del Niño, un tratado internacional que Argentina firmó y que es derecho obligatorio para todos los habitantes de la Nación. Es más: tiene la misma jerarquía que la Constitución Nacional.

Lo invito a que repase la norma de la Convención y piense cuál es la conducta que ella *obliga*, *prohíbe* o *faculta*.

Si lee con atención, el verbo que utiliza la norma es “atender”. Afirma que, en caso de medidas tomadas por las instituciones públicas (un juez, por ejemplo) o privadas (una escuela privada), “se atenderá” el interés superior del niño. Fíjese que no establece ninguna acción en concreto. No dice, como la norma del Código Civil y Comercial que vimos antes, que “cuidará” del niño, “convivirá” con él o lo “alimentará”. Estas son acciones concretas, determinables. Pero “atender el interés superior del niño” no establece ninguna acción particular.

Querido lector, estamos frente a un *principio jurídico*. En este caso el “principio del interés superior del niño”. Hay otros: en derecho penal encontramos un principio enunciado en latín que afirma *in dubio, pro reo*, es decir, en caso de duda de si un acusado cometió o no un delito, debe estarse a favor del acusado y, por tanto, absolverlo⁵. En derecho internacional público el “principio de buena fe” que establece que los Estados deben cumplir de buena fe las obligaciones contraídas. Y así irá aprendiendo a lo largo de la carrera otros.

Género: Norma Jurídica
Especies: Principios Jurídicos y Reglas Jurídicas

Un principio *es* una norma jurídica. La norma es el *género* y el principio es la *especie*, así como un texto sobre nociones básicas de derecho para ingresantes a Abogacía es una especie del género de las cosas interesantes de la vida.

Introducimos aquí una precisión conceptual muy valiosa para el estudio del derecho. Las normas jurídicas, como género, se dividen en *reglas jurídicas*, por un lado, y *principios jurídicos*, por el otro.

¿Cuál es la diferencia entre un principio y una regla? Ya sabemos que las respuestas de *knock-out*, es decir, una respuesta final y sin matices, no son habituales en el derecho. Como en todo, se discute qué distingue un principio de una regla.

Una pista muy valiosa se encuentra párrafos más arriba. La norma del Código Civil y Comercial establece una serie de acciones que los progenitores deben cumplir: cuidar al niño, convivir con él, alimentarlo y educarlo.

Los principios como “mandatos de optimización”, según Alexy

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas” (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 67-68).

El principio de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cambio, manda a que, cuando se tome una medida, se “atienda” el interés superior del niño. No precisa una conducta determinada, sino que fija una pauta de actuación en caso de tomarse medidas.

¿He logrado explicar la diferencia? ¿No? Pues vamos de vuelta. El principio jurídico del ejemplo ordena atender el interés superior del niño *en cada acción que lleven adelante las entidades públicas y privadas*. La regla jurídica ordena *que los progenitores del niño realicen acciones particulares*.

El principio no fija qué conducta hay que realizar, sino que establece *cómo debe* realizarla: en este caso, atendiendo el interés superior del niño. Mientras que la regla ordena una conducta en particular, el principio ordena que,

⁵ ¿Absolverlo? Si no conoce el término, puede buscarlo o consultarlo con compañeros o docentes.

cualquiera sea la acción que se realice, ella se lleve a cabo *en la mayor medida y de la mejor manera posible*.

Ejemplo: el niño tiene derecho a la educación. Ahora bien, ¿cómo debe ser la conducta de las escuelas frente a este derecho? Si nos atenemos al principio de interés superior del niño, la educación debe ser proveída *de la mejor manera* posible teniendo en cuenta las circunstancias particulares. En otras palabras, sin decirnos qué en concreto hacer, nos obliga a que se haga lo mejor posible. De ahí que Robert Alexy defina a los principios como “mandatos de optimización”.

Recapitulación

Hemos visto el concepto de norma jurídica. No fue sencillo, pero avanzamos desde el lenguaje prescriptivo (por oposición a descriptivo), pasamos por una caracterización de lo que es una norma jurídica, los tipos de normas y la justificación subyacente de las normas. Finalmente, hablamos de la distinción entre normas jurídicas y principios jurídicos. ¿Ha quedado todo claro? Es importante que así sea. Si no está todavía lo suficientemente claro, le recomiendo volver sobre estas páginas porque comprender lo que sigue depende de ello.