

SARKHJANU.  
18/8/09. Gumbin

## II

# Norma: una noción controvertida

CENTRO DE FOTOCOPIADO  
Local 4  
Tel: 408 73 10  
Gal. Montecarlo 18 de julio 1970

3

### 1. Introducción: el lenguaje prescriptivo en pocas palabras

En general, se llama "prescriptivo" a un discurso cuya función no sea la de formular y transmitir información y conocimientos, sino modificar, influenciar o dirigir el comportamiento de los hombres.

Una forma eficaz de caracterizar el lenguaje prescriptivo es contraponerlo al lenguaje descriptivo o, como también suele llamarse, cognoscitivo, indicativo.<sup>1</sup> La contraposición sirve para destacar mejor los aspectos peculiares de ambos discursos.

1) *El punto de vista pragmático.* El lenguaje descriptivo y el lenguaje prescriptivo se diferencian, en primer lugar, bajo un punto de vista pragmático, en el sentido de que describir y prescribir son acciones o actos —específicamente, actos del lenguaje— distintos. Hablar, en efecto, es actuar: emitir un enunciado es realizar un acto (no un acto cualquiera, evidentemente, sino un acto lingüístico, un acto del lenguaje).<sup>2</sup>

Debe advertirse que un mismo enunciado —por ejemplo: "El homicidio está penado con la reclusión"— puede ser usado indistintamente por un legislador, para realizar un acto lingüístico de prescripción, y por un jurista, para realizar un acto lingüístico de descripción (y quizás también para realizar muchos otros actos lingüísticos).

Debe observarse además, que el uso, descriptivo o prescriptivo, de un enunciado —su función, el acto lingüístico realizado— puede ser siempre explicitado reformulando o "traduciendo" el propio enunciado a la forma, que suele llamarse, "realizativa":<sup>3</sup>

"Yo constato (afirmo, asevero) que el homicidio está penado con reclusión", "Yo prescribo (mando) que el homicidio sea penado con reclusión".

En consecuencia, podría decirse lo siguiente: en último término, es prescriptivo un enunciado que sea usado para realizar un acto (lingüístico) de prescribir. O bien, es prescriptivo un enunciado que se preste a ser reformulado en la forma: "Yo prescribo que...".

(2) *El punto de vista sintáctico.* Bajo el punto de vista sintáctico, puede observarse que los enunciados del discurso descriptivo tienen, usualmente, forma indicativa ("Los asesinos son castigados"), en tanto que los enunciados del discurso prescriptivo tienen, no menos usualmente, forma imperativa ("¡Castigad a los asesinos!") o deóntica ("Los asesinos deben ser castigados"). Un enunciado se denomina deóntico si es formulado mediante el verbo auxiliar 'deber' o expresiones traducibles en términos de 'deber' ('obligación', 'obligatorio', 'prohibido', 'permitido', etcétera).

Hay que subrayar, de todos modos, que la forma sintáctica del enunciado es —por decirlo así— sólo un indicio, pero no una prueba concluyente, para decidir el carácter descriptivo o prescriptivo del lenguaje de que se trate. Esto es así al menos por dos razones.

Por un lado, el legislador emplea a menudo enunciados sintácticamente indicativos ("El homicidio está penado con la reclusión") de cuyo carácter prescriptivo, sin embargo, nadie duda. De modo que los enunciados indicativos no son, sólo por ello, descriptivos.

Por otro lado, los juristas emplean habitualmente enunciados sintácticamente deónticos ("El homicidio debe ser penado con la reclusión") con intención, sin embargo, de describir prescripciones legislativas preexistentes (al menos, eso se sostiene) y no de prescribir. De modo que los enunciados deónticos no son, sólo por ello, prescriptivos.

No hay, entonces, una correspondencia biunívoca entre la forma sintáctica de los enunciados y su función pragmática (descriptiva o prescriptiva).

3) *El punto de vista semántico.* Desde el punto de vista semántico, en fin, entre el discurso descriptivo y el discurso prescriptivo hay una diferencia irreductible: mientras que se pueden atribuir valores de verdad a los enunciados descriptivos

(esto es, esos enunciados pueden ser verdaderos o falsos), no es en absoluto posible esa atribución a los enunciados prescriptivos. Esto es, de los enunciados prescriptivos no puede decirse sensatamente que sean verdaderos o falsos.<sup>4</sup>

Esto no significa, sin embargo, que los enunciados del discurso prescriptivo carezcan en absoluto de referencia semántica. Al contrario, también los enunciados prescriptivos —igual que los descriptivos— tienen que tener una referencia: deben, al menos, referirse a ciertos sujetos (a los que se dirige la prescripción) y a ciertos comportamientos (de los que se requiere la ejecución). De no ser así, no podría ni siquiera hablarse de obediencia o de violación de una prescripción. Así, por ejemplo, el enunciado (por hipótesis, emitido por un legislador y, por tanto, prescriptivo) "Todos los ciudadanos deben pagar impuestos" de un modo manifiesto se refiere a ciertos sujetos llamados "ciudadanos" y a un determinado comportamiento llamado "pago de los impuestos".

## 2. Tres dudas acerca de la noción de norma

Una vez aclarada, a grandes rasgos, la noción de discurso prescriptivo, se puede decir de forma muy general que el término 'norma' es habitualmente usado para hacer referencia a enunciados del discurso prescriptivo. Sin embargo, no puede decirse que la noción de norma sea pacífica.

En primer lugar, es dudoso si el término 'norma' debe ser usado únicamente para hacer referencia a prescripciones generales y/o abstractas o, en cambio, también en referencia a preceptos singulares y concretos.

En segundo lugar, es dudoso si el término 'norma' debe ser usado sólo para hacer referencia a prescripciones en sentido estricto (es decir, mandatos) o puede ser extendido a todo enunciado del discurso "legislativo".

En tercer lugar, es dudoso si el término 'norma' debe ser usado para hacer referencia a enunciados o, en cambio, a significados de enunciados.

## 3. Normas (generales) y preceptos (singulares)

1) El término 'norma' —al menos en su uso más común— es sinónimo de 'regla de conducta': éste no denota *cualquier* pres-

cripción, sino únicamente prescripciones generales (o impersonales) y abstractas, susceptibles de reiteradas observancias y ejecuciones (y, por ello, también de violaciones); prescripciones en fin, que no regulan un supuesto de hecho singular sino *una clase* de supuestos de hecho (futuros).<sup>5</sup>

Debe añadirse a lo dicho que, según una tesis difundida,<sup>6</sup> toda norma jurídica es reconducible a la forma condicional o hipotética: "Si F, entonces G", donde el antecedente (o prótasis) se refiere a una clase de circunstancias fácticas y el consecuente (o apódosis) a una clase de consecuencias jurídicas (como el nacimiento de una obligación o de un derecho, la imposición de una sanción, la validez o la invalidez de un acto, etcétera).<sup>7</sup>

2) Sin embargo, especialmente en la literatura teórico-general, a veces se llaman "normas" no sólo a las prescripciones generales y/o abstractas, habitualmente (pero no necesariamente) contenidas en las leyes, sino también a las prescripciones singulares y concretas, contenidas en los fallos de sentencias, en actos administrativos o en cláusulas contractuales.<sup>8</sup>

Este modo de expresarse —que se puede reconducir en la "Teoría Pura del Derecho"—<sup>9</sup> está estrechamente vinculado a la tesis según la cual el derecho no sólo está constituido, precisamente, por normas generales y/o abstractas, sino también por prescripciones individuales y concretas, como las establecidas por los jueces mediante las sentencias, por la administración pública mediante actos administrativos o por las personas privadas mediante actos de autonomía.

Según esta tesis, no puede trazarse una distinción nítida entre producción y aplicación del derecho. Todo acto jurídico es, al mismo tiempo, tanto de *creación* de normas (generales o individuales, no importa), como de *aplicación* de normas. Así, por ejemplo, la legislación es obviamente creación de normas (generales), pero es también al mismo tiempo aplicación de normas y, especialmente, de normas constitucionales. La jurisdicción, a su vez, es tanto aplicación de normas (legislativas) como creación de normas individuales. Obviamente, constituyen excepciones: por un lado, los actos constituyentes y, por otro, los actos de mera ejecución. La creación de una constitución es producción de derecho y nada más: los actos constituyentes no aplican norma alguna, ya que no hay ninguna norma

la constitución y preconstituida respecto de ella que ser aplicada por los constituyentes. La mera ejecución (ejemplo de una sanción) es aplicación del derecho y nada de los actos de ejecución son actos materiales y, como tales, en forma alguna.

En fin, desde este punto de vista, también las sentencias y los actos administrativos se configuran como actos productores de derecho (aunque sea de normas individuales) y, por ello, como fuentes del derecho.

#### 4. Normas y fragmentos de normas

1) Una "norma", en sentido estricto, es —como hemos dicho— una prescripción o regla de conducta. Una prescripción es un enunciado que califica un comportamiento como obligatorio (o, si se prefiere, debido). Se entiende que el comportamiento en cuestión puede ser tanto una acción como una omisión.

La norma que califica una acción como obligatoria se denomina 'mandato'. Por ejemplo: «Todas las decisiones judiciales deben ser motivadas» (art. 111.1, const. it.); «El deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección» (art. 1175 cod. civ. it.). La obediencia a un mandato se llama 'ejecución'.

La norma que califica una omisión como obligatoria se denomina 'prohibición'. Por ejemplo: «El domicilio es inviolable» (art. 14.1, const. it.); «Nadie puede ser apartado del juez natural preconstituido por la ley» (art. 25.1, const. it.): Naturalmente, una prohibición no es más que un mandato "negativo": un mandato de "no hacer". La obediencia a una prohibición se llama 'observancia'.<sup>10</sup>

2) No obstante, todo discurso legislativo está también repleto de enunciados que no son en absoluto prescripciones. Y, en el lenguaje común de los juristas, *todos* los enunciados del discurso legislativo son denominados "normas". Así pues, el vocablo 'norma' asume a veces un significado más amplio del que se ha examinado hasta aquí.

(2.1) Son normas, en sentido amplio, las autorizaciones. Se llama 'autorización' a todo enunciado que califica un comporta-

miento como permitido, facultativo o libre. Por ejemplo: «Los ciudadanos tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas» (art. 17.1, const. it.); «Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley» (art. 1322.1, cod. civ. it.).<sup>11</sup>

Las autorizaciones son también denominadas 'normas permisivas'. No obstante, es conveniente observar que éstas se distinguen de las normas propiamente dichas (mandatos) bajo un aspecto importante: las autorizaciones, en efecto, no son susceptibles de obediencia ni de violación. Sólo pueden ser usadas o no. Quien realiza la acción permitida se vale de la autorización, pero no sería apropiado decir que le presta obediencia. Quien omite realizar la acción permitida no se vale de la autorización, pero no sería apropiado decir que la viola.

En los ordenamientos jurídicos, las autorizaciones son funcionalmente dependientes de los mandatos en un doble sentido y de un modo también doble.<sup>12</sup>

Por un lado, las autorizaciones desarrollan la función de derogar (implícita o explícitamente) mandatos preexistentes: al menos en aquellos ordenamientos en los que rige el principio "lex posterior derogat priori".

Por otro lado, las autorizaciones desarrollan la función de prevenir —de impedir o precluir— la creación de mandatos mediante fuentes del derecho subordinadas: al menos en aquellos ordenamientos en los que rige el principio "lex superior derogat inferiori".

(2.2) Son normas, en sentido amplísimo, todos aquellos enunciados legislativos —y son muchísimos— que no son mandatos ni autorizaciones. A modo de ejemplo pueden mencionarse (aunque la lista es obviamente incompleta) los siguientes:

a) los enunciados que confieren estatus («La mayoría de edad se obtiene al cumplimiento de los dieciocho años», art. 2.1, cod. civ. it.);<sup>13</sup>

b) los enunciados que definen términos del mismo lenguaje legislativo («El contrato es el acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial», art. 1321, cod. civ. it.; «En los artículos siguientes se usa, para hacer referencia a las regiones con estatuto ordinario, simplemente la palabra "región"», art. 3.2, D.P.R. 616/1977);<sup>14</sup>

c) los enunciados que confieren un significado —entre otros posibles— a enunciados legislativos precedentes (las llamadas normas interpretativas o de interpretación auténtica);<sup>15</sup>

d) los enunciados que circunscriben el ámbito de aplicación de las normas («La ley no regula más que el futuro: no tiene efectos retroactivos», art. 11.1, disp. prel. cod. civ. it.);

e) los enunciados que reenvían a otros enunciados normativos («Las relaciones patrimoniales entre cónyuges se regulan por la que fuera ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio», art. 19.1, disp. prel. cod. civ. it.);<sup>16</sup>

f) los enunciados que derogan normas preexistentes («Que- da derogado el art. x de la ley y»);<sup>17</sup> y así sucesivamente.

Según un punto de vista bastante difundido, todos estos enunciados no prescriptivos, presentes en el discurso legislativo, no son más que partes o *fragmentos de normas* y únicamente pueden ser usados en combinación con prescripciones o autorizaciones.<sup>18</sup>

Así, por ejemplo, el artículo 2.1, cod. civ. it., que fija la mayoría de edad en el cumplimiento de los dieciocho años, no es más que un fragmento de la autorización expresada por el art. 48.1, const. it., que confiere el sufragio activo a los ciudadanos mayores de edad,<sup>19</sup> así como también de todas las normas que vinculan al requisito de la mayoría de edad cualquier consecuencia jurídica. La definición de 'contrato' (art. 1321, cod. civ. it.) no es más que un fragmento de todas aquellas normas en las que aparece el término 'contrato'. Y así sucesivamente.

Ahora bien, debe observarse que casi todos estos fragmentos de normas, o "normas" en sentido amplísimo, se diferencian de las reglas de conducta en un aspecto especial, sobre el que conviene llamar la atención. Las reglas de conducta versan, obviamente, *sobre la conducta*. Gran parte de los fragmentos de normas, en cambio, no versan sobre la conducta sino *sobre (otras) normas*.<sup>20</sup>

Así, por ejemplo, las normas de interpretación auténtica tienen por objeto las normas auténticamente interpretadas; las normas que circunscriben el ámbito de aplicación de otras normas versan sobre las normas a cuyo ámbito de aplicación se refieren; las normas derogatorias tienen por objeto las normas derogadas; etcétera.

En general, se denominan "metanormas", "normas sobre normas", "normas secundarias" o "normas de segundo grado" a

todas aquellas normas que hacen referencia a otras normas: todas aquellas normas en cuya formulación aparece (o está sobrentendido) el nombre de una o más disposiciones, de una fuente o de una clase de fuentes.<sup>21</sup>

## 5. Normas constitutivas

En la literatura reciente, los fragmentos de normas (o al menos gran parte de ellos) son a menudo tratados bajo la rúbrica de las "normas constitutivas".<sup>22</sup> En realidad, se ha usado la expresión 'normas constitutivas' en más de un sentido;<sup>23</sup> en este punto es conveniente dar cuenta de sus dos sentidos principales:

A) Algunos llaman 'constitutivas' a todas las normas que no prescriben hacer (u omitir) algo, sino que realizan directamente el efecto pretendido.<sup>24</sup>

Ejemplo paradigmático: las normas derogatorias, que, evidentemente, no prescriben que tenga lugar una derogación (ni, obviamente, describen una derogación ya ocurrida), sino que producen inmediatamente (son por sí mismas condición suficiente de) la derogación de las normas a las que se refieren.

Las normas constitutivas, así entendidas, se diferencian radicalmente de las reglas de conducta, entre otras cosas, por el hecho de que, no siendo prescripciones, no toleran formulaciones deónticas, están privadas de destinatarios y, como tales, no requieren obediencia ni admiten violación.

B) Otros llaman 'constitutivas' a todas las normas que establecen condiciones (según los casos: necesarias, suficientes o necesarias y suficientes) de algo.<sup>25</sup>

Por ejemplo: el art. 602.1, cod. civ. it. («El testamento ológrafo debe ser completamente escrito, fechado y firmado de mano del testador») establece una serie de condiciones necesarias de validez del testamento ológrafo; el art. 70, const. it. («La función legislativa es ejercitada colectivamente por las dos Cámaras») establece una condición necesaria de validez —o mejor, de "existencia" jurídica— de la ley formal; el art. 59.1, const. it. («Es senador vitalicio por derecho, salvo renuncia,

quien haya sido presidente de la república») establece una condición suficiente para la adquisición del título de senador vitalicio; el art. 1.1, cod. civ. it. («La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento») establece una condición necesaria y suficiente para la adquisición de la capacidad jurídica; etcétera.<sup>26</sup>

## 6. Enunciados y significados

Finalmente, el vocablo 'norma' es usado de forma extendida —en el lenguaje doctrinal, judicial y legislativo— para hacer referencia a dos objetos radicalmente distintos.

1) Unas veces se denomina 'norma' a un enunciado legislativo (o, más en general, a un enunciado perteneciente a un documento normativo, a una fuente del derecho).

2) Otras, se denomina 'norma' al contenido de significado de un enunciado legislativo, tal como resulta de su interpretación.

Tomemos como ejemplo dos expresiones recurrentes en los discursos de los juristas y de los jueces: 'interpretación de normas' y 'aplicación de normas'. Manifiestamente, el vocablo 'norma' no tiene el mismo significado en la primera y en la segunda expresión. Cuando se habla de 'interpretación de normas', el vocablo 'norma' designa un enunciado del discurso legislativo, ya que la interpretación es una actividad que se realiza sobre los textos. En cambio, cuando se habla de 'aplicación de normas', el mismo vocablo 'norma' se refiere al contenido de significado de un enunciado legislativo, determinado precisamente mediante interpretación, desde el momento en que ningún texto normativo puede ser aplicado sino después de haberlo interpretado.

A pesar de que el uso común no recoja la distinción, conviene trazar una clara línea de demarcación entre los textos normativos y sus contenidos de significado, introduciendo una terminología *ad hoc*.

a) Podemos llamar 'disposición' a todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho.

b) Podemos llamar 'norma' (no a la misma disposición sino) a su contenido significativo, que es una variable dependiente de la *interpretación*.

En este sentido, la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es más bien una disposición interpretada y, en ese sentido, reformulada por el intérprete: es, pues, un enunciado del lenguaje de los intérpretes.<sup>27</sup>

## 7. La disociación entre disposiciones y normas

En muchos contextos, la distinción entre disposiciones y normas es irrelevante y puede ser ignorada sin causar problemas. Pero en otros contextos esa distinción reviste una importancia fundamental: es un instrumento conceptual indispensable ya sea para clarificar la naturaleza de la actividad interpretativa, ya sea para esclarecer fenómenos tales como la derogación tácita, la derogación indeterminada, los diversos tipos de vicios de las leyes, las decisiones interpretativas y manipulativas del Tribunal constitucional, etcétera.<sup>28</sup>

En estos contextos la distinción entre disposición y norma se hace necesaria por el hecho de que entre las disposiciones y las normas no se da una correspondencia biunívoca. Ello por muchas razones.

1) *Disposiciones complejas*. En primer lugar, muchas disposiciones —quizás, todas las disposiciones— tienen un contenido significativo complejo: no expresan una norma sino una multiplicidad de normas conjuntas. En ese sentido, a una sola disposición corresponden diversas normas conjuntamente.

Así, por ejemplo, la disposición del art. 1417, cod. civ. it. («La prueba testifical de la simulación es admisible sin límites, si la petición se realiza por acreedores o terceros y, en el supuesto de que esté dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado, también a propuesta de las partes») expresa al menos tres, si no cuatro, normas distintas: a) la prueba testifical es admisible si la petición es realizada por acreedores; b) la prueba testifical es admisible si la petición es realizada por terceros;

c) la prueba testifical es admisible si la petición es realizada por las partes y está dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado; d) la prueba testifical no es admisible si la petición es realizada por las partes pero no está dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado.

Otro ejemplo: el art. 25.2, const. it., «Nadie puede ser castigado si no está previsto en una ley que haya entrado en vigor de forma previa al hecho cometido», expresa —al mismo tiempo— a) el principio de la reserva absoluta de ley en materia penal (sólo la ley estatal puede establecer los delitos y las penas) y b) el principio de la irretroactividad de la ley penal (la ley penal no puede regular más que las acciones futuras).

2) *Disposiciones ambiguas.* En segundo lugar, toda disposición es (más o menos) vaga y ambigua, de forma que tolera diversas y conflictivas atribuciones de significado. En ese sentido, a una disposición —a toda disposición— no corresponde una única norma sino una multiplicidad de normas disyuntas. Una única disposición expresa diversas normas disyuntivamente: una u otra norma, en función de las distintas interpretaciones posibles.

Este punto es suficientemente obvio para no necesitar ejemplos. Este tipo de disociación entre disposiciones y normas se manifiesta en toda controversia interpretativa. Pueden encontrarse buenos ejemplos en cualquier sentencia interpretativa desestimatoria del Tribunal constitucional.

De todos modos, he aquí un simple ejemplo concreto. El art. 59.2, const. it., «El Presidente de la República puede nombrar senadores vitalicios a cinco ciudadanos, etcétera» puede ser entendido: a) en el sentido de que en todo momento puede haber cinco, y no más de cinco, senadores de nombramiento presidencial; b) en el sentido de que todo nuevo Presidente puede nombrar cinco senadores; independientemente del número de senadores aún en vida eventualmente nombrados por sus predecesores.

3) *Disposiciones redundantes.* En tercer lugar, puede suceder (aunque sea poco habitual) que dos disposiciones sean perfectamente sinónimas, que una sea una mera repetición de otra: en esos casos, a dos disposiciones corresponde una única norma.

Un ejemplo escogido aleatoriamente: según una interpretación razonable, el art. 8 de la ley de 10 de febrero de 1953, n. 62, «La Región ejercita la potestad legislativa sobre las mate-

rias y con los límites establecidos en la Constitución y según las normas de su propio Estatuto», no hace más que repetir una serie de normas ya expresadas en diversas disposiciones constitucionales (arts. 117, 120, 123 const. it.).

También puede suceder (y esto es más frecuente) que dos disposiciones no sean perfectamente sino parcialmente sinónimas, en el sentido de que expresan dos conjuntos de normas que en parte se superponen; que cada una de ellas expresa una pluralidad de normas, tal que una o más normas expresadas por la primera disposición son también expresadas (redundantemente) por la segunda.

Por ejemplo, puede sostenerse que la norma según la cual los reglamentos del ejecutivo están subordinados jerárquicamente a la ley (la conformidad con la ley es condición de validez de los reglamentos) es expresada —conjuntamente con otras normas— tanto por el art. 4.1, disp. prel. cod. civ. it. y por el art. 5 de la ley de 20 de marzo de 1865, all. E, sobre el contencioso administrativo, como por el art. 77.1, const. it.

4) *Normas sin disposición.* En cuarto lugar, según una opinión (discutible pero) absolutamente pacífica entre los juristas, el sistema jurídico no consta únicamente de las normas que pueden extraerse, mediante la interpretación, de las disposiciones contenidas en las fuentes: está también repleto de otras normas privadas de disposición. Haciendo abstracción de las normas de fuente consuetudinaria, una norma está privada de disposición cuando no puede ser identificada como significado de un preciso enunciado de las fuentes.

Por otra parte, puede hablarse de normas sin disposición en dos sentidos distintos.

a) En sentido débil, una norma está privada de disposición cuando no es obtenida de una única disposición, sino de una pluralidad de disposiciones combinadas entre sí. Por ejemplo, la norma según la cual son electores todos los ciudadanos que hayan cumplido los dieciocho años es el resultado de la combinación de dos disposiciones: el art. 48.1, const. it. («Son electores todos los ciudadanos [...] que han alcanzado la mayoría de edad») y el art. 2.1, cod. civ. it. («La mayoría de edad se establece en el cumplimiento del decimotercero año»).

b) En sentido fuerte, una norma está privada de disposición cuando es una norma implícita: esto es, una norma que no pue-

de ser obtenida mediante interpretación de ninguna disposición específica ni de una combinación de disposiciones presente las fuentes. Una norma implícita, habitualmente, es obtenida de otra norma expresa (por ejemplo, mediante analogía), del ordenamiento jurídico en su conjunto o de algún subconjunto de normas unitariamente considerado (el sistema del derecho civil, el sistema del derecho administrativo, etcétera) mediante complejas argumentaciones.

En ese sentido, es típico el ejemplo de gran parte de los llamados "principios generales" del ordenamiento jurídico (art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it.) como el principio de tutela de la buena fe, el principio de razonabilidad, el principio de conservación de los documentos normativos, el principio *in dubio pro operario* en derecho laboral, y así sucesivamente.

Implícitos son también muchos de los "principios fundamentales" (art. 117, const. it.) de una u otra materia otorgada a la competencia legislativa de las regiones: al menos, son implícitos aquellos relativos a materias para las que no haya sido adoptada la correspondiente ley-marco (véase al respecto el art. 9.1, de la ley de 10 de febrero de 1953, n. 62, modificado por el art. 17, último párrafo, de la ley de 16 de mayo de 1970, n. 281).

## Notas

1. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, parte I, cap. III; trad. cast., *Teoría general del derecho*, a cargo de E. Roza Acuña, Madrid, 1991, I parte, cap. III; U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, II ed., Milano, 1985; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, parte II; A. Ross, *Directives and Norms*, London, 1968; trad. cast., *Lógica de las normas*, a cargo de J.S.P. Hierro, Madrid, 1971; S. Castignone, R. Guastini, G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni*, III ed., Genova, 1981; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, parte I.
2. J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962; trad. cast., *Cómo hacer cosas con palabras*, a cargo de G.R. Carrió, E.A. Rabossi, Barcelona, 1990; J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969; trad. cast., *Actos de habla. Un ensayo de filosofía del lenguaje*, a cargo de L.M. Valdés Villanueva, Madrid, 1990.
3. En este contexto, llamo "realizativo" a todo enunciado en cuya formulación se haga patente el acto lingüístico realizado mediante la emisión del mismo. Por ejemplo, se hace patente que se está realizando un acto de mandato diciendo: "Yo mando que los ladrones sean castigados" (en lugar de, pongamos, "Los la-

integrar

drones deben ser castigados"). Cfr. J.L. Austin, "Emisiones realizativas" en L.M. Villanueva (ed.), *La búsqueda del significado*, Madrid, 1991; A. Ross, "Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas", en Id., *El concepto de validez y otros ensayos*, México D.F., 1993; R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, 1985, cap. I.

4. Esta tesis es a veces discutida por filósofos del derecho de orientación iusnaturalista. Cfr., por ejemplo, G. Kalinowski, *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Lyon, 1967; Id., *Querelle de la science normative. Une contribution à la théorie de la science*, Paris, 1969; M. Villey, "Le droit dans les choses", en P. Amselek, C. Grzegorzcyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, 1989.
5. N. Bobbio, "Norma giuridica", en *Novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1964, 330 ss.; Id., "Norma", en *Enciclopedia [Einaudi]*, IX, Torino, 1980, 876 ss.; Id., "Per una classificazione delle norme giuridiche", en Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970; V. Crisafulli, "Atto normativo", en *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 238 ss.; Id., "Disposizione (e norma)", cit.; Id., "Fonti del diritto (diritto costituzionale)", en *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, 925 ss.; Id., *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative, la Corte costituzionale*, V ed., Padova, 1984, cap. I, § 1; L. Ferrajoli, *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*, Milano, 1970, cap. III.
6. Esta idea es recurrente en la obra de H. Kelsen. Cfr. también C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien, 1971; trad. cast., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974; W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, II ed. London, 1982.
7. Un enunciado sintácticamente condicional es un enunciado de la forma: "Si ..., entonces ...". Se llama prótasis la parte que formula la condición ("Si ..."); se llama apódosis la parte que formula la consecuencia ("entonces ..."). Muchas normas jurídicas —aunque sea con una variedad de formulaciones ("si", "siempre que", "cuando", "a condición de que", etcétera)— presentan una estructura sintáctica condicional. Por ejemplo, «Si el ofertante se ha obligado a mantener firme la oferta por un cierto tiempo, la revocación no tendrá efectos» (art. 1329.1, cod. civ. it.); «Siempre que el proponente requiera para la aceptación una forma determinada, la aceptación no tendrá efecto si se realiza en una forma diversa» (art. 1326.4, cod. civ. it.); «Si no se ha fijado un plazo para la aceptación, éste puede ser establecido por el juez» (art. 1331.2, cod. civ. it.); «Los terceros pueden hacer valer la simulación frente a las partes cuando aquella les perjudique sus derechos» (art. 1415.2, cod. civ. it.); etcétera. Pero, de hecho, no todas las normas exhiben esa estructura. No obstante, según una tesis bastante difundida, todas (o al menos casi todas) las normas están provistas de una estructura condicional latente. En otras palabras: también las normas que no están formuladas mediante enunciados sintácticamente condicionales pueden ser reformuladas útilmente —reconstruidas por el intérprete— en forma condicional. Por ejemplo, *prima facie* no es condicional la norma «La mayoría de edad se obtiene al cumplimiento de los dieciocho años» (art. 2.1, cod. civ. it.); sin embargo, puede sostenerse que incorpora una estructura condicional oculta del tipo: «Si un sujeto ha cumplido los dieciocho años, entonces es mayor de edad». No es condicional la estructura manifiesta de la norma «Los ciudadanos tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas» (art. 17.1, const. it.); sin embargo, podría ser reformulada en forma condicional más o menos así: «Si alguien es ciudadano, entonces tiene el derecho constitucional de reunión», o «Si una reunión de ciudadanos es pacífica y sin armas, entonces es libre». Desde

- este punto de vista, toda norma —o al menos la mayor parte de las normas— puede ser analizada en dos componentes: (a) la prótasis, que establece una circunstancia o (como sucede a menudo) un conjunto de circunstancias condicionantes; (b) la apódosis, que establece una consecuencia jurídica. La consecuencia jurídica en cuestión puede ser: la adquisición o el ejercicio de una posición jurídica subjetiva (un derecho, un poder, etcétera), la validez de un acto, la imposición de una sanción, etcétera. La circunstancia, cuya verificación es condición de una consecuencia jurídica, se llama "supuesto de hecho".
8. Habitualmente, cuando se habla, en teoría del derecho, de "normas" individuales o singulares, se piensa en los fallos de las sentencias o en actos administrativos, como si las leyes tuviesen siempre un contenido general y/o abstracto. Pero naturalmente no es así. El fenómeno (muy difundido) de las leyes singulares, de contenido individual y concreto, de las leyes meramente formales y similares ha sido ampliamente estudiado por la doctrina constitucional. Cfr. por ejemplo, C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968; L. Paladin, "La legge come norma e come provvedimento", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, 871 ss.; Id., "Ciò che rimane del concetto di legge meramente formale", en *Scritti in onore di Mario Udina*, vol. II, Milano, 1975; F. Modugno, "Legge in generale", en *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, 872 ss., espec. 888 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, III ed., Genova, 1991, 40 ss.
  9. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (mass.), 1945; trad. cast., *Teoría general del derecho y del Estado*, a cargo de E. García Máynez, México D.F., 1988; Id., *Teoría pura del derecho* (1960), México D.F., 1986; Id., *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, 1992; trad. cast., *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* (1934), México D.F., 1979.
  10. A menudo (pero no necesariamente), en el discurso legislativo las normas de conducta se acompañan de otras normas (llamadas "secundarias") que establecen una sanción para el caso de que las reglas de conducta sean violadas. Pues bien, según un determinado punto de vista, las reglas de conducta estarían lógicamente implícitas en las normas sancionadoras. Por ello, en rigor, la formulación de reglas de conducta sería redundante. Esta tesis es recurrente en la obra de Kelsen.
  11. Sobre las funciones de los mandatos y, respectivamente, de las autorizaciones en los ordenamientos jurídicos, vid.: U. Scarpelli, "Il permesso, il dovere, e la completezza degli ordinamenti normativi" en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963 (ahora en U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, 221 ss.); C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Permission and Permissive Norms", en W. Krawietz, H. Schelsky, G. Winkler, A. Schramm (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, 1984; trad. cast., "Permisos y normas permisivas", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991; E. Bulygin, "Permissive Norms and Normative Systems", en A.A. Martino, F. Soggi Natali (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts. Logic, Informatics, Law*, Amsterdam, 1986.
  12. Cfr. N. Bobbio, "Norma jurídica", cit., espec. 332; E. Bulygin, "Permissive Norms and Normative Systems", cit.; R. Hernández Marín, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, 1989, cap. VIII.
  13. Respecto a dichos enunciados se puede extender el análisis de A. Ross, *Tù-Tù* (1951), Buenos Aires, 1976.
  14. Cfr. A. Belvedere, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, cap. IV.

15. Cfr. G. Gavazzi, "Sulla interpretazione autentica della legge", en *Studi giuridici in memoria di Alfredo Passerini*, Milano, 1955, 151 ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., cap. V.
16. Una norma "reenvía" a una disposición (o a una fuente) siempre que no disciplina directamente el caso al que se refiere sino que indica a los órganos aplicadores en qué otra disposición (o fuente) debe buscarse esa regulación. (a) El reenvío se denomina "recepticio" o "material" cuando tiene por objeto una disposición determinada (o un grupo determinado de disposiciones): por ejemplo, al artículo tal de aquella ley. (b) El reenvío se denomina "móvil" o "formal" cuando tiene por objeto un tipo de fuente: según los casos, una fuente del mismo ordenamiento (por ejemplo, la fuente "ley ordinaria del Estado", la fuente "decreto ministerial", etcétera) o también, como sucede a menudo en las normas de derecho internacional privado, una fuente perteneciente a un ordenamiento diferente.
17. H. Kelsen, "Derogación" (1962), trad. cast. en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 21; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), 1979; C. Luzzati (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milano, 1987; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, cap. XXII; J. Aguiló Regla, "Abrogazione. Progetto per una voce d'enciclopedia", en *Analisi e diritto*, 1994; J. Aguiló Regla, *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México D.F., 1995.
18. Este punto de vista es recurrente en las obras de H. Kelsen: *General Theory of Law and State*, cit.; trad. cast., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit.; *Teoría Pura del Derecho*, cit. Cfr. también A. Ross, *Directives and Norms*, cit., cap. V; trad. cast., *Lógica de las normas*, cit., cap. V; R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., 18 ss.; Id., *Dalle fonti alle norme*, cit., 25 ss., 48 s.
19. Obsérvese que el art. 48.1, const. it. es, a su vez, completado por el art. 2, cod. civ. it. (como también por las normas que confieren la ciudadanía): de modo que, en un sentido, también el art. 48.1, const. it. es un "fragmento de norma" o, en cualquier caso, una norma incompleta. En general, es incompleta toda norma que contenga un término que reenvie a otra norma o que presuponga la interpretación de otras normas.
20. Cfr. por ejemplo, T. Mazzarese, "Metanorme e linguaggio deontico. Un'analisi logica", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982; Id. "Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diritto", en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi normativi*, Torino, 1996.
21. Por ejemplo: "Queda derogada la disposición D de la ley L" (una disposición de este tipo expresa, obviamente, una norma derogatoria); "El término 'T' [que aparece en las disposiciones D1, D2 y D3] debe ser entendido, en el sentido S" (es ésta la estructura profunda de las definiciones legislativas); "La disposición D debe ser interpretada en el sentido N" (una disposición así expresa una norma interpretativa auténtica); "Todo aquél que viole la disposición D será castigado con la sanción P" (ésta es la estructura profunda de las disposiciones que expresan normas sancionadoras); "Son de aplicación al caso F las normas de la ley L" (una disposición de este tipo expresa una norma de reenvío); "La materia [o clase de supuestos de hecho] M sólo puede ser regulada por la fuente F" (ésta es la estructura profunda de toda disposición que exprese una reserva de competencia normativa a favor de una determinada fuente); "La materia M será regulada por la fuente F" (una disposición de este tipo expresa ciertamente una norma de reenvío, pero puede expresar también una norma de reserva); etcétera.



Comienzo a advertir, por otra parte, que en la literatura es habitual extender el uso del nombre 'metanorma' para referirse también a las normas que no versan propiamente sobre normas sino, más bien, sobre actos normativos y/o sobre actos de aplicación del derecho.

22. En la literatura reciente, la locución 'norma (o regla) constitutiva' ha sido difundida principalmente por J.R. Searle, "How to derive 'ought' from 'is'" (1964); J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit.; trad. cast., *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, cit. En el léxico de Searle, la locución en exámen asume un significado distinto de aquéllos de los que se da cuenta en el texto.

Según Searle, pueden distinguirse dos tipos de normas o reglas: normas "regulativas" (o "preceptivas") y normas "constitutivas". Tanto unas como otras se caracterizan por su distinta relación con los hechos. (1) Son regulativas aquellas normas que disciplinan "hechos", por ejemplo, comportamientos humanos, preexistentes a las propias normas e independientes de éstas. Estos hechos son llamados "hechos brutos". Por ejemplo, toda norma de derecho penal es puramente regulativa: matar, robar y hechos similares son comportamientos perfectamente posibles independientemente de las normas que los prohíben (de otro modo, la misma prohibición no tendría sentido). (2) En cambio, son constitutivas aquellas normas que no se limitan simplemente a regular, sino que "crean" o "definen" nuevas formas de comportamiento, haciéndolo posible. Tales formas de comportamiento, cuya existencia depende de normas constitutivas, son llamadas "hechos institucionales". Por ejemplo, las normas jurídicas que dan vida a "instituciones" como la promesa, el matrimonio, la propiedad, la jurisdicción o la legislación no son más que normas constitutivas. Searle sostiene que la formulación lingüística típica de ese tipo de normas es la siguiente: "x tiene valor de y en el contexto c". En esa fórmula, "x" denota un hecho, mientras "y" denota el valor que le confiere la norma. Por ejemplo: "Un determinado acto tiene valor de legislación en ciertas circunstancias" (obsérvese que las normas constitutivas no se prestan a ser formuladas mediante enunciados deónticos). "Legislar" no sería legislar en ausencia de aquellas normas que confieren a un cierto comportamiento humano el sentido (el valor) de "legislación". Sin esas normas, quizás, el propio vocablo 'legislar' no tendría ningún sentido. Lo mismo puede decirse de 'juzgar (en sede jurisdiccional)', 'prometer' o 'jugar al ajedrez'. Las normas constitutivas presentan una relación muy peculiar con los "hechos". Por un lado, dichas normas se refieren, obviamente, a hechos "brutos", ya que en última instancia, no hay otra cosa que pueda constituir el objeto de una norma. Por otro lado, tienen que ver con hechos "institucionales", ya que confieren a un hecho bruto un nuevo sentido normativo (o institucional). Así, resulta simplemente imposible describir esos hechos sin hacer referencia (o, al menos, sin presuponer y usar) las normas que los constituyen. Se puede hablar de un "acuerdo" entre dos personas sin mencionar norma alguna; pero no se puede hablar de "matrimonio" o de "compraventa" sin hacer referencia a las normas que atribuyen a ciertos acuerdos entre las personas el valor de "matrimonio" o de "compraventa". Se puede hablar de un "mandato" sin hacer referencia a norma jurídica alguna, pero no se puede hablar de "legislación" haciendo abstracción de aquellas normas constitucionales que confieren a ciertas personas el poder (la competencia) de pronunciar mandatos provistos de valor de "ley". Sobre estos temas ha vuelto repetidamente A.G. Conte, del que puede verse, por ejemplo, "Regole eidetico-costitutive", en *Nuova civiltà delle macchine*, n. 11-12, 1985, 26 ss.

23. Vid. indicaciones bibliográficas en R. Guastini, "Teorie delle regole costitutive", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1983, 548 ss.; trad. cast., "Teoría de las reglas constitutivas: Searle, Ross, Carcaterra", a cargo de G. del Favero, en *Revista de Ciencias Sociales*, 25/I, 1984; Id. "Six Concepts of 'Constitutive Rules'", en *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986.
24. G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, edición provisoria, Milano, 1974; Id., *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979; Id. "Le regole del Circolo Pickwick (Un modello per la teoria del diritto)", en *Nuova civiltà delle macchine*, n. 11-12, 1985; Id. *Lezioni di filosofia del diritto. Norme giuridiche e valori etici*, Lezioni a.a. 1991-92, Roma, 1992.
25. A.G. Conte, "Regola costitutiva, condizione, antinomia", en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983; Id., "Materiali per una tipologia delle regole", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985; G. Azzoni, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, 1988 (del que se toman casi todos los ejemplos que siguen).
26. Hay quien sostiene que todo el derecho puede ser configurado como una "realidad institucional", o bien como un conjunto de instituciones, como el contrato, el matrimonio, la propiedad, la jurisdicción, y así sucesivamente. Desde este punto de vista, todas las normas jurídicas son, en algún sentido, "constitutivas". Y, en el ámbito de las normas jurídicas, pueden distinguirse: (a) normas "institutivas", que establecen la forma en que una institución puede adquirir existencia (por ejemplo, las normas que establecen el modo de contraer matrimonio); (b) normas "consecuenciales", que conectan una serie de consecuencias jurídicas a esas instituciones (por ejemplo, las normas que establecen las obligaciones de los cónyuges); (c) normas "terminativas", que establecen las condiciones en cuya presencia la institución se extingue (por ejemplo, las normas que regulan el divorcio). Cfr. N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht-Boston, 1986.
27. Conviene subrayar que muchas de las metanormas, de las que hemos hablado anteriormente, a veces no tienen como objeto propiamente (otras) normas, sino más bien disposiciones. Ese es el caso, por ejemplo, de las normas de interpretación auténtica, de las normas de derogación expresa determinada, etcétera. Cfr. R. Guastini, "Intorno all'uso di 'norma' nel linguaggio giuridico" en *Nuova civiltà delle macchine*, n. 11-12, 1985, 47-54; Id. "In tema di abrogazione", en C. Luzzati (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, cit.
28. Véase al respecto R. Guastini, *Dalla fonti alle norme*, cit., espec. Introducción, parte II y parte III (todo el libro -podría decirse- es una larga serie de variaciones sobre este tema).

