

CAPÍTULO II. LA NORMA JURÍDICA

1. Introducción	33
2. Normas y enunciados jurídicos	37
3. Norma jurídica y conducta humana.	39
4. La regla y la norma jurídica.	41
5. Norma jurídica y mandato.	46

CAPÍTULO II. LA NORMA JURÍDICA

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Normas y enunciados jurídicos*. 3. *Norma jurídica y conducta humana*. 4. *La regla y la norma jurídica*. 5. *Norma jurídica y mandato*.

1. *Introducción*

Hemos visto que el problema del comportamiento humano puede plantearse como problema del conocimiento normativo.

Esto es, cuando el comportamiento humano es concebido como término de la relación condicional de imputación, entonces, el comportamiento humano se convierte en condición o consecuencia de una norma jurídica. Ahora bien, si tomamos en cuenta que ahí donde el comportamiento humano se encuentra imputativamente vinculado existe una norma jurídica y, si consideramos que el comportamiento humano sólo puede estar imputativamente vinculado en una norma jurídica, entonces, podemos establecer, a manera de definición, que la *norma jurídica no es más que conducta humana imputativamente vinculada*.¹

En este último párrafo nos resulta fácil observar que el comportamiento humano aparece como objeto propio del conocimiento jurídico, gracias a la relación de imputación que hace posible su interpretación normativa. Esto es, la ciencia del derecho es la que aporta el medio –el enunciado jurídico (*Rechtssatz*)– que permite al comportamiento humano surgir como problema jurídico. Despejando el problema del comportamiento humano en relaciones de imputación, es como los enunciados de la ciencia del derecho (*Rechtssätze*) constituyen el objeto propio de la ciencia de la jurisprudencia: las normas jurídicas (*Rechtsnormen*). Consecuentemente, por fuera de las normas jurídicas –por fuera de una relación de imputación–, el comportamiento humano no es objeto del conocimiento jurídico.

Dentro del ámbito de la normatividad, el comportamiento humano no puede ser considerado más que como condición o consecuencia de una norma jurídica. De manera que si el comportamiento humano no es más que la condición o consecuencia de una norma jurídica, enton-

¹ Sin olvidar el hecho de que ha sido convencionalmente creada –de donde se deriva su carácter objetivo–.

ces, tenemos que considerar –como ya hemos dicho– que todos los actos humanos, desde este punto de vista, son siempre actos jurídicos.²

El comportamiento humano entendido como acto jurídico, es decir, normativamente considerado, adquiere una *específica* significación (esto es, delito, contrato, sanción, etcétera) que le es proporcionada por una norma jurídica. Por consiguiente, cabe sostener que todos los posibles predicados jurídicos dados al comportamiento jurídico son siempre suministrados por una norma jurídica.³ De ahí, que esta última pueda ser considerada como un esquema de interpretación del comportamiento humano.⁴

Si la norma jurídica es el único medio que permite proporcionar un específico predicado jurídico a la conducta humana, es la ciencia del derecho, como hemos visto, el único medio que permite proporcionar al comportamiento humano el carácter de norma jurídica. De ahí, que podamos pensar que el comportamiento humano no posee el carácter de norma jurídica mientras no es así determinado por la ciencia del derecho. Corresponde, pues, exclusivamente a esta ciencia atribuir a los actos humanos el carácter de normas jurídicas. Es de *esta* manera como la ciencia de la jurisprudencia *constituye* la experiencia jurídica.

A este respecto señala Kelsen:

De conformidad con la teoría kantiana del conocimiento, la ciencia del derecho tiene, como todo conocimiento, un carácter constitutivo, y por tanto, ella *crea* su objeto en la medida en que lo comprende como un todo *dotado de significado*.⁵

No existen cosas jurídicas *en sí*. Es sólo a partir de que el comportamiento humano es interpretado en vinculaciones imputativas –por los enunciados jurídicos–, que el comportamiento humano recibe una interpretación normativa, es decir, es entendido constituyendo normas jurídicas. En otro lugar, Kelsen explica que

² Puesto que todo comportamiento es necesariamente caracterizado como acto jurídico, entonces, según Herman Cohen, la ciencia del derecho deviene el *analogón* de la matemática. Esta primacía metódica de la ciencia jurídica, descubierta por Herman Cohen y desarrollada por Rudolf Stammler, trae como consecuencia que todos los enunciados que tengan como objeto el comportamiento jurídico humano, deben conformarse necesariamente a las proposiciones de la ciencia del derecho, de manera similar a como los enunciados de la física se conforman a los de la matemática. Es en este sentido que puede decirse que la ciencia del derecho es el *analogón* de la matemática. Véase: Cohen, Herman, *Ethik des Reinen Willens*, Berlin, Bruno Cassirer, 1907, pp. 63, 64, 283 y ss.; Stammler, *op. cit.*, pp. 7 y 147-148; Cfr. Morones, A. *op. cit.*, pp. 90-91.

³ Todos los predicados jurídicos, por ejemplo, el de contribuyente, homicida, heredero, cónyuge, etcétera, son siempre proporcionados por una norma jurídica.

⁴ Véase: Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 3; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., p. 3; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., p. 4.

⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 74; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., p. 72; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., p. 98.

Sin duda se puede considerar que las normas creadas y aplicadas en el cuadro del orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas, en tanto no son reconocidas como tales por la ciencia del derecho.⁶

Si tenemos presente que es la ciencia del derecho la que proporciona al comportamiento humano el carácter de norma jurídica, y si tomamos en cuenta que las normas jurídicas proporcionan al comportamiento jurídico un específico significado normativo (esto es, contrato, homicidio, divorcio, etcétera), entonces, no existen predicados jurídicos por fuera de las normas jurídicas determinadas por la ciencia del derecho.⁷

Sobre este particular, es necesario indicar que cuando se asigna o proporciona un significado a ciertas cosas, signos, acontecimientos, etcétera, hacemos uso de un lenguaje. Ahora bien, si los enunciados de la ciencia del derecho proporcionan el significado jurídico al comportamiento humano, entonces, la ciencia del derecho es un *lenguaje*. Así: los comportamientos humanos son entendidos como jurídicos –formando normas jurídicas– (unidades que constituyen la experiencia jurídica) si, y sólo si dichos comportamientos reciben su significación jurídica –en el caso significación jurídico-cognoscitiva– del lenguaje científico que los considera.⁸ De esta manera, el comportamiento humano normado o, simplemente, las normas jurídicas, constituyen el objeto de este lenguaje.⁹ Por otro lado, si las normas jurídicas proporcionan un específico significado –significado jurídico-prescriptivo– al comportamiento jurídico, en-

⁶ Teoría pura del derecho, cit., p. 49.

⁷ "Las cosas, los signos, etcétera, no tienen, un sentido en sí, las cosas o los signos adquieren una cierta significación en virtud de un acto de establecimiento de sentido". Tamayo y Salmorán, Roldano, *Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (con especial referencia a la interpretación constitucional)*, en el volumen: *La interpretación constitucional*, México, UNAM, 1975, pp. 127-128.

"Los elementos o componentes semánticos son llamados interpretativos en la medida que ellos interpretan los signos o componentes sintácticos" (Crystal, D., *Linguistics*, Londres, Penguin Books, 1972, p. 230).

Si la interpretación consiste en dotar de significado a ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces, la interpretación jurídica –siguiendo este orden de ideas– puede perfectamente consistir en cualquiera de las dos siguientes posibilidades:

a) En la adscripción de un significado jurídico dado a ciertos hechos, signos, acontecimientos o comportamientos (objetos significados), los cuales se constituyen en objetos jurídicos, en atención de que son jurídicamente considerados, o mejor, jurídicamente interpretados.

b) O bien, consiste en la adscripción de un cierto significado suministrado a los objetos jurídicos, es decir, en el otorgamiento de cierto sentido a objetos conocidos ya como jurídicos (tales como: leyes, constituciones, embargos, hipotecas, matrimonios y, en general, todos los elementos que son reconocidos como constituyendo la experiencia jurídica).

⁸ Todos los objetos jurídicos serán reconocidos como tales si, y sólo si, dichos objetos encuentran su origen en el lenguaje cognoscitivo que los constituye. Sea éste el *Realismo jurídico*, la *Analytical Jurisprudence* o la *Reine Rechtslehre*, cfr., Tamayo y Salmorán, *op. ult. cit.*, p. 128. Véase como simple ejemplo de lo anterior, Tamayo y Salmorán, *La imputación como . . .*, cit., pp. 431-454.

⁹ Con el sentido o significado que se adscribe a los objetos jurídicos (tales como constitución, contratos, hipotecas, etcétera), se establece el alcance, la limitación de la noción original o común, e, incluso, se substituye un sentido por otro (*v. gr.* cuando se substituye un sentido propio del lenguaje común por uno técnico o cuando un sentido técnico es substituido por otro técnico más

tonces, las normas jurídicas son, en este sentido, un lenguaje.¹⁰ En efecto, una de las particularidades que ofrecen las normas jurídicas es que constituyen un lenguaje o se presentan como lenguaje. "Todo derecho tiene como condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje."¹¹

Estos lenguajes jurídicos, en tanto tales, esto es en lo que a su función significativa se refiere, se distinguen entre sí de una manera precisa: en primer lugar, porque son lenguajes de niveles diferentes. Los enunciados jurídicos que formula la ciencia jurídica tienen como objeto las normas jurídicas, es decir, las normas jurídicas constituyen el objeto del lenguaje compuesto por los enunciados jurídicos.¹²

Así pues, las normas jurídicas serían, en relación con los enunciados jurídicos, un *lenguaje-objeto* y estos últimos constituirían, en relación con las normas jurídicas, un *meta-lenguaje*.

El lenguaje que se *usa* para hablar acerca de un lenguaje se llama 'meta-lenguaje'. En cualquier investigación sobre lenguaje existe un lenguaje-objeto que constituye el objeto de investigación y existe un meta-lenguaje *usado* por los investigadores para hablar del lenguaje-objeto... Debe enfatizarse que el lenguaje-objeto y el meta-lenguaje son términos relativos. Cualquier lenguaje, no importa lo simple o complejo que éste sea, es un lenguaje-objeto cuando se habla de él. Y cualquier lenguaje es un meta-lenguaje cuando es *usado* para hablar (*to discuss*) de un lenguaje objeto.¹³

Estos lenguajes jurídicos se pueden distinguir, además, porque mientras el lenguaje de la ciencia del derecho significa *directamente*, el lenguaje que constituyen las normas jurídicas significa *indirectamente*. En efecto, por medio del enunciado se da significado directamente, mientras que, por medio de la norma jurídica se ordena, dispone, etcétera, en una palabra, se *norma* o prescribe, y sólo en forma implícita y en razón de la prescripción, se significa. Esto es, la función de enunciar se agota simplemente con significar, mientras que la función de normar o prescribir no se reduce, exclusivamente, a significar; sino consiste en ordenar, permitir, prohibir comportamientos humanos, los cuales, al convertirse en contenido u objeto de normas jurídicas, reciben, por parte de éstas, una significación específica. De manera que, mientras la ciencia del derecho se dedica exclusivamente a significar, los órganos

moderno y operacional). Cfr., Tamayo y Salmorán, *Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica...*, cit., pp. 128 y ss.

¹⁰ Cuando distinguimos entre lenguaje jurídico cognoscitivo y lenguaje jurídico prescriptivo, veremos por qué consideramos que el lenguaje que constituyen los objetos jurídicos lo es sólo en un cierto sentido. (Cabe observar, por otro lado, que si el derecho es sólo aquel que es formulable en un lenguaje, podría quedar fuera el derecho consuetudinario, no obstante que es un sistema de interpretación del comportamiento humano al igual que el derecho escrito.)

¹¹ Capella, J. R., *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 28.

¹² Véase: Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 48-49.

¹³ Copi, I. M., *Symbolic Logic*, New York, Macmillan, 1965, pp. 195-196.

creadores del derecho se dedican a normar o prescribir –aun ignorando que cuando se norma o prescribe se dan ciertos significados al comportamiento humano.¹⁴

Al lenguaje mediante el cual la ciencia del derecho otorga cierto sentido a los materiales jurídicos que conoce, podemos denominarlo *lenguaje jurídico cognoscitivo*, en oposición al lenguaje jurídico prescriptivo en que se manifiesta el derecho, propio de los órganos creadores del orden jurídico.¹⁵

2. Normas y enunciados jurídicos

En los párrafos que preceden, se evidencia la distinción debida a Kelsen, entre las normas jurídicas (*Rechtsnormen*), que componen la experiencia jurídica, y los enunciados jurídicos (*Rechtssätze*), que constituyen la ciencia del derecho.¹⁶ No obstante lo obvio de esta distinción, habremos de insistir en ella porque, o bien se desconoce o, en el mejor de los casos, se confunde o distorsiona.

La norma jurídica es *comportamiento humano* imputativamente vinculado, en tanto que el enunciado jurídico es una proposición que tiene como función *conocer* las normas jurídicas. Esto es, mientras que por medio de la norma jurídica se crea o establece el derecho, por medio de los enunciados se *conoce* el derecho y en base en este conocimiento se le describe y analiza. En otras palabras: los enunciados jurídicos conocen el derecho, no lo elaboran. Mientras que los enunciados, que conocen y describen, son actos de conocimiento –que proporcionan el

¹⁴ En los sistemas “descentralizados” y, en general, en el que aún es posible la creación consuetudinaria del derecho, los órganos creadores del mismo, la más de las veces, no tendrían conciencia de que al comportarse conforme a la *inveterata consuetudo* proporcionan, al mismo tiempo, un cierto significado al comportamiento humano.

¹⁵ Con respecto a esta función significativa, dice Juan Carlos Smith que “a partir de las investigaciones de Husserl, el problema lógico de la norma jurídica ha sido planteado no ya de un modo estrictamente formal, sino atendiéndose a la función que la misma cumple como significación, función que viene siendo identificada, en lo esencial, con la de juicio enunciativo”. “Admiten, en efecto, que las diferencias funcionales que existen entre un juicio y una norma son sólo diferencias específicas, que en nada afectan a su común carácter esencial. Pues aun cuando la función del juicio consiste en enunciar y la de la norma jurídica consiste en imputar a un hecho antecedente un hecho consecuente, ambas funciones se identifican esencialmente en una genérica, común en ambos casos: la función significativa”. Tanto el juicio enunciativo como el “juicio normativo” adquieren su carácter significativo en virtud de actos de “dar significación”, que pertenecen a un mismo género: “El de las intenciones significativas” (Smith, Juan Carlos, *Norma jurídica y conocimiento jurídico*, en: “Revista de Derecho Español y Americano”, II época, año XII, núm. 16, Madrid, abril-junio de 1967, pp. 21-22). (Lo citado en cursivas es nuestro.)

¹⁶ “Entendemos por reglas de derecho (*Rechtsätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas tal y como han sido creadas por actos jurídicos” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 46; véase: *ibidem*, p. 45; *idem*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., pp. 3, 5-6, 24, 33 y ss.; *idem*, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 73; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., p. 72; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., p. 97).

significado jurídico cognoscitivo—, el establecimiento de normas es un acto de *voluntad*.¹⁷

Muy frecuentemente —sostiene H. Kelsen— se ignora la diferencia que existe entre la función de la ciencia del derecho y la función de la autoridad jurídica, y, por consecuencia, entre el producto de la primera y el producto de la segunda; así, por ejemplo, en el lenguaje ordinario las palabras derecho y ciencia del derecho aparecen como expresiones sinónimas. En este sentido se habla del *derecho internacional clásico*, entendiendo con ello una cierta teoría del derecho internacional; asimismo, dentro de esta tesis, se entiende que la ciencia del derecho sería una fuente del derecho en el sentido de que se podría separar de ella la decisión obligatoria de una cuestión.

En verdad, la ciencia del derecho no puede más que *describir* el derecho; la ciencia del derecho no puede *prescribir* tal y como lo hace el derecho creado por la autoridad jurídica. Ningún jurista puede negar que hay una diferencia esencial entre una ley publicada en el diario oficial de un Estado y un comentario hecho sobre esta ley, obra de la doctrina, o entre el código penal y un tratado de derecho penal. La diferencia se manifiesta en que las proposiciones normativas (*Sollsätze*) formuladas por la ciencia del derecho —que describen el derecho pero que no obligan ni autorizan a nadie a nada—, pueden ser verdaderas o falsas, en tanto que las normas (*Sollnormen*) establecidas por la autoridad jurídica —que obligan o habilitan a los sujetos del derecho—, no son ni verdaderas ni falsas, sino, simplemente, válidas o no-válidas. Del mismo modo que los hechos positivos del reino del ser, de los cuales no se puede decir que sean verdaderos o falsos, sino solamente que existen o que no existen; únicamente los acertos relativos a estos hechos pueden ser verdaderos o falsos.¹⁸

Es de esta manera como Kelsen introduce una clara distinción entre la función jurídico-prescriptiva, función que consiste en ordenar, prohibir, permitir, etcétera, el comportamiento humano mediante el establecimiento de normas jurídicas, asegurándole, por consiguiente, un específico significado; y la función científico-jurídica que consiste en *conocer* esas normas.

De esto se infiere, primeramente, que si son las normas jurídicas las que proporcionan al comportamiento jurídico su específico significado normativo —su sentido objetivo— dentro de los órdenes jurídico-positivos, es, a su vez, la ciencia del derecho, es decir, los enunciados jurídicos, el único medio que permite proporcionar al comportamiento humano el carácter de norma jurídica. Por tanto, existen, cuando menos, dos sistemas de significación jurídica, o mejor, dos lenguajes jurídicos: el sistema de las normas jurídicas que proporciona la significa-

¹⁷ Cfr. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 47.

¹⁸ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 74-75; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., pp. 72-73; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., pp. 99-100.

ción jurídica prescriptiva¹⁹ y el sistema de los enunciados jurídicos que proporciona la significación jurídico-cognoscitiva.

En contra de la opinión de que mediante las normas jurídicas se conoce,²⁰ es necesario resaltar que normar o prescribir es una cuestión de voluntad no de conocimiento, la función de conocer corresponde a los enunciados que componen la ciencia del derecho.

Enunciar es un acto de conocimiento, en tanto que normar es un acto de voluntad como momento creador del derecho.

3. Norma jurídica y conducta humana

Si el comportamiento humano es descrito en normas jurídicas, entonces, se convierte en objeto de la ciencia del derecho y, desde este punto de vista, el comportamiento humano se encuentra totalmente determinado por las normas jurídicas.

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos regidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa.²¹

Consiguentemente, más allá de las normas jurídicas, la conducta humana no es objeto de interpretación jurídica. La conducta humana no es objeto de la ciencia del derecho, mientras no es objeto de normas jurídicas.²²

Para la teoría egológica del derecho, la relación entre norma y conducta es una relación de *conocimiento*, las normas jurídicas constituyen el instrumento mediante el cual se conoce la conducta humana, es decir, son únicamente las normas positivas el instrumento a través del cual

¹⁹ No debe confundirse el *lenguaje de las normas jurídicas* con el *lenguaje del legislador*. Este último no es, en todo caso, sino parte del lenguaje de las normas con el mismo título que el lenguaje del juez, del contratante, del notario, etcétera. Aún más, el lenguaje del legislador puede estar ausente del lenguaje de las normas jurídicas como ocurre en el caso del derecho consuetudinario.

²⁰ Véase *infra*, p. 40.

²¹ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 44-45.

²² "Sin duda puede decirse que ella (la ciencia del derecho) se ocupa del comportamiento humano, pero ese comportamiento no es su objeto sino en tanto y en la medida en que está previsto por las normas jurídicas, donde figura como condición o consecuencia; o, en otros términos, en tanto y en la medida en que es contenido de normas jurídicas" (Kelsen, *Théorie pure du droit*, cit., p. 95; *idem*, *Reine Rechtslehre*, cit. p. 72; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., p. 70).

se conoce el comportamiento jurídico.²³ Para la tesis que sostenemos, la conducta jurídica no es algo ajeno a la norma jurídica, por lo contrario, la norma jurídica no es sino conducta humana imputativamente vinculada, comportamiento humano normativamente relacionado. Ahora bien, si la norma jurídica es sólo conducta humana imputativamente relacionada, entonces, la norma jurídica no puede ser algo ontológicamente distinto a las conductas humanas que la constituyen.

La teoría egológica, empero, considera que el objeto de conocimiento de la ciencia del derecho, no es, como podría pensarse, las normas jurídicas, sino la conducta humana, la cual es *conocida* mediante las normas jurídicas positivas. Esto es, para la teoría egológica existe una relación de conocimiento entre *norma instrumento* y *conducta objeto* en donde norma y conducta son dos cosas diferentes: la norma jurídica es un *juicio enunciativo* que mienta a sus objetos —las conductas humanas— y los conoce en su *libertad metafísica* y la conducta humana que es el objeto mentado por la norma.²⁴ Dentro de este punto de vista, la ciencia del derecho se encuentra constituida no por enunciados sino por normas jurídicas positivas. Sin embargo:

Las normas no son juicios, esto es, enunciados relativos a un objeto de conocimiento. Las normas constituyen ante todo prescripciones —este es su sentido—... en todo caso ellas no son —como a veces se afirma, identificando erróneamente el derecho a la ciencia del derecho— informaciones.²⁵

Por otro lado, si tomamos en cuenta que normar o prescribir es un acto de voluntad y describir y explicar un acto de conocimiento, entonces, resulta incomprensible la función de conocer mediante actos de voluntad, así como la función de normar o prescribir mediante actos de conocimiento.²⁶

²³ "Él la define expresamente como una relación de interpretación: la norma es un esquema de interpretación del *factum* de conducta. Y puesto que interpretar es conocer, es claro que se trata, entonces, de la relación de conocimiento" (Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Losada, 1944, p. 150). "Las normas no son el objeto del conocimiento conceptual que nos da la Dogmática. No se conoce a las normas, sino que se conoce con las normas a la conducta como conducta" (*ibidem*, p. 145). "Tal es el plano gnoseológico de la Ciencia del Derecho: al jurista no le interesa la influencia causal de las normas, sino el conocimiento conceptual que ellas le dan de la conducta en su deber ser, es decir, de la conducta en su libertad" (*ibidem*, p. 146).

²⁴ Cossio, *loc. ult. cit.*

²⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 73; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., p. 71; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., p. 97. Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho, se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir el derecho... Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica (*Rechtsnorm*) y la regla de derecho (*Rechtssatz*)", Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 45-46.

²⁶ Kelsen, Hans, *Justice et droit naturel*, Paris, PUF, 1959, pp. 82 y ss. Además, si consideramos el caso del derecho consuetudinario cuya edición es inconsciente, tendríamos conforme a esta tesis, una rara forma de conocer: la inconsciente.

Para la teoría jurídica que sostengamos, el comportamiento es el objeto del conocimiento jurídico, sin embargo, la conducta humana no es objeto del conocimiento jurídico sino en tanto que es entendida en normas jurídicas, es decir, en tanto que se encuentra imputativamente vinculada. No son, entonces, las normas jurídicas las que conocen sino son las normas jurídicas las que, constituyendo el objeto de la ciencia del derecho, son conocidas, descritas y analizadas por los enunciados jurídicos (*Rechtssätze*) de la ciencia del derecho.²⁷ De manera que cuando decimos 'normas jurídicas', 'conducta humana imputativamente vinculada' o 'actos jurídicos', nos estamos refiriendo, en forma diferente, al objeto de la ciencia del derecho.

4. La regla y la norma jurídica

El término 'norma' es ambiguo, es decir, tiene más de un significado.²⁸ Esta ambigüedad se debe, en mucho, a que el uso del término 'norma' no es exclusivo de la teoría jurídica. Por el contrario, el término 'norma' se usa ampliamente, tanto en el lenguaje ordinario como en otros lenguajes técnicos (sociología, lingüística, lógica, etcétera).²⁹ Por todo ello, no debe sorprendernos el hecho de que se pretenda explicar las normas jurídicas, a partir de los usos que tiene el término 'norma' dentro del lenguaje ordinario o dentro de otros lenguajes.

a) *Regla y norma*. En razón de que el término 'norma' es usado, dentro del lenguaje ordinario, como sinónimo de 'regla', entonces, parece normal aplicar el término 'norma' ahí donde funciona 'regla' o viceversa.³⁰ Así, por

²⁷ Es cierto, sin embargo, que las normas jurídicas (o mejor dicho, la legislación) en la medida en que se encuentran expresadas en palabras y frases aparecen enunciando ciertos acontecimientos (por ejemplo, 'el jefe del Estado celebra los tratados internacionales') (véase: Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 73; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., p. 71; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., p. 97), enunciando su propia significación (por ejemplo, 'Esta constitución . . .', 'En este contrato . . .', etcétera). Esto es, la norma jurídica aportaría datos sobre su propia interpretación, permitiendo conocer los hechos que enuncia o permitiendo conocerse a sí misma. De este modo, la ciencia del derecho se encontraría en presencia de una interpretación suministrada por las propias normas jurídicas, que se anticiparía al examen científico (véase: Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 37-38). Sin embargo, esta autodescripción o interpretación de las normas no es sino parte del problema que la ciencia del derecho habrá de resolver en un conjunto sistemático de proposiciones. Poco importa, en realidad, lo que los actos jurídicos digan de sí mismos, lo que importa es su función, la cual no puede ser explicada ni determinada más que por las proposiciones que describen el derecho.

²⁸ Véase: Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, UNAM, 1974, p. 9, nota 3.

²⁹ Véase: Ross, Alf, *Directives and Norms*, Londres Rutledge and Paul Kegan, 1968, pp. 78 y ss., *idem*, *La lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 78 y ss.; Wright, G. H. von, *Norm and Action*, Londres, Rutledge and Paul Kegan, 1963, p. 1; *idem*, *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 21.

³⁰ "A primera vista puede parecer que el enunciado que afirma que un sistema jurídico consiste, por lo menos en general, en reglas, no puede ser puesto en duda ni puede ser considerado difícil de entender" (Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, London, Oxford University Press, 1961, p. 8; *idem*, *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, p. 10).

ejemplo, como el término 'regla' significa algo general, lo contrario a lo ocasional, etcétera, entonces, se considera a la norma jurídica como la expresión de un comportamiento general, habitual o normal.³¹ Esto es, la norma jurídica no sería sino el reflejo de una normalidad que solamente se destaca.³² Sin embargo, la explicación que sostiene que 'regla' significa sólo que un grupo de personas, o la mayor parte de ellas, se comporta como *regla*, es decir *generalmente*, tiene que ser inmediatamente abandonado.³³

Es patente que esto no basta... Puede existir una simple convergencia de conducta entre los miembros de un grupo social y, sin embargo, puede no haber regla que lo exija. La diferencia entre las dos situaciones sociales, la de mera conducta convergente y la de existencia de una regla social, se muestra también en el plano lingüístico. Al describir la última podemos, aunque no es necesario, usar ciertas palabras que serían equivocas si sólo se intentara afirmar la primera. Estas son las expresiones 'tener que' ('must') y 'deber' ('should' o 'ought to').³⁴

Ciertamente que las normas jurídicas son el resultado del comportamiento humano que *ocurre* —hemos visto que las normas jurídicas son creadas a través de actos humanos históricos—, sin embargo, podemos constatar que lo que ocurre puede no ser lo general, usual o normal. Las normas jurídicas pueden ser creadas en virtud de un procedimiento más o menos breve, ignorando, si este es el caso, el comportamiento habitual, o incluso, contradiciéndolo.³⁵

Si las normas jurídicas fueran sólo resultado del comportamiento habitual, no sería posible ni el cambio ni el progreso institucionales, al menos tal y como lo muestra la historia institucional. La creación jurídica, paradójicamente, no tendría más función que la conservación o reproducción de un orden *dado* con anterioridad.³⁶ Sin embargo, sucede que el comportamiento jurídico habitual puede ser súbitamente derogado.³⁷

Esta postura que identifica norma jurídica con normalidad o hace a aquélla resultado de ésta, parece no ser consecuente con la historia institucional, puesto que los procedimientos de creación que ignoran el comportamiento habitual (tales como la revolución, la guerra, la secesión, la fundación de un nuevo Estado, etcétera) se encontrarían sin ex-

³¹ Este tema ha sido desarrollado por el autor en *La constitución como...*, cit., p. 28.

³² En este sentido Hermann Heller "Normalidad jurídicamente destacada" donde las normas jurídicas son solamente un sistema superpuesto y supérfluo a la normalidad. (Véase: Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, cit., p. 200-202, 267, 269 y ss.).

³³ Cfr. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 9; *idem*, *El concepto del derecho*, cit., p. 11.

³⁴ *Ibidem*, p. 9; *ibidem*, pp. 11-12.

³⁵ Toda innovación contradice mayor o menormente la normatividad anterior, véase *infra*, p. 133 y ss.

³⁶ La misma conservación no es un mero reflejo del hábito; la conservación es creación. Si no pudiera mantenerse el orden establecido, éste desaparecería.

³⁷ Cfr. Ross, *Directives and Norms*, cit., pp. 94-95; *idem*, *La lógica de las normas*, cit., p. 97.

plicación. Es muy posible que esta doctrina sólo encubra, las más de las veces, una tendencia ideológica completamente conservadora: el mantenimiento del orden establecido.³⁸ Si se llevara esta tesis a sus últimas consecuencias podría llegarse a absurdos como el siguiente: a un estado de guerra que se prolongara por un tiempo relativamente largo (por ejemplo la guerra de 100 años), de tal modo que se hiciera *habitual* o *normal*, no podría sucederle inmediatamente la paz –es decir, un sistema de solución pacífica de conflictos– aunque se quisiera, puesto que la normatividad sólo podría reflejar o reproducir el estado habitual: la guerra, esto es, el estado de composición violenta de conflictos. Para llegar a la paz, tendría que pasar un tiempo más o menos prolongado que lo hiciera habitual, es decir, se necesitaría pasar un curioso estado híbrido: el de guerra sin guerrear (!), esto es, un estado de composición violenta de conflictos constituido solamente de comportamientos pacíficos. En la misma forma, para poder reconocer normativamente un estado de guerra se tendría que guerrear en paz, habitualmente.

No es, pues, la normalidad o el uso repetido del comportamiento el elemento determinante de la creación normativa. El hecho de repetir habitualmente un comportamiento no basta para que se reconozca como normativo, en el sentido que le da su hacedor.³⁹ No es suficiente con *proponer*, con mayor o menor insistencia, una cierta normatividad, realizando en repetidas ocasiones un determinado comportamiento hasta hacerlo habitual, sino que es necesario que este comportamiento, habitual o no, adquiera el carácter de acto jurídico creador. Este carácter –hemos visto– se adquiere convencionalmente. Por otro lado, para aceptar una nueva normatividad no es necesario que cierta propuesta se haga en tan repetidas ocasiones que se convierta en habitual. Se puede aceptar o seguir la normatividad propuesta, aun cuando esta propuesta se efectúe en una sola y única ocasión.

Otra razón por la que hemos de evitar la sinonimia entre norma jurídica y regla es que ésta no funcionaría para explicar todo el orden jurídico, sino únicamente aquellos momentos del orden jurídico con los cuales las reglas tienen un marcado parecido. En efecto, en virtud de que el término 'regla' significa lo contrario a lo individual, a lo específico, a lo ocasional; así, el orden jurídico es, a menudo, explicado como un conjunto de reglas generales.⁴⁰ "Pero no hay duda que el derecho no consiste únicamente en reglas generales".⁴¹ El orden jurídico con-

³⁸ Véase: Kelsen, *Justice et droit naturel*, cit., pp. 25-27.

³⁹ Véase: Significación subjetiva y objetiva de los actos y la norma jurídica como esquema de interpretación, en Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 1-3; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., pp. 2-4; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., pp. 3-6. Véase: *La voluntad entrelazante autárquica e inviolable (Das unverletzbar selbsherrlich verbinden Wollen)* en Stammler, *op. cit.*, pp. 93, 113 y 466.

⁴⁰ Véase: Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 44; *idem*, *General Theory of Law and State*, cit., p. 38.

⁴¹ *Ibidem*; *ibidem*.

tiene, en mayor número, actos individuales que *concretan* las reglas generales en sistemática conexión con éstas. Aún más, puede decirse que las reglas generales no tienen tal carácter mientras no son concretadas o individualizadas por los actos que las completan. El orden jurídico es una "sucesión continuada de actos de concreción e individualización",⁴² en la que las reglas generales son tan sólo un grado, es decir, una parte del sistema. Ahí donde no existen actos de individualización no es posible la existencia del orden jurídico previsto en las reglas generales.⁴³ "Por eso es rigurosamente exacto afirmar que un orden jurídico es positivo si se le individualiza y en tanto que se le individualiza".⁴⁴

b) *Regla técnica y norma jurídica*. Un uso –menos habitual– del término 'regla', que es fuente de constantes confusiones con las normas jurídicas, es el que se conoce como 'directrices'⁴⁵ o, más generalmente, como 'reglas técnicas'. El origen de esta confusión puede estar en que la regla técnica se entiende, al igual que la norma jurídica, como una estructura condicional. En efecto, las reglas técnicas constituyen proposiciones condicionales que relacionan un antecedente, que contiene un fin deseado, con un consecuente que, a su vez, contiene los medios más apropiados para la consecución de ese fin. Sostiene G. H. von Wright que:

En términos aproximados las reglas técnicas guardan relación con los medios a emplear para alcanzar un determinado fin... [Por tanto]... Consideraré –dice von Wright– como la formulación tipo de las normas técnicas las oraciones condicionales, en cuyo antecedente se hace mención de alguna cosa que se desea, y en cuyo consecuente se hace mención de algo que (hay que, debe) o no tiene que hacerse. Un ejemplo sería: "si quieres hacer la cabaña habitable, tienes que calentarla".⁴⁶

En ocasiones se presenta la relación de medios a fines como un *Sollen*. Henry Sidgwick, por ejemplo, dice:

La noción de 'deber' ('ought')... se mantiene dentro del imperativo hipotético que prescribe los medios más apropiados para la consecución de un fin que hemos decidido alcanzar. Si, por ejemplo, un médico declara: si desea tener buena salud, tiene usted que levantarse temprano, no dice lo mismo cuando afirma: levantarse temprano es la condición indispensable para obtener buena salud. Method of Ethics Londres 1901, p. 37). En verdad –observa Kelsen– la palabra

⁴² Kelsen, *Teoría general del Estado*, cit., p. 305.

⁴³ Véase: Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 52, 58-59 y 250; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit. pp. 51, 57-58 y 245; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., pp. 70, 78 y 328.

⁴⁴ Kelsen, *Teoría general del Estado*, cit., p. 327; véase: Verdross, Alfred, *Die Einheit des rechtsischen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, 1923, citado por Kelsen, *ibidem*.

⁴⁵ Véase: von Wright, *Norm and Action*, cit., p. 7; *idem*, *Norma y acción*, cit., p. 29.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 8; *Ibidem*, p. 29.

'ought', en la frase citada por Sidgwick, como ejemplo, no puede significar 'Sollen'... La palabra inglesa 'ought' se utiliza también en el mismo sentido en que se usa la palabra 'müssen' (deber necesariamente, en alemán). En alemán se dice –de manera más exacta–: quien quiere el fin debe necesariamente querer los medios. Este 'müssen' expresa la necesidad causal que está incluida en la relación de medio, en tanto que causa, y el fin, en tanto que efecto.⁴⁷

La regla técnica no es, pues, un enunciado normativo (proposición o norma jurídica). De acuerdo a G. H. von Wright, la regla técnica no es *prescriptiva*.⁴⁸ Que la regla técnica pueda o no pueda ser reducida a enunciados informativos es un problema diferente. Pero aun en el caso en que las reglas técnicas no puedan reducirse lógicamente a un enunciado informativo y, por ende, conserven la forma de un directivo hipotético, estas reglas técnicas no pueden confundirse –de acuerdo con Alf Ross– con los quasi-mandatos, esto es, con los directivos impersonales que incluyen a las normas jurídicas.⁴⁹

Puede decirse, en consecuencia, que el '*telos*' nada tiene que ver con la normatividad. Sin embargo, mucho se ha insistido en reducir la norma jurídica a una concepción finalista.

Esta consideración [finalista] que concibe el acaecimiento de los acontecimientos y, especialmente las acciones y voliciones humanas según la relación de medio a fin es, frecuentemente, opuesta a la concepción de la realidad según la relación de causa efecto.⁵⁰

Juristas como Rudolf Stammler no pudieron evitar la influencia de la teleología. Por lo contrario, sobre la base de esta oposición entre causalidad y teleología, Stammler ha estructurado el método específico de la jurisprudencia.⁵¹ Según Stammler, las acciones humanas pueden ser representadas de dos maneras: como acontecimientos de la naturaleza causalmente efectuados y como acontecimientos que yo debo efectuar.⁵²

Nosotros no vemos –dice Kelsen comentando a Stammler– la diferencia que puede haber entre el caso en que la acción futura será efectuada causalmente, y el caso en que nos la representamos como una acción que yo debo efectuar. En particular, no vemos por qué en el segundo caso, en que la acción futura está representada como una acción que tengo que efectuar, el vínculo causal deba ser excluido de la representación. Efectuar no puede significar... producir un efecto de una manera que no sea causalmente, es decir,

⁴⁷ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 24 (nota a pie de página); *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., p. 32, nota 1. (La versión inglesa no tiene esa nota).

⁴⁸ *Norm and Action*, cit., p. 8; *Norma y acción*, cit., p. 29.

⁴⁹ *Directives and Norms*, cit., pp. 44-45; *idem*, *La lógica de las normas*, cit., pp. 50 y ss.

⁵⁰ Kelsen, *Hauptprobleme*..., p. 358.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Véase: *Economía y derecho*, cit., p. 317.

por una causa: puesto que es imposible pensar en un efecto sin causa. Yo puedo representarme una acción futura efectuada por mí, solamente en la medida en que me represente a mí mismo como la causa de esta acción futura... Toda representación de un fin supone la representación causal.⁵³

5. Norma jurídica y mandato

Una figura con la cual la norma jurídica se confunde frecuentemente es el mandato o directivo.⁵⁴ En efecto, es bastante extendida la idea de concebir las normas jurídicas como órdenes respaldadas por amenazas. Esta situación, y cierta semejanza con el mecanismo de la norma jurídica, hicieron que John Austin considerara al mandato como *la llave de la ciencia de la jurisprudencia*.⁵⁵ En efecto, el intento más claro y más completo de analizar el concepto de derecho en términos de los elementos aparentemente simples de mandatos y hábitos es el que realizó John Austin en *The Province of Jurisprudence Determined*.⁵⁶

Toda ley o regla... es un mandato. O mejor, la ley o las reglas son, propiamente hablando, especies de mandatos... Si usted expresa o manifiesta el deseo de que yo haga o me abstenga de algún acto, y si me infinge un daño en caso de que no satisfaga su deseo, entonces la expresión o manifestación de su voluntad es un mandato. El mandato se distingue de otras significaciones de deseo, no por la forma en que el deseo se manifiesta sino por el poder y el propósito de la parte que manda de infilir un daño o una pena, en caso de que el deseo no sea atendido... Un mandato es, pues, la manifestación de un deseo; pero se distingue de otras manifestaciones de deseo por la siguiente particularidad: la parte a quien se dirige el mandato se encuentra expuesta a un daño por parte de la otra, en caso de que no satisfaga su deseo.⁵⁷

Si tomamos en cuenta que en muchas circunstancias de la vida social un individuo puede tener el deseo de que otro haga o se abstenga de hacer algo,⁵⁸ entonces es probable que este individuo dé a su voluntad la forma de un mandato, particularmente cuando cree tener una situación que le permita exigir obediencia, es decir cuando cree tener poder sobre los demás.⁵⁹ Sin embargo, de que alguien ordene o mande no se

⁵³ Kelsen, *Hauptprobleme*..., cit., pp. 59-60.

⁵⁴ Es particularmente Alt Ross quien utiliza el término de 'directivo'. Véase: *Directives and Norms*, cit., pp. 34 y ss; *idem*, *La lógica de las normas*, cit., pp. 41 y ss.

⁵⁵ *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, Hart edition, 1954, p. 13.

⁵⁶ Hart, *El concepto del derecho*, cit., p. 23; *idem*, *The Concept of Law*, cit., p. 18.

⁵⁷ Austin, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁵⁸ Hart, *El concepto del derecho*, cit., p. 23; *idem*, *The Concept of Law*, cit., p. 18.

⁵⁹ Véase: Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 36; *idem*, *General Theory of Law and State*, cit., p. 31.

infiere que la orden o el mandato sea un acto orgánico de creación normativa y se imponga a los miembros de una comunidad. En efecto, el acto psíquico del individuo que ordena o manda no es suficiente para vincular normativamente, con carácter objetivo, el comportamiento humano. Esto es, los actos de voluntad de uno o varios individuos no bastan para obligar jurídicamente a los hombres a hacer u omitir. Los actos y las voliciones humanas establecen vinculaciones normativas obligatorias, únicamente cuando dichos actos o voliciones son normativamente creadores, es decir, cuando poseen el carácter de actos orgánicos de creación normativa.

Sobre el particular, hemos visto ⁶⁰ que, para que los actos o voliciones de alguien se puedan interpretar como actos orgánicos de creación normativa, es necesaria una convención subyacente que los constituya en actos de órganos de un sistema de normas. De modo que aquél cuyo mandato es obligatorio no es un individuo con más o menos poder sino un órgano del sistema, una parte del sistema. Esto es, el mandato de alguien sólo es obligatorio si aquel que lo emite se encuentra habilitado a ello por el sistema.

Un mandato es obligatorio no porque el individuo que manda tenga realmente una superioridad de poder, sino porque está *autorizado* o *facultado* para formular mandatos de naturaleza obligatoria. Y está *autorizado* o *facultado*, únicamente si un orden normativo, que se presupone obligatorio, le concede tal capacidad, es decir, la competencia para expedir mandatos obligatorios.⁶¹

Por su parte Alf Ross sostiene que:

La autoridad y el poder coactivo que sostienen las normas jurídicas no puede localizarse en un individuo o grupo de individuos, sino que ha de adscribirse únicamente al sistema –al orden jurídico como tal–. La autoridad que apoya a los directivos [mandatos] jurídicos –por ejemplo– la orden de un policía para circular, no deriva de las cualidades del policía en cuanto hombre, sino de su cargo, que a su vez depende del orden jurídico que lo ha creado.⁶²

La idea de que lo obligado emana no de un hombre sino del sistema, está expresada en el aforismo latino '*non sub homine, sed sub legi*'.⁶³ La distinción entre el mandato y la norma jurídica aparece con mayor nitidez cuando se analizan los elementos constitutivos del mandato. Conformes con lo dicho por John Austin, tenemos que el mandato es una

⁶⁰ Véase *supra*, p. 26 y ss.

⁶¹ Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 37; *idem*, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 31-32.

⁶² *Directives and Norms* cit., pp. 50-51; *idem*, *La lógica de las normas*, cit., p. 55.

⁶³ Véase: Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 42; *idem*, *General Theory of Law and State*, cit., p. 36.

relación personal que supone dos elementos: un acto de voluntad, en el que se manifiesta el deseo de que alguien haga o se abstenga de hacer algo, y la expresión o comunicación de esa voluntad por medio de palabras, gestos u otros signos. De tal manera que si cualquiera de estos elementos no concurre, entonces, no estamos en presencia de un mandato.⁶⁴

Así pues, si el acto de voluntad del que manda falta o desaparece, entonces, no existe mandato.

Si alguien me manda algo y, antes de ejecutar la orden, tengo una prueba satisfactoria de que el acto de voluntad subyacente ha dejado de existir —la prueba puede ser la muerte del mandante—, entonces ya no me encuentro colocado frente a ningún mandato.⁶⁵

El mandato supone la existencia de un acto de voluntad de alguien que ordene. En efecto, los mandatos suponen, necesariamente, una persona que los emite, además de que el efecto sobre el destinatario depende de que el mandato haya sido emitido por esa persona en particular (la que tiene poder sobre los demás). Esto permite subrayar la relación personal que constituye el mandato. Si alguien dice que se le ha mandado a realizar un acto, es razonable preguntarle por quién, y la respuesta 'por nadie' se consideraría no razonable. Un mandato presupone alguien que mande, una cierta persona de cuyo poder o superioridad depende la efectividad del mandato.⁶⁶ "Si se piensa que los diez mandamientos son válidos en sí mismos, y no a condición de la autoridad de un dios que los manda, entonces ya no son mandamientos."⁶⁷

Muy diferente es la situación cuando lo ordenado o lo mandado es resultado de la existencia de una norma jurídica. En este caso, no es necesario que subsista el acto de voluntad que dió origen al acto jurídico que ordena. No es necesario que esté presente el emisor del mandato.

Si un acto real de voluntad de parte del testador es necesario para la validez de un testamento, entonces, la fuerza obligatoria no puede pertenecer a tal voluntad, sino a algo que es creado por ella y cuya existencia o validez sobrevive a esa voluntad real.⁶⁸

En este caso, no es el testador el que manda sino el testamento como parte del sistema.⁶⁹

⁶⁴ Véase: *ibid.*, p. 37; *ibid.*, p. 32.

⁶⁵ *Ibidem; ibidem.*

⁶⁶ Hemos transcritto, prácticamente, un párrafo de Ross. Véase: *Directives and Norms*, cit., pp. 48-49; *idem*, *La Lógica de las normas*, cit., p. 53.

⁶⁷ Ross, *ibid.*, p. 49; *ibid.*, p. 54.

⁶⁸ Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 38; *idem*, *General Theory of Law and State*, cit., p. 32.

⁶⁹ "Si llamamos 'mandato' a la ley elaborada por el parlamento en la forma prescrita por la Constitución o, lo que equivale a lo mismo, si declaramos que constituye la voluntad del legislador,

Los quasi-mandatos [como las leyes], a diferencia de los mandatos genuinos, derivan su autoridad —dice Alf Ross— no de ninguna persona, sino de un sistema impersonal de normas. Considérese, por ejemplo, la prohibición contra el homicidio en el Código Penal danés de 1930, sección 237. Quien infrinja esta prescripción se expone a una pena de prisión, de cinco años a cadena perpetua. El directivo está respaldado por una severa sanción . . . En esta medida, ese directivo se parece a un mandato personal que está respaldado por sanciones y por autoridad. Pero —se pregunta Ross— ¿quién es el autor de ese mandato? Esto es, ¿qué persona formula y emite el directivo, decide sobre las sanciones y las incorpora, y es considerado por el destinatario (*subject*) como autoridad? Ninguna persona o grupo de personas —responde Ross— ocupa esta posición. El Código Penal danés fue aprobado en 1930, y la mayor parte de quienes tomaron parte en ello ya no viven. Además, ninguna de las personas que toman parte en la confección y aprobación de un código o de una ley está en posición análoga a la del autor de un mandato personal. Mientras que este último —dice Ross— manda lo que le parece bien, ninguno de los que participan en la legislación pueden hacer otro tanto. Es muy probable que el contenido de una ley no le resulte completamente satisfactorio a ninguno de los legisladores que participan en ella. La ley se hace en una serie de reuniones formales en las que toman parte muchas personas, ninguna de las cuales tiene el poder de conseguir exactamente lo que quiere. El *legislador* —continúa Ross—, concebido como persona única, como el autor de un mandato personal, es una ficción; sin embargo, la gente que cree en él fácilmente, porque están habituados a adscribir las formulaciones lingüísticas y las expresiones de decisión a los individuos.⁷⁰

Puede ocurrir —como sucede en la mayoría de los casos— que los legisladores no conozcan el contenido de la ley que les fue sometida a su aprobación. En este caso ellos solamente quieren que *algo* que ignoran se convierta en ley; pero están en la imposibilidad de ordenar o mandar en sentido estricto, cualquiera de los contenidos de esta ley.⁷¹

entonces, este pretendido mandato apenas tendrá algo en común con un mandato propiamente dicho. Una ley que debe su existencia a una decisión parlamentaria, obviamente no empieza a existir sino en el momento que la decisión ha sido ya hecha y cuando —suponiendo que sea la expresión de una voluntad— esta última ha dejado de existir. Cuando los miembros del parlamento han aprobado una ley, vuelven a otras cuestiones y dejan de querer los contenidos de aquella, supuesto, claro está, que tal voluntad haya existido realmente. Como la ley sólo adquiere existencia al completarse el procedimiento legislativo, esa existencia no puede consistir en la voluntad real de los individuos que pertenecen a la asamblea legisladora. El jurista que desea establecer la existencia de una ley en modo alguno pretende probar la de los fenómenos psicológicos . . . Un jurista considera una ley como existente incluso cuando los individuos que la crearon no quieren ya el contenido de la misma, es más, cuando ya nadie quiere tal contenido . . . De hecho es posible y a menudo realmente ocurre, que una ley *exista* en una época en que aquellos que la crearon hace mucho que han muerto y, por tanto, no son ya capaces de ningún acto voluntario" (Kelsen, *ibid.*, pp. 38-39; *ibid.*, p. 33). Pero, no obstante la desaparición del acto volitivo real, la ley ordena por ser parte del sistema.

⁷⁰ *Directives and Norms*, cit., p. 50; *idem*, *La lógica de las normas*, cit., pp. 54-55. Sobre el problema del legislador único, véase Nino, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

⁷¹ Sobre este particular, véase: Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 39-40; *idem*, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 33-34. A lo expuesto en esta obra, Kelsen mismo

Por otro lado, Hart considera que ordenar a los demás hacer u omitir, es una forma de comunicación e implica realmente dirigirse a los destinatarios, es decir, es necesario atraer su atención, pero mientras que en el mandato la orden es dirigida al destinatario, en las leyes, por ejemplo, no es necesario dirigirse al súbdito. El asaltante, mediante la expresión 'entrégueme esos billetes' expresa el deseo de que alguien haga algo y, al mismo tiempo, se dirige efectivamente a éste. Esto es, al ordenar se hace lo que normalmente es suficiente para hacerle saber su deseo al destinatario.⁷² Pero las leyes, reglamentos u otras disposiciones, pueden ser tales aun no se les dé una debida difusión, y aun no la conocieran los destinatarios.⁷³ Las leyes regularmente creadas son *válidas* aun cuando las personas afectadas por ellas tengan que averiguar por su cuenta de qué manera les ordena u obliga.⁷⁴

Cuando lo ordenado o mandado se deriva de una *inveterata consuetudine*, es decir, cuando lo ordenado es producto de una norma jurídica consuetudinaria,⁷⁵ resulta imposible sostener que alguien quiera o deseé que otro se comporte de cierta manera. No podemos decir que exista una orden o un mandato, en el sentido propio de estos términos, que se *dirija* a alguien en particular con el propósito de que haga o se abstenga de algo. No puede afirmarse que lo ordenado por el derecho consuetudinario se haya comunicado a los destinatarios. El acto de voluntad del que manda no se presenta ni se comunica, por tanto, la relación personal, típica del mandato, desaparece. Así pues, el sistema del mandato sencillamente no funciona para el derecho consuetudinario, en el cual nadie desea que otro se comporte de una cierta manera. No obstante lo ordenado por el derecho consuetudinario, no deja de obligar o, mejor, imponerse a los súbditos de este sistema, donde la costumbre es un procedimiento de creación de normas.

Puede decirse, en consecuencia, que el mandato no es una norma jurídica. Y en todo caso, cuando las normas jurídicas son descritas como mandatos, o cuando se dice que el derecho ordena, esto tiene que entenderse como forma figurada de expresión. Una norma jurídica expresa el hecho de que, realizado cierto comportamiento, alguien *debe* proceder de cierta manera, sin que esto implique que otro realmente lo quiera u ordene.⁷⁶

hace un ajuste en la *Reine Rechtslebtre*, cit., p. 7, nota a pie de página; *idem, Théorie pure du droit*, cit., p. 10, nota 1. (La versión inglesa no transcribe esa nota.) Véase, además: Hart, *El concepto del derecho*, cit., p. 33; *idem, The Concept of Law*, cit., p. 26.

⁷² Cfr. Hart, *El concepto del derecho*, cit., pp. 27-28; *idem, The Concept of Law*, cit., pp. 21-22.

⁷³ Así sucede cuando se reconoce —por la generalidad de los órdenes jurídicos nacionales— el principio de *ignorantia juris neminem excusat*. ("La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento . . ." artículo 21 del Código Civil del Distrito Federal, 1932).

⁷⁴ Véase: Hart, *El concepto del derecho*, cit., p. 28; *idem, The Concept of Law*, cit., p. 22.

⁷⁵ Véase a este respecto: Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 40; *idem, General Theory of Law and State*, cit., pp. 34-35.

⁷⁶ Véase: Kelsen, *ibid.*, pp. 41-43; *ibid.*, pp. 35-37.