

Sentido y estructura de la norma jurídica

Julio Raúl Méndez

Universidad Católica de Salta – Universidad Nacional de Salta
mendez.julioraul@gmail.com

DOI: 10.17421/2498-9746-05-48

Resumen

La comprensión de la estructura lógica de la norma jurídica es un directo reflejo de la determinación del sentido de esa norma. A su vez, la determinación de cuál sea el sentido de la norma jurídica depende de la concepción que se tenga de la esencia del derecho. Por ello el debate sobre la estructura lógica de la norma jurídica pertenece al debate sobre la naturaleza del derecho.

Este artículo parte de la concepción kelseniana y la discute con los aportes de la escuela argentina de filosofía del derecho. La conclusión del autor es una fórmula lógica en la cual se recogen las contribuciones de autores del siglo XX.

Para el autor la salida del normativismo positivista se encuentra recorriendo el camino de la fenomenología y del realismo clásico, incorporando también los estudios sobre la historia del derecho.

Palabras clave: norma, conducta, pena, lógica.

Abstract

The understanding one has of the internal logic of juridical norms depends on the understanding of the nature of norms. In turn, the understanding of the nature of norms depends on the understanding one has of the nature of law. For this reason the debate over the logical structure of the juridical norms pertains to the debate about the nature of law. This article begins with the Kelsenian theory and analyzes it in light of ideas taken from the Argentine school of the philosophy of law.

The author's conclusion states a logical formula in which he gathers the contributions of twentieth-century authors. According to the author, the way to escape the contradictions of positivist legal-norm theory is to follow the path of phenomenology and classical realism keeping in mind historical studies of the law.

Keywords: norm, conduct, punishment, logic

ÍNDICE GENERAL

1 La complejidad jurídica: historia y realidad	894
2 Del sentido a la estructura lógica de la norma	898
3 El realismo de la norma	901
4 El deber jurídico	903
5 Los principios jurídicos	905
Notas	907

1 LA COMPLEJIDAD JURÍDICA: HISTORIA Y REALIDAD

Hay una cuestión de tipo semántico cuando nos preguntamos qué significa la palabra “derecho”. Pero hay otra cuestión, más profunda, cuando nos preguntamos qué es lo principal en la vida jurídica.

En el siglo XVI Suárez consideró que el centro de la vida jurídica reside en un poder de los sujetos, el llamado “derecho subjetivo”. Desde el siglo XVII las concepciones jurídicas han considerado como contenido de nuestra disciplina la norma, llamándola “derecho objetivo”. En el siglo XX Michel Villey atrajo nuestra atención con sus estudios históricos, recuperando el pensamiento jurídico clásico (griego, romano y medieval) que ponía la atención en un producto operativo humano.

¿Cómo ha sido posible que a través del tiempo y de las doctrinas iusfilosóficas se produjeran estas variaciones?

La razón se encuentra en que el fenómeno jurídico es complejo. Es decir, está compuesto por distintas realidades que tienen algo en común y algo que las diferencia. Lo que llamamos “derecho” es una complejidad analógica.

El punto de divergencia entre las corrientes iusfilosóficas es cuál de los componentes del plexo jurídico es el principal, es decir cuál es el primer analogado. El *primum analogatum*, o también *analogatum princeps*, es aquél del que primeramente se predica la noción de “derecho”, y por relación con el cual los otros componentes también reciben esa predicación. Ésta es la cuestión profunda, que desafía un análisis razonado. Luego la cuestión semántica se explica sobre la base de las conclusiones del asunto central.

No es algo carente de sentido cuando decimos que el derecho manda tales o cuales deberes sociales, y entendemos que las normas establecen esos deberes. Tampoco carece de sentido que digamos que tenemos tal o cual derecho, respecto al cual otros tienen tal o cual deber.

Vamos a considerar el asunto no desde el punto de vista histórico, para marcar el giro de la modernidad y el abandono de la noción clásica (como lo hizo Villey),

sino en un análisis teórico, que penetra en la realidad jurídica que vivimos. Vamos a partir de los usos más frecuentes en la vida jurídica.

En nuestros usos un analogado de gran prestigio es el llamado “*derecho subjetivo*”, al punto que pareciera ser él el primer analogado (como pensó Suárez). Todo derecho sería una pretensión o un poder de pretender. Por ejemplo, cuando se piensa y se dice que las normas establecen o reconocen nuestros “derechos” (en este sentido), que del juez pedimos que se efectivicen nuestros “derechos”, queremos que el abogado nos asesore sobre nuestros “derechos”, etcétera. Es frecuente denominarlos “facultades”, pero es más preciso llamarlos “poderes jurídicos”, pues hay casos cuyo ejercicio no es “facultativo” (deónticamente contingente) sino “necesario” (deónticamente necesario): por ej. el caso de la patria potestad.

Ahora bien, estos “poderes”, en realidad, están dirigidos a una conducta que se exige de otro para ser puesto cada uno en lo suyo, en su integridad, dentro de la relación jurídica. Este “poder” o “derecho subjetivo” es ininteligible sin la referencia a la conducta del otro, sea de acción u omisión. Esa conducta es la razón y la medida del poder jurídico subjetivo.

Cuando reclamamos un derecho no reclamamos una norma sino una conducta de otro a favor nuestro. Por ejemplo, cuando decimos que tengo el derecho de propiedad significamos que tengo el poder de exigir de otros que no interfieran en el ejercicio de mi dominio real; cuando decimos que tengo derecho a la vida significamos que tengo poder de exigir de otros que no dañen mi vida (y, en ciertos casos, que colaboren con ella); cuando decimos que tengo derecho a una indemnización significamos que tengo poder para exigir que otro me recompense el daño, etcétera. *El derecho subjetivo es categorialmente una potencia activa del sujeto, su realidad y su especificidad dependen del acto (conducta) a que se refiere; sin esta conexión ella se desvanece.* Esos atributos de la persona, esos poderes, no se entienden sino en referencia a una conducta de otro en la relación jurídica; si no alcanzan su objetivo se frustran.

El otro analogado prestigioso en nuestros usos es la *norma*. Es muy aceptado pensar que el derecho es, en definitiva, un sistema de normas. Así se generaliza desde el siglo XVII. En muchas teorías se define el derecho como un conjunto de normas.

Pero si consideramos atentamente la realidad de la norma jurídica podemos realizar al menos cuatro observaciones que nos muestran que no es ella el analogado principal del plexo jurídico.

a) Siendo ella una proposición deóntica en términos de justicia *no tiene sentido en sí misma, sino que, por su naturaleza, está dirigida a la producción de una conducta imperada como justa*. En efecto, en las normas lo que importa, en primer lugar, y en definitiva, no es una calidad redaccional (como en la literatura), ni una claridad o verdad nocional (como en la ciencia), sino que su sentido está en la conducta a producirse por su imperio. La norma es una regla o medida de actos

humanos¹.

Mientras en la literatura la proposición tiene sentido en sí misma, mientras en la ciencia lo tiene en referencia a la verdad objetiva, en el ámbito normativo el sentido está en la conducta a realizarse: los atributos de belleza redaccional y de claridad nocional son importantes (más este último), pero se subordinan al sentido esencialmente *operativo* de las normas. Éstas se distinguen en el universo de las proposiciones en cuanto *describen e imperan conductas*; entre las normas que nos regulan algunas son “*jurídicas*” en cuanto describen e imperan conductas como “*justas*” (en términos de justicia).

b) No se entienden las normas sino en referencia a las conductas; a tal punto que, por bien redactado, coherente y claro que sea un cuerpo normativo, si no alcanza a ser operativo, si no tiene vigencia *de hecho*, deja de ser propiamente normativo: cae en *desuetudo*, que es la forma más simple de quitarle valor normativo a una proposición. Como bien muestran los estudios de sociología jurídica, sin costumbres que la sustenten la ley es una pura declamación. Sin reales efectos en la trama real y fáctica de las relaciones sociales no hay norma jurídica vigente como tal.

c) De los dos puntos anteriores se sigue el principio de *factibilidad*, es decir de prescribir en la norma lo que es posible que se realice. Es de buena práctica legislativa no prescribir lo que se sabe que es imposible de ser realizado o lo que se puede prever que no será realizado (sea por razones objetivas de lo mandado, sea por razones subjetivas de los obligados)². En lo objetivo de la imposibilidad fáctica está la índole propia de la conducta prescrita, pero también la carencia de modos de urgir su cumplimiento en caso de violación. En lo subjetivo están las capacidades y características de los sujetos particulares, también características generales de índole cultural, cuando lo imperado es opuesto a la idiosincrasia o a las costumbres ancestrales de un pueblo. Si se estima que lo normado no llegará a tener vigencia efectiva, por alguna circunstancia que lo torna utópico, no tiene sentido dictar esa norma en materia contingente.

d) En cambio, cuando la norma alcanza vigencia efectiva las conductas imperadas se realizan establemente, se configura así la *consuetudo* (la costumbre) que es el modo habitual como vive una sociedad. Para la definitiva conformación de la norma es necesaria su vigencia como *consuetudo*. Más aún, en su vigencia efectiva las normas tendrán el sentido que las costumbres le den; ésa es su real interpretación, salvo conflicto con nuevas normas (entre ellas la sentencia). Desde el punto de vista funcional, como lo reconoce el sabio realismo de los romanos, no siendo las normas un producto absoluto de la razón y la voluntad del legislador, es necesario que las normas no se modifiquen sin una seria razón de justicia; porque de lo contrario, en su inestabilidad, no alcanzarán a hacerse costumbre³. Es tan fuerte la primacía de la conducta que, cuando su repetición estable teje la costumbre de una sociedad, aunque no exista una norma formalmente establecida, esa

costumbre es una fuente jurídica autónoma: el llamado *derecho consuetudinario*.

Estas observaciones sobre los cuerpos normativos nos hacen ver que el elemento más llamativo del fenómeno jurídico no es, sin embargo, el principal, en cuanto carece de sentido en sí mismo, sino que remite a otro (la conducta jurídica): a éste se ordena y de él recibe toda su razón de ser.

De lo que llevamos visto se entiende que la norma jurídica es una proposición práctica, es un mandato. Su sentido no reside en sí misma. Una buena norma no es simplemente aquella que está bien redactada, que tiene buena gramática o incluso belleza literaria. Ahora bien, no porque necesite el efecto y el respaldo de los hechos y la estabilidad de la costumbre el valor de la norma reside en una descripción de la realidad. Aun cuando su formulación esté en el modo indicativo y parezca una descripción, es siempre una prescripción. La norma existe en cuanto impera conductas. Existe en cuanto busca una incidencia en la realidad operativa de la convivencia humana.

La norma pretende que exista la conducta, si no alcanza su objetivo es letra muerta. Por más que haya tenido legitimidad en su origen, si no alcanza la conducta dejó de ser norma jurídica. Este objetivismo jurídico ubica el real sentido de la norma.

En este punto es oportuno efectuar alguna observación sobre el objetivismo jurídico en su última recuperación. Los reclamos de Villey en el siglo XX para un regreso al objetivismo jurídico, como superación del normativismo y del subjetivismo, han sido originados en sus estudios históricos y siguen teniendo un gran valor. En cambio, sus conclusiones teóricas no nos resultan tan satisfactorias.

En efecto, en la reivindicación de la objetividad jurídica frente al normativismo y al subjetivismo, Michel Villey rechaza su identificación en la conducta humana por considerarla una confusión moralizante. La interpretación villeyana de *lo justo* aristotélico (*tò díkaion*) o *la misma cosa justa* tomista (*ipsa res iusta*) no es muy precisa. Oscila entre situar lo jurídico en el resultado de la acción en referencia a los miembros de la sociedad, como el estado natural de las cosas en una adecuada proporción en la convivencia, o también en el objeto material sobre el que versa esa acción, como la porción que a cada uno le corresponde en la participación social. Por su no identidad con la conducta, para Villey las proposiciones jurídicas han de ser indicativas y no prescriptivas: para el maestro parisino la *iurisdictio* enuncia lo justo, no es un *imperium* de conductas⁴. Los aportes de Villey han servido para criticar el subjetivismo y el normativismo en un reclamo de objetividad, pero encontramos que su interpretación histórica de los textos a veces es forzada y, sobre todo, que su respuesta iusfilosófica no resiste totalmente la confrontación con la experiencia.

En este sentido, un gran mérito le corresponde a *Carlos Cossio* (1903-1987), por haber recuperado la centralidad de la *conducta* en el derecho en un contexto histórico de dominio del normativismo. La elaboración del iniciador de la escuela

argentina de filosofía del derecho no se hizo partiendo del conocimiento de la historia del derecho ni tampoco del estudio de los clásicos, sino precisamente partiendo de la observación fenomenológica de la experiencia jurídica⁵.

2 DEL SENTIDO A LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LA NORMA

Fue Kelsen quien acuñó la distinción entre la *norma jurídica* propiamente dicha, como producto autoritativo de quien tiene el imperio social para hacerlo por un acto de voluntad, y el *enunciado jurídico* (*Rechtssatz*) como elaboración de los juristas, que en su ciencia enuncian y analizan las normas. Estos enunciados descubren la estructura lógica que subyace a la norma, pero la norma que impera y produce un efecto social es solamente la parte dispositiva⁶. La ciencia jurídica kelseniana se centra en las normas, estudiándolas de un modo descriptivo; ellas, en cambio, son imperativas.

Ahora bien, la crítica al normativismo como definición de la ciencia jurídica, reivindicando la primacía de la conducta, se desarrolló en Cossio precisamente sobre el hilo del análisis lógico de la estructura de la norma como construcción racional imperativa.

El punto de partida fue la crítica a la histórica fórmula kelseniana. El primer Hans Kelsen sostuvo que la estructura lógica de la norma jurídica es siempre la misma, de tipo hipotético-imputativa. No importa cuál sea la redacción usada. Dada tal conducta (A) debe ser tal sanción (B)⁷.

La primera e histórica fórmula kelseniana es:

si es A debe ser B

Esta es la estructura de la *norma primaria*, que es la única. Está dirigida a los órganos y sujetos de derecho. La llamada *norma secundaria*, que considera que ante un hecho tal se estaría prescribiendo una conducta tal (dado H debe ser P, de modo que A es igual a no-P) es para Kelsen un artificio intelectual.

Se le ha criticado al primer Kelsen que reduce las normas jurídicas a las normas penales. Pero hay una crítica más profunda. Lo que Kelsen entendió que es un artificio es, en realidad, lo principal. Esto se advierte de modo particular precisamente en el caso penal: el sentido de la norma no es solamente castigar. La prescripción de la pena resulta ininteligible si no se entiende que ella pertenece a la pretensión de la norma de lograr otra conducta. En la norma penal está internamente incluida esa conducta reputada como justa y debida.

Carlos Cossio tiene el mérito de haber indicado que el real sentido de la norma es que ante determinado hecho prescribe una conducta, aún en el caso de las de tipo penal. Esto constituye la *endonorma* o sentido interno. La alternativa para el no cumplidor es la sanción punitiva, lo que se expresa en la *perinorma*, que suele

ser lo más aparente especialmente en el caso penal. En la lógica ambos miembros están unidos por la disyunción.

La fórmula cossiana es:

si es A debe ser B
o si es no-B debe ser S

Desde una observación de la práctica jurídica y de la sociología Cossio recuperó la centralidad de la conducta, lo mismo que los historiadores del derecho y otros filósofos fueron señalando coincidentemente. A partir de aquí la iusfilosofía argentina prosiguió el análisis de la estructura lógica de la norma en un proceso de clarificación y profundización⁸.

En efecto, A. J. Arístegui advirtió que había que modificar la relación entre los miembros. Que ante determinado hecho al sistema jurídico no le resulta equivalente la realización de la conducta prescrita o la pertinente sanción. El objetivo principal es la primera, no su negación y la subsiguiente sanción. Por ello el vínculo lógico no es la disyunción (*o*), sino la conjunción adversativa (*pero*)⁹. En el caso penal no resulta equivalente que se respete la integridad de las personas y sus bienes a que, porque esto no se da, entonces, se apliquen las penas. En su crítica Arístegui señaló que Cossio había sido incoherente con su propia tesis al proponer su fórmula; por tanto, para recoger la no equivalencia entre la *endonorma* y la *perinorma* había que expresarla de este modo:

si es A debe ser B,
pero si es no-B debe ser S

Por su parte, Quintas y Casaubón asumieron esta crítica. Pero Casaubón¹⁰ señaló que también debía considerarse el aporte del segundo von Ihering, en el sentido que la finalidad es el principio generador de las normas de derecho¹¹. Esto vale aunque el fin no esté expresado nominalmente; muchas veces se encuentra en los considerandos de la norma, también se lo advierte en el proceso deliberativo de su producción. El fin es la razón del derecho. El contenido del fin Justicia está exigido por el Bien Común porque en ella se da la integridad de los miembros en la interacción de sus conductas sociales.

De esta manera propusieron la siguiente fórmula:

(*para F*) *dado H debe ser P,*
 pero dado no-P debe ser S

Nos parece que esta fórmula recoge todos los elementos lógicos. Sin embargo, para una mayor claridad proponemos un cambio en la notación: sustituir P por D, entendiendo que D es el derecho en sentido objetivo: la conducta justa debida.

La fórmula que proponemos es:

(para F) *dado H debe ser D,
pero dado no-D debe ser S*

En ella se advierte que el fin origina tanto D (la conducta buscada por el sistema normativo), como S la pena que se prevé para el caso del incumplimiento. Pero ambas previsiones no tienen el mismo rango, la prioridad le corresponde a D.

El fin es la razón que da sentido y origina la norma: la organización social en términos de justicia (a cada uno lo suyo). Entre el fin y la conducta normada (como justa debida) hay una conexión no misteriosa ni arbitraria, sino una necesidad deóntica: sin esa conducta no se alcanza el fin buscado, que es buscado porque es descubierto como lo justo.

Resulta evidente que la racionalidad de la norma no reside solamente en procurar que los agentes jurídicos apliquen penas a una parte de la vida social constituida por los ilícitos. Pero también resulta claro que no da lo mismo el funcionamiento social donde se generaliza la necesidad del ejercicio punitivo. Por ello la conjunción adversativa (*pero*) expresa la primacía de la conducta propiamente llamada derecho, es decir, la justa y por ello debida. La consideración del fin de la norma, tanto para el caso particular como para su generalidad, esclarece el sentido de la norma y la pertinencia de la conducta prescrita. También, por esto último, funda la pertinencia de la sanción para su incumplimiento.

En una sinopsis ofrecemos la secuencia de las fórmulas en esta exposición, con la equivalencia de nuestra notación, entre paréntesis, y con una versión latina

a) (primer) Kelsen

*si es A(no-D) debe ser B
non reddito iure reddatur poena*

b) Cossio

*si es A (H) debe ser B (D)
o si es no-B (no-D) debe ser S
his factis reddatur ius
vel, non reddito iure, reddatur poena*

c) Aristegui

*si es A (H) debe ser B (D),
pero si es no-B (no-D) debe ser S
his factis reddatur ius,
sed non reddito iure, reddatur poena*

d) Quintas, Casaubón

(*para F*) *dado H debe ser P (D),
pero dado no-P (no-D) debe ser S*

(*ad finem*) *his factis reddatur ius,
sed non reddito iure, reddatur poena*

e) nuestra fórmula

(*para F*) *dado H debe ser D,
pero dado no-D debe ser S.*

(*ad finem*) *his factis reddatur ius,
sed non reddito iure, reddatur poena.*

3 EL REALISMO DE LA NORMA

Como hemos visto, el sentido inteligible de la norma está puesto en la realización de la conducta para alcanzar el fin de la integridad de los miembros de la relación jurídica, especialmente del miembro “término”. Ahora bien, por su politicidad, el último término es siempre el Bien Común de la sociedad, aun cuando se trate de relaciones jurídicas entre particulares.

En la estructura lógica que hemos descrito advertimos que todo el dinamismo del sentido de la norma está pendiente de aquello que hemos simbolizado como *H*, es decir de los hechos en una situación dada. Ciertamente estos hechos pueden ser naturales o voluntarios.

Si no fuera por estos hechos no existiría la relación jurídica entre el sujeto agente (el obligado a realizar la conducta) y el término (a quien se dirige a poner en su integridad). La locuciones latinas *a facto fit ius* y *ex facto oritur ius* (del hecho deriva el derecho) expresan adecuadamente este realismo de la norma. Ella no tiene sentido en sí misma, sino que busca incidir en el mundo real, donde están los hechos y las relaciones jurídicas. La lógica de las normas no es una lógica que se perfeccione en sí misma, en su coherencia formal, sino en su pertenencia al mundo de los hechos sociales. La conducta justa y debida (*D*, el derecho objetivo) pertenece al mismo mundo real de los hechos y está ligada a ellos, para introducirse en su trama de realidad aportando una nueva situación en las relaciones sociales.

Sin embargo, también decimos que *a facto ad ius non datur consequentia* (del hecho no se sigue el derecho). ¿Cómo entender esta sentencia que parece contradictoria con las anteriores? Si volvemos a la fórmula que sostenemos, advertimos que los hechos tienen significado jurídico en el seno de las relaciones sociales en su consideración ordenada al fin (*para F*). Es decir, que el objeto de la relación

jurídica, la conducta, solo aparece como justa y, por tanto, debida a partir de los hechos y en función del fin. La valoración jurídica de los hechos se hace atendiendo al fin de la vida social (el Bien Común). La conducta justa es incluida en la realidad como un hecho necesario (debido) para alcanzar el fin.

La conexión entre los hechos (*H*), la conducta (*D*) y el fin (*F*) se da en un acto de conocimiento, por ello la norma es principalmente un acto de la razón. Porque la conducta no está todavía realizada el nexo con los hechos y con el fin reside en un juicio de la razón.

La misma razón que conoce cómo ocurren las cosas es la que conoce lo que está en la capacidad humana de actuar (su poder fáctico) y también lo que corresponde que actúe (su poder deóntico). Esa correspondencia entre los hechos, el fin y la conducta es su ajuste, su condición de justicia. De aquí deriva su carácter de conducta *debida*, en cuanto existe una *necesidad deóntica*. Esto significa que, dados estos hechos (*H*), el fin (*F*) no se alcanza sin la realización de la conducta justa (*D*)¹².

La lógica interna de la proposición normativa es que algo *es debido porque es justo*, no a la inversa. Si no fuera razonablemente tenido por justo sería imposible que se lo prescribiera como debido. El acto imperativo de la voluntad del legislador o del juez, también del propio ciudadano cuando entiende lo justo y debido y decide su acción, es siempre un acto que está al servicio de lo que la razón indica. El acto de la voluntad busca la real eficacia del contenido de la razón. El imperio dominativo de la voluntad es una prolongación del imperio de la inteligencia que, al enunciar el nexo necesario de la conducta con los hechos y el fin, la está prescribiendo.

Ahora bien, el nexo de necesidad deóntica entre la conducta y los hechos y el fin no siempre tiene la misma exigencia. En muchos casos hay un abanico de conductas que son pertinentes para pertenecer a ese nexo, pero su determinación de necesidad deóntica requiere una elección de la voluntad. Lo que hace la voluntad, que con competencia determina el nexo, es otorgarle a una conducta, que de por sí es contingente respecto al fin en el marco de esos hechos, el carácter de necesaria.

Ahora bien, por su naturaleza racional el proceso que respalda las normas no se detiene definitivamente por el acto volitivo de la autoridad. Los mismos miembros de la sociedad, los peritos, los grupos y asociaciones, los juristas, la opinión pública siempre mantienen la capacidad de ejercer una valoración crítica en términos de justicia respecto al producto normativo. Siempre cabe la crítica razonada acerca de si ese contenido *D* es adecuadamente ajustado para *F* en las circunstancias de esos *H*.

Los estrados judiciales son la sede natural para recurrir a obtener lo justo a partir de la norma o aún cuestionándola. Los recursos de inconstitucionalidad, de inconventionalidad, o la aplicación del principio de equidad son vías para asegu-

rar la obtención de justicia, cuando ésta no es suficientemente servida por la norma general. Si bien en el sistema estatal el pronunciamiento judicial es la última palabra en materia de justicia, el proceso racional crítico no se detiene. Siempre existe la posibilidad de lograr la modificación de la norma por vía legislativa y, en algunos casos de extrema importancia, por ulteriores pronunciamientos judiciales.

4 EL DEBER JURÍDICO

Cuando el primer Kelsen señalaba que lo más propio de la norma jurídica es su prescripción se refería a la pena. Hemos dicho que esto deja fuera muchas normas del sistema. Pero, como ya hemos visto, en realidad el sentido lógico es que la prescripción se refiere siempre a una conducta justa y debida (*debe ser D*). Por ello en la relación jurídica el sujeto agente es el titular del *deber jurídico*.

Ahora bien, el término *deber* es propiamente un verbo que afirma un dinamismo ya determinado en un sentido, y negado en el sentido opuesto por la necesidad deóntica respecto al fin. Por ello en el seno de una relación se entiende referido a un objeto y a un término: en función del fin *se debe* algo a alguien. Como sustantivo se usa como equivalente al objeto mismo del dinamismo, es decir como equivalente a la conducta adjetivada de *debida* (v.gr. “esto es su deber”, “éste es su débito”); también como significando la situación relativa de quien debe (v.gr. “usted tiene el deber de...”) es decir de quien esté deónticamente determinado a obrar una conducta.

Sin embargo, hay que advertir que como verbo se usa no solo en las normas éticas y jurídicas, sino también en las leyes físicas y en las argumentaciones hipotético- deductivas de distinto contenido (si es A, debe ser B).

Como sustantivo se usa solamente en los ámbitos normativos conductuales, como el social, el ético y el jurídico. Si bien siempre denota una cierta necesidad como imposibilidad de que se verifique lo opuesto (el deber niega el poder opuesto), son distintas la necesidad física, la lógica y la deóntica (campo de lo ético y lo jurídico). La necesidad física se refiere a una imposibilidad fáctica, de que se produzcan los hechos contrarios. La necesidad lógica se refiere a la imposibilidad de que sea válido o verdadero lo contradictorio. En cambio, la necesidad deóntica se refiere a la necesaria conexión de la conducta con la obtención del fin.

En la comprensión intelectual que guía la voluntad del legislador es así. Sin embargo, anotemos dos observaciones. La primera es que el legislador podría estar equivocado y la conducta prescrita no resultar adecuada para lograr el fin. La segunda, y más fuerte, es que la norma una vez promulgada se desprende de la psicología del legislador, entonces la conexión más relevante entre *D* y *F* es la que *objetivamente* existe; ésta es la que puede captar y entender quien analiza la

norma. La comprensión del legislador, su intención, podrá servir en este análisis secundariamente, lo decisivo es la conexión objetiva más que la “intención del legislador”¹³.

La conducta prescrita recibe la calidad del fin al que se dirige. Su formalidad, es decir aquello que la define, pertenece a la misma formalidad del fin. En la norma jurídica el fin (*para F*) es siempre lo justo; por ello la conducta “derecho” (*D*) es lo justo en cuanto resulta el modo de realizar ese fin. Su carácter deóntico, lo debido, surge de la conexión necesaria imprescindible con el fin, sea por su propia naturaleza o sea porque así lo seleccionó el legislador de entre varias posibles conductas pertinentes al fin. Esa conexión es lo que funda la deonticidad, y hace inteligible y racional la norma.

La necesidad deóntica se da en el ámbito de la libertad humana: tal conducta (el objeto) *debe* obrarse, pero puede o no obrarse (porque es “debida” decimos que puede o no “cumplirse”); la determinación operativa no se realiza inexorablemente, sino que es mediada por la libre decisión de la voluntad del sujeto agente, que es deudor de esa conducta para el sujeto término y el Bien Común.

Respecto a la voluntad libre del sujeto la conducta “debida” es “imperada”: la necesidad deóntica es el requerimiento que procede de la integridad del sujeto término (a quien le pertenece la conducta como a su destinatario) al sujeto agente en razón de los respectivos títulos. El imperativo como modo propio de lo debido se distingue de la descripción y de la propuesta en cuanto no es algo que se dé por sí, sino por la voluntad libre y en cuanto no es algo aleatorio, sino integrante de la perfección del término y correspondiente al sujeto como ejecutor en razón de un título suyo.

La existencia de deberes *jurídicos* (propia y talmente) pertenece a la especificidad de su contenido: lo justo. No se trata de exigir el cumplimiento de lo preceptuado bajo otras formalidades (lo honesto moral, lo correcto en el trato social, etc.), sino que constituyen su ámbito propio en el objeto de la justicia. La especificidad jurídica está en la vinculación del sujeto agente a tener que obrar la conducta justa exterior, según la medida del título del término y en razón de su título de deudor. Que este deber sea incluido en un deber moral no lo disuelve en su propia consistencia jurídica.

La segunda parte de la fórmula lógica que proponemos (la *perinorma*) es introducida por la adversativa (*pero*), y contiene la sanción punitiva. Una consecuencia del deber jurídico que pone de manifiesto su especificidad es la *coactividad* del derecho. En razón de la necesidad de integridad del término se presiona la voluntad del sujeto con la posible sanción (coacción psicológica) y en algunos casos se llega a suplantarla por la de otro sujeto en la coacción física (v.gr. en el embargo y secuestro de bienes) o por la voluntad del legislador o el juez en la coacción jurídica pura (v. gr. en la nulidad de los actos). La sanción también busca impedir fácticamente la realización de nuevos ilícitos, y siempre envía un mensaje a la to-

alidad de la sociedad. Pero la coactividad es una *propiedad* del derecho-conducta, no se identifica con ella. Ordinariamente la vida social alcanza sus fines sin intervención de la sanción, la mayor parte de la vida jurídica se realiza sin que operen sanciones. Cuando entran en acción las sanciones es porque la normalidad jurídica no se está realizando en su primera y buscada instancia (la *endonorma*). Si se generaliza esta necesidad es porque la sociedad está distorsionada en sus relaciones jurídicas y, por supuesto, en sus actitudes morales.

Por ello la introducción de la parte prescriptiva de la sanción con la conjunción adversativa señala su carácter secundario y mantiene la sanción en su conexión lógica al servicio de la obtención del fin de la norma. En la primacía del fin, la jerarquía de los deberes jurídicos y de las sanciones a su incumplimiento es la proyección de la jerarquía de los fines normativos dentro del Bien Común, es decir de su rango de politicidad (según la realidad objetiva o según el discernimiento de la autoridad de la que emana la norma).

Como bien dice Sergio Cotta, la obligatoriedad del acto humano posible, elegido por el legislador entre los posibles, es el trasfondo de posibilidad (“*il trascendentale*”, dice Cotta) de la transgresión¹⁴. Si no hubiera normas no habría transgresión. Para que la transgresión sea vista como tal, y no domine en las relaciones sociales, la fórmula adversativa incluye la sanción. Así como la primacía de la conducta se garantiza en la costumbre de su cumplimiento real, así el papel de la sanción se respalda en la efectiva disposición del poder coactivo por la autoridad. Pero ambos se respaldan en la expectativa de justicia, es decir, de que lo dispuesto es pertinente para el fin último del Bien Común.

Ciertamente el Bien Común es más amplio que las relaciones de justicia, es más amplio que lo jurídico. En este sentido debemos reconocer que lo jurídico aporta al Bien Común, está totalmente dirigido como integrante suyo, pero que éste lo excede. El bien jurídico en la sociedad es el bien o integridad que depende de conductas que deben ser realizadas. Es un bien, la integridad, que depende de otros, que solo puede lograrse *en y por* la interacción con otros. Pero la real verificación del bien, la real integración del sujeto término, en muchos casos está dependiendo también de otros factores, de modo que, aunque se cumpla lo debido jurídicamente, por alguna otra razón es posible que se frustre la integración del término (sin que deba operar la sanción por no tratarse de un incumplimiento del agente obligado, porque el alcance de su deber está definido por el respectivo título).

5 LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Todo lo que dijimos sobre la norma jurídica necesita todavía prestar atención a un desarrollo realizado en el pasado siglo XX y que resulta actualmente una

adquisición importantísima.

La crítica a la pretensión normativista de completitud, sistematicidad y clausura, según la tradición exegética francesa y la pureza kelseniana, ha sido abundantemente desarrollada en el último siglo, precisamente, por imperio del reclamo práctico de la experiencia jurídica. Sin abandonar el cuidado y la búsqueda de una coherencia interna, que otorga cierta sistematicidad, se ha advertido el carácter problemático de la realidad jurídica que permanentemente abre todo lo legislado a nuevos desafíos, y reclama ser resuelto desde una argumentación jurídica, consistente, pero superadora de lo ya establecido por las normas que ha producido el legislador¹⁵.

Estos desarrollos han llevado a la distinción entre *reglas* y *principios* dentro del universo normativo jurídico. Las primeras son la materia del legislador ordinario (leyes, decretos, resoluciones). Los segundos tienen un rango superior de generalidad, en tensión a la universalidad. El Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya establece la aplicación de “*los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas*” (art. 38); también los códigos internos de numerosos países hacen mención a esta categoría normativa.

En efecto, la vida jurídica occidental desde la segunda mitad del siglo XX ha ganado un reconocimiento operativo de las constituciones y ha generado abundantes normas en los tratados y declaraciones internacionales, reconociéndoles también carácter obligante (*ius cogens*). Estas ampliaciones dan un horizonte de interpretación y de resolución de casos, así como de elaboración y reforma de las reglas, desde una posición suprageneral y tendiente a la universalidad.

Si nosotros recuperamos la etimología de la palabra principio (*principium*, aquello primero en el orden temporal y/o causal), descubrimos su semántica como “*aquello de lo cual algo proviene en algún sentido*”. Así estas normas superiores, de rango constitucional e internacional-convencional, constituyen principios jurídicos, en cuanto son el punto de partida de donde se derivan procesos de argumentación jurídica en sede legislativa y judicial, respectivamente. También la práctica forense suele recurrir en la interpretación de todo tipo de normas a enunciados del derecho romano que tienen un nivel de suprageneralidad y tensión de universalidad. Estas normas superiores se reconocen históricamente a partir de problemas y de modo más o menos difícil o controvertido, no surgen por un acto institucional.

Podemos caracterizar, entonces, los *principios jurídicos* como normas jurídicas que presentan los siguientes descriptores: a) su formulación es universalista, no incluye excepciones, pero su aplicación es prudencialista; b) marcan una dirección para la acción, reclamando una tarea argumentativa de discernimiento en las circunstancias; c) hay jerarquía entre los principios, pero no exclusión sino complementación entre ellos; d) los destinatarios de su imperativo son principalmente los órganos de gobierno, pero también los ciudadanos; e) su contenido expresa el

mínimo indispensable y de allí, en coherencia con él, la dirección de optimización; f) su reconocimiento como tales surge más de su contenido que de la forma procesal de su formulación, incluso pueden prescindir de los pasos formales-procesales de reconocimiento; g) constituyen un elenco abierto en su contenido; h) por su propio contenido se entiende que no es posible su derogación, aunque pueden ser violados en la práctica y hasta olvidados por una sociedad, pero siempre pueden ser redescubiertos; i) por estas características son fácilmente conmensurables con exigencia morales objetivas.

Por su carácter de *principios*, les pertenece estar siempre presentes (de modo explícito o implícito) en todas las argumentaciones jurídicas. El sentido y la fórmula lógica de los principios no son distintos de los de las normas jurídicas, según lo que llevamos expuesto. Están dirigidos a la producción de conductas tenidas como justas y debidas.

Veamos dónde radica su especificidad. Mientras en las *reglas* el notador *H* indica la situación de *una* relación social (históricamente contextualizada) a comprender, interpretar y valorar según los títulos jurídicos de los sujetos agente (*A*) y término (*T*), en los *principios* el notador *H* es *toda* situación y siempre. En la articulación jerárquica entre reglas y principios, será tarea de la lógica argumentativa encontrar de qué manera tanto *F* como *D*, en su conexión deóntica en el seno de la regla, se incluyen, de manera adecuada a las circunstancias, en los contenidos de los notadores de los principios.

El punto de partida o primer principio es que la vida social es para el Bien Común, de manera que éste aparece como el notador *F* de toda la vida social. En el contenido del Bien Común encontramos lo justo, de manera que lo justo es el primer contenido del notador *F* en la vida jurídica. Por ello el primer *principio jurídico* se puede formular del siguiente modo:

*para F (= Bien Común) dado H (= toda situación) debe ser D
ad Bonum Commune in omnibus semper reddatur ius*

Esta fórmula puede enunciarse como que *lo justo debe obrarse siempre*. A partir de allí, esta noción amplísima y universal de *D* adquiere la función del notador *F* y según las situaciones, universales de los principios o generales de las reglas, explicitará su contenido de *D*, según la fórmula que hemos presentado antes. El ya mencionado von Ihering titulaba su obra expresando “el Fin es el creador de todo derecho”; ese principio generador de las determinaciones contenidas en *D* es siempre ya un contenido de justicia. A su vez el contenido *D* de una norma superior podrá servir de *F* en una norma de rango inferior.

Nos parece que este modo de vinculación refleja el modo real de funcionar el sistema normativo en su complejidad, una complejidad que no abandona la lógica racional.

NOTAS

1. Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. XCVI a. 2: “*lex ponitur ut quaedam regula vel mensura humanorum actuum*”.
2. Los romanos expresaban este principio general del derecho: “*impossibilium nulla obligatio*” (no hay obligación de lo imposible), también “*ad impossibilia nemo tenetur*” (nadie está obligado a lo imposible).
3. Cfr. *Digesto*, Lib. I. tit. IV leg. 2 *In rebus novis*: “*in rebus novis constituendis, evidens debet esse utilitas, ut recedatur ab eo iure quod diu aequum visum est*” (al establecer algo nuevo, su utilidad debe ser evidente, para que se abandone aquel derecho que por tanto tiempo pareció justo). También Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. 97 a. 2.
4. Cfr. M. Villey, *Philosophie du droit. Vol. I Définitions et fins du droit*, Dalloz, Paris 1978, pp.71-76; *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris 1962; también *Compendio de Filosofía del Derecho*, Eunsa, Pamplona 1979, pp. 84-90.
5. Cfr. C. Cossio, *Teoría egológica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1964.
6. H. Kelsen *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien 1960, # 16 (ed. española trad. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, n. 16, pp. 84-85).
7. Cfr. *Ibidem*, # 16-18 (trad. esp. n. 16-18, pp. 84-96).
8. En una obra póstuma Kelsen se rectificó y reconoció que el objeto de la norma es el comportamiento humano que ella establece como justo, y está prescrito en la *norma primaria* (que suele estar tácita); por tanto, amplió el universo de los destinatarios del mandato normativo (no ya sólo los funcionarios que deben aplicar las sanciones, sino todos los que deben actuar las conductas prescritas en la norma primaria). Lo que en el primer Kelsen era la *norma secundaria* calificada como inexistente, en el último Kelsen es la *norma primaria* y principal. En su giro radical Kelsen le criticó a Cossio que no reconociera que esas conductas pertenecen al mundo real de los demás hechos causados de alguna manera, cfr. H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der normen*, Manz, Wien 1979 (ed. esp. trad. H.C. Delory Jacobs, *Teoría general de las normas*, Trillas, México 1994, pp. 99-105, 148-149, 283-284).
9. Cfr. A.J. Aristegui, *Oposiciones fundamentales a la teoría egológica del derecho*, Platen-se, La Plata 1967, pp. 154-162.
10. Cfr. J.A. Casaubón y otros, *Introducción al Derecho*, Ariel, Buenos Aires 1981, vol. 3, pp.62-67. En su citada obra póstuma, Kelsen mantuvo su oposición a admitir una consideración teleológica y cognitivista en el derecho, cfr. *op. cit.*, pp. 27-29.
11. Cfr. R. von Ihering, *Der Zweck im Recht* (trad. esp. D. Abad de Santillán, *El fin en el derecho*, Comares, Granada 2000).
12. Tomás de Aquino, reconociendo que lo necesario es lo que no puede ser de otro modo, indica que hay tres modos de necesidad: a) por la eficiencia de una causa externa violenta, b) por razón de lograr el fin que es el bien de una cosa, c) por la propia constitución intrínseca, cfr. *In XII Metaphysicorum* l. VII (ed. Cathala-Spiazzi n. 2532), Marietti, Roma 1965, p. 592. En otra obra, desglosa que a) y c) pertenecen a la necesidad *absoluta* de las causas eficiente, material y formal; en cambio b) pertenece a la necesidad *condicionada*, por cuanto está constituida por algo que se realiza luego, es

- decir el fin al que tiende y en razón del cual debe obrarse, cfr. *In II Physicorum* l. XV (ed. Maggiòlo n. 270), Marietti, Roma 1954, pp. 133-134.
13. Esta observación nos parece que es la más sólida para fundar una hermenéutica jurídica que puede encontrar valoraciones de una norma que sean divergentes de las del legislador y sus intenciones, sobre todo cuando han mutado las condiciones y los hechos (*H*) tienen *objetivamente* otro significado.
 14. Cfr. S. Cotta, *Prospettive di Filosofia del Diritto*, Giappichelli, Torino 1979, pp. 186-193.
 15. Son clásicos de estos desarrollos J. Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona 1961; K. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona 1994; R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona 1994; R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona 1984.

© 2019 Julio Raúl Méndez & Forum. Supplement to Acta Philosophica



Quest'opera è distribuita con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

[Testo completo della licenza](#)