

RICCARDO GUASTINI

Las fuentes del derecho

Fundamentos teóricos

Traducción

César E. MORENO MORE
Luis CÁRDENAS RODRÍGUEZ



LAS FUENTES DEL DERECHO – FUNDAMENTOS TEÓRICOS
Riccardo GUASTINI

El presente libro constituye la traducción del libro
Le fonti del diritto – Fondamenti teorici. Milán: Giuffrè, 2010.

Primera edición, octubre de 2015
Lima – Perú

© Riccardo GUASTINI
© Editorial Científica Peruana S.A.C.
Raguel ediciones®

Avenida Jorge Chávez 421, dpto. 802, Miraflores, Lima
www.raguel.pe
informes@raguel.pe

Todos los derechos reservados

Diseño de la cubierta: Rogonal
Corrección: Luis Rodríguez Ordóñez
Diagramación: Henry Marquezado Negrini
ISBN: 978-612-46941-4-1
Depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-10318
Proyecto editorial N° 31501221500833
Tiraje: 1000 ejemplares
Impreso en el Perú

INTRODUCCIÓN

LAS DOS CARAS DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA ANALÍTICA*

1. Introducción a la filosofía jurídica analítica

Este libro es un ejercicio de filosofía jurídica analítica (FJA, para abreviar).

La FJA, como yo la veo, descansa en dos terrenos principales: una tesis metafilosófica y una tesis jurídica ontológica.

(1) La tesis metafilosófica, generalmente compartida dentro de la filosofía empírica contemporánea (iniciada por Gottlob FREGE y Bertrand RUSSELL), no es esa filosofía peculiar de conocimiento del mundo con su propio método y/o objeto especial, sino nada más que el análisis lógico del lenguaje.¹

* Traducción de José Claudio Mejía Rashta.

¹ Arthur PAP. *Elements of Analytic Philosophy*, p. 1: «la filosofía no puede ser plausiblemente definida en términos de un *objeto*. Las ciencias particulares están aptas a tal definición: una ciencia es esencialmente de algo. [...] La filosofía no tiene un *objeto* específico en este sentido, y por lo tanto no puede ser enlistada junto con las ciencias convencionalmente reconocidas – solo una ciencia más. Si por un “objeto” nos referimos a una clase de fenómeno concreto, la filosofía no tiene “objeto”. Sin embargo, el término objeto podría ser usado en un sentido

Este punto de vista fue expresado de la forma más nítida posible por Ludwig WITTGENSTEIN en su *Tractatus Logico-Philosophicus*:

4.0031. Toda filosofía es “crítica del lenguaje” [...] 4.111. La filosofía no es una de las ciencias naturales. (La palabra “filosofía” debe significar algo que esté sobre o bajo, pero no junto a las ciencias naturales.) 4.112 El objeto de la filosofía es el esclarecimiento lógico de los pensamientos. Filosofía no es una teoría sino una actividad. Un trabajo filosófico consiste esencialmente en elucidaciones. El resultado de la filosofía no es una serie de “proposiciones filosóficas”, sino hacer claras las proposiciones. La filosofía debe aclarar y delimitar con precisión los pensamientos que de otro modo son, por así decirlo, opacos y confusos.²

Este mismo punto de vista fue expresamente aplicado a la filosofía jurídica por Alf ROSS:

La filosofía moderna basada en una perspectiva empírica [...] toma el punto de vista general de que la filosofía no tiene un objeto de alcance específico, ya sea coordinada con o distinta de las diversas ciencias. La filosofía no es deducción a partir de principios de la razón por la que una realidad distinta y superior a la de los sentidos es revelada a nosotros. Tampoco la filosofía es una extensión de las ciencias diseñada para descubrir los componentes últimos de la realidad. No es ninguna teoría en absoluto sino un método. Este método es el análisis lógico.³

(2) La asunción jurídico-ontológica, a su turno, fue claramente fijada por Norberto BOBBIO en un ensayo seminal en la ciencia jurídica y el análisis lingüístico, publicado en 1950. Según BOBBIO, el derecho es un lenguaje (particular) y nada más; es decir, el discurso de –el conjunto de enunciados normativos promulgados por– las autoridades legislativas.⁴ Desde este punto de vista, las normas legales no son más que entidades lingüísticas:

más amplio de “objeto de pensamiento” [...]. En ese sentido [...] el objeto de la filosofía puede ser definido como los conceptos, métodos y supuestos a ser encontrados en *cualquier* ciencia».

² Ludwig von WITTGENSTEIN. *Tractatus Logico-Philosophicus*, pp. 39, 44.

³ Alf ROSS. *On Law and Justice*, p. 25. Cfr. también Giovanni TARELLO. «Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche». In *Rivista critica di storia della filosofia*.

⁴ Cfr. también Uberto SCARPELLI. «Filosofia analitica e giurisprudenza». In *Filosofia analitica del diritto* (ed.: Anna Pintore).

El objeto de la filosofía del derecho es un conjunto de reglas de conducta. [...] Tales reglas son expresadas por [...] enunciados normativos. [...] Los juristas no observan fenómenos como científicos empíricos. [...] La filosofía del derecho no es una ciencia empírica [...]. Su objeto [...] es el contenido específico de un lenguaje dado (el lenguaje del legislador, el lenguaje de las leyes). [...] La crítica común y parte necesaria de cualquier ciencia es el llamado *análisis del lenguaje*. Ahora bien, la filosofía del derecho es esencialmente análisis del lenguaje, es decir, de ese lenguaje peculiar el cual consiste en los enunciados normativos formulados por el legislador. [...] La interpretación de la ley no es más que el análisis del lenguaje del legislador, por ejemplo, el lenguaje en el que las normas legales están expresadas.⁵

Vale la pena señalar, sin embargo, que en la práctica legal, el lenguaje del legislador se encuentra en una continua relación osmótica con el lenguaje de los estudiosos del derecho, en su mayoría jueces y juristas.⁶

La combinación de estas dos tesis implica la idea de que la filosofía jurídica no es más que el análisis del lenguaje «jurídico», entendido como el lenguaje tanto de legisladores como de juristas.

2. Derecho, jurisprudencia y filosofía jurídica

En mi opinión, hay dos formas básicas de practicar la FJA. Un recurso bueno y simple para representarlas es señalar las relaciones de la FJA con:

- (a) por un lado, el propio derecho y sus fuentes, esto es, el discurso del legislador (reglamentos, constituciones, estatutos, etc.);
- (b) de otro lado, la jurisprudencia, entendida en este contexto, de acuerdo al significado original de la palabra, como «prudencia

⁵ Norberto BOBBIO. «Scienza del diritto e analisi del linguaggio» In *Saggi sulla scienza giuridica*, pp. 13, 15 ss.). La traducción aproximada del extracto es mía.

⁶ Cfr. Riccardo GUASTINI. «*Juristenrecht*. Inventing Rights, Obligations, and Powers». In Jordi Ferrer Beltrán; José Juan Moreso; Diego Martín Papayannis (ed.). *Neutrality and Theory of Law*.

juris», esto es, el discurso de los juristas y los jueces (trabajos académicos, decisiones judiciales).

La pregunta acerca de las relaciones entre derecho, jurisprudencia y la FJA permite dos respuestas interesantes, a las que corresponden dos diferentes –complementarias, para nada incompatibles– formas de concebir y dedicarse a la FJA.

(i) En primer lugar, la FJA puede ser concebida como un taller conceptual, esto es, como concepto de construcción.

(ii) En segundo lugar, tomando prestado un término de BOBBIO, puede ser concebida como «metajurisprudencia»;⁷ esto es, como el análisis lógico del discurso jurisprudencial.

En ambos casos, la FJA es un trabajo para juristas expertos, y juristas solamente.

3. Filosofía jurídica analítica como un taller conceptual

La primera respuesta adecuada a la pregunta acerca de las relaciones entre derecho, jurisprudencia y la FJA se ve así:

(i) La jurisprudencia es un trabajo interpretativo (y «constructivo») que responde cuestiones del derecho: ¿Qué establece el derecho? ¿Cuál es el contenido normativo del sistema jurídico?

(ii) La FJA, a su turno, es una empresa pura y principalmente conceptual que no responde, en absoluto, cuestiones del derecho, sino apunta a la solución de problemas de formulación y organización del conocimiento.

Asumo que alguna aclaración adicional es necesaria.

Al decir que la FJA es una empresa puramente conceptual, lo que quiero decir es que esta consiste en moldear no el derecho mismo –como los juristas suelen hacer mediante interpretación y construcción– sino

⁷ Cfr. Norberto BOBBIO. «Essere e dover essere nella scienza giuridica». In *Studi per una teoria generale del diritto*.

los conceptos adecuados para describir el derecho en contextos de «jurisprudencia expositiva».⁸

Cualquier solución diferente a un problema jurisprudencial (judicial o dogmático) afecta el contenido del sistema jurídico, ya que un problema jurisprudencial consiste precisamente en la identificación de las reglas válidas del sistema y/o de su alcance. De esta manera, la elección de una determinada tesis jurisprudencial trae consigo una determinada imagen del sistema, mientras que la elección de una tesis contraria produce una imagen diferente.

Un ejemplo sencillo puede ayudar a clarificar el punto. Desde (y al menos) el libro de John AUSTIN, *Province of Jurisprudence*, los juristas se preguntan si el llamado «derecho internacional» es un genuino sistema «jurídico» o algún tipo de moral positiva (como AUSTIN afirmó). La pregunta es meramente clasificadora: ¿Deberíamos incluir el orden internacional en la clase de sistemas jurídicos, lado a lado con los sistemas de los estados nacionales (a pesar de las diferencias evidentes) o en la clase de los sistemas morales? Parece claro que ninguna de las dos posibles respuestas duda del contenido normativo del orden internacional.⁹ Ninguna de las tesis en competencia dice algo sobre este tema. No es el contenido del orden internacional, sino el concepto de derecho, lo que está en discusión.¹⁰

Resumiendo, ofrecer diferentes soluciones a un problema jurídico-filosófico no tiene relación con la identificación del contenido del sistema jurídico, la cual *ex hypothesi* no es la cuestión en la que la

⁸ Cfr. Jeremy BENTHAM. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (eds.: J. H. Burns y H. L. A. Hart), pp. 293 ss.

⁹ Sin embargo, con miras a mantener la genuina naturaleza jurídica del derecho internacional, KELSEN (*General Theory of Law and State*, pp. 328 ss.) argumenta precisamente de su contenido. De acuerdo con él, las reglas internacionales son genuinamente reglas *legales* dado que ellas también conectan las sanciones (a saber: la guerra y las represalias) a los delitos, al igual que lo hacen los sistemas jurídicos estatales.

¹⁰ Cfr. Glanville L. WILLIAMS. «International Law and the Controversy Concerning the Word Law». In P. Laslett (ed.). *Philosophy, Politics and Society*.

filosofía del derecho está interesada. Las tesis jurídico-filosóficas solo afectan nuestra forma de describir el derecho.

El trabajo conceptual de la FJA es desarrollar lo que suele llamarse «teoría general del derecho».¹¹

4. Filosofía jurídica analítica como análisis metajurisprudencial

La segunda respuesta adecuada a la pregunta acerca de la relación entre derecho, jurisprudencia y la FJA corre así: el derecho, la jurisprudencia y la FJA están ubicadas en tres niveles diferentes del lenguaje.

(a) El derecho no es más que el lenguaje de la autoridad legislativa, esto es, un conjunto de textos normativos (enunciados que expresan reglas).

(b) La jurisprudencia consiste en el análisis del lenguaje del derecho, esto es, un discurso en un lenguaje de segundo orden cuyo objeto-lenguaje es el derecho.

(c) La FJA, a su turno, consiste en el análisis de la jurisprudencia, esto es, un discurso en un lenguaje de tercer orden cuyo objeto-lenguaje es el discurso jurisprudencial.

En otras palabras, la tarea jurisprudencial consiste en interpretar y construir el discurso del legislador, mientras que la tarea de la FJA consiste en analizar el discurso jurisprudencial. En ese sentido, la FJA no es más que metajurisprudencia: un estudio del razonamiento y de las operaciones prácticas realizados por los juristas y jueces.

Entendida de esta manera, la FJA es una rama de la filosofía de la ciencia (aunque la jurisprudencia es una «ciencia» muy peculiar).

Citando a ROSS:

La filosofía es la lógica de la ciencia, y su objeto es el lenguaje de la ciencia. Y así se deduce que [la filosofía jurídica] no tiene un objeto específico, coordinado con y distinto del de la “ciencia del derecho” –el estudio del

¹¹ «General jurisprudence», en el lenguaje de AUSTIN. *The Province of Jurisprudence Determined* (ed.: H. L. A. Hart).

derecho— en sus distintas ramificaciones. La relación [de la filosofía jurídica] con la ciencia del derecho es refleja, volviéndose hacia su aparato lógico, en particular; al aparato de conceptos, con miras a hacerlo objeto de un análisis lógico más detallado del que le está dado en los diversos estudios jurídicos especializados. El filósofo jurídico [...] dedica sus investigaciones a lo que a menudo constituyen premisas que el jurista da por sentadas. [...] El objeto [de la filosofía jurídica] no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de este, sino la ciencia del derecho. [La filosofía jurídica] reside, por así decirlo, un piso más arriba que la ciencia del derecho y la “mira hacia abajo”.¹²

El resultado principal de la FJA, entendida de esta manera, es la teoría de la interpretación y el razonamiento jurídico.

5. Bibliografía

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined* [1832] (ed.: H. L. A. Hart). Londres: Weidenfeld & Nicolson, 1954.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (eds.: J. H. Burns y H. L.A. Hart). Oxford: Clarendon Press, 1996.

BOBBIO, Norberto. «Scienza del diritto e analisi del linguaggio» [1950], reimpresso en Norberto Bobbio. *Saggi sulla scienza giuridica* (con una introducción de Riccardo Guastini). Turín: Giappichelli, 2011.

_____. «Essere e dover essere nella scienza giuridica» [1967], reimpresso en Noberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto* (con una introducción de Riccardo Guastini). Turín: Giappichelli, 2012.

GUASTINI, Riccardo. «*Juristenrecht*. Inventing Rights, Obligations, and Powers». In Jordi Ferrer Beltrán; José Juan Moreso; Diego Martín Papayannis (ed.), *Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer, 2013.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945.

¹² Alf Ross. *On Law and Justice*, pp. 25 ss.). Ross llama «*jurisprudence*» lo que en el presente trabajo llamo «filosofía jurídica». En las citas siguientes he reemplazado «*jurisprudence*» por «filosofía jurídica».

INTRODUCCIÓN

- PAP, Arthur. *Elements of Analytic Philosophy* [1949], reimpresión. New York: Hafner Publishing Co., 1972.
- ROSS, Alf. *On Law and Justice*. Londres: Stevens & Sons, 1958.
- SCARPELLI, Uberto. «Filosofía analítica e jurisprudencia» [1953], reimpreso en Uberto Scarpelli. *Filosofía analítica del derecho* (ed.: Anna Pintore). Pisa: ETS, 2014.
- TARELLO, Giovanni. «Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche». In *Rivista critica di storia della filosofia*, I, 1970, pp. 109-112.
- VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norm and Action. A Logical Enquiry*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1963.
- WILLIAMS, Glanville L. «International Law and the Controversy Concerning the Word Law» [1945], reimpreso en Peter Laslett (ed.). *Philosophy, Politics and Society*. Blackwell, Oxford, 1956.
- WITTGENSTEIN, Ludwig von. *Tractatus Logico-Philosophicus* (con una introducción de Bertrand Russell). Londres: Kegan Paul, Harcourt: New York, 1922.

ABREVIATURAS

Cod. Civ. it.	Código Civil italiano
Cod. Nav. it.	Código de la Navegación italiano
Cod. Pen. it.	Código Penal italiano
Cod. Proc. Civ. it.	Código de Procedimiento Civil italiano
Cod. Pen. it.	Código Penal italiano
Corte Const. it.	Corte Constitucional italiano
Const. it.	Constitución de la República italiana
Disp. Prel. Cod. Civ. it.	Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano
Ley const.	Ley de revisión constitucional

ÍNDICE

Introducción: Las dos caras de la filosofía jurídica analítica.....	7
Abreviaturas	15

PRIMERA PARTE NORMAS

CAPÍTULO I LENGUAJE NORMATIVO

1. El derecho como discurso	35
2. Sintaxis del lenguaje prescriptivo	37
3. Pragmática del lenguaje prescriptivo.....	38
4. Semántica del lenguaje prescriptivo	40
5. El derecho como discurso prescriptivo	43

CAPÍTULO II NORMAS

1. «Norma jurídica» en el uso común.....	47
2. La norma como prescripción.....	48
3. La norma como prescripción de estructura condicional.....	50
4. La norma como prescripción general.....	52
5. La norma como prescripción abstracta	53
6. Disponer vs. proveer.....	55

ÍNDICE

CAPÍTULO III VARIEDAD DE NORMAS

1. Normas en sentido genérico	61
2. Fragmentos de normas	63
3. Normas constitutivas	64
4. Metanormas	65
5. Normas primarias y normas secundarias	66
6. Normas formuladas y normas inexpressas	67

CAPÍTULO IV NORMAS SOBRE LA PRODUCCIÓN JURÍDICA

1. El derecho regula su propia creación	71
2. Normas formales sobre la producción	73
3. Normas materiales sobre la producción	76

CAPÍTULO V NORMAS Y DISPOSICIONES

1. Dos acepciones de «norma»: el enunciado y su significado	85
2. Disposiciones que expresan varias normas	87
3. Disposiciones ambiguas	88
4. Disposiciones sinónimas	89
5. Disposiciones sin normas	90
6. Normas carentes de disposición	91

SEGUNDA PARTE FUENTES

CAPÍTULO VI CONCEPTOS DE FUENTE

1. Dos conceptos de fuente	99
2. El concepto material de fuente	100
3. El concepto formal de fuente	102
4. Una actitud ecléctica	104

ÍNDICE

CAPÍTULO VII FUENTES LEGALES

1. El concepto de fuente legal.....	109
2. Implicancias	110
3. Precisiones	112
4. La cuestión de la relevancia jurídica de la identificación de las fuentes.....	114
5. A propósito de las disposiciones «sobre la ley en general»	118

CAPÍTULO VIII FUENTES ORIGINARIAS

1. Normas originarias y normas derivadas.....	123
2. Fundamentación de normas	124
3. Fuentes originarias y fuentes derivadas.....	126
4. Criterios de pertenencia al ordenamiento.....	126
5. La efectividad de las normas constitucionales de competencia	127

CAPÍTULO XI ACTOS Y HECHOS NORMATIVOS

1. Una distinción sugestiva	131
2. Actos, procedimientos y documentos normativos.....	133
3. Hecho normativo	134
4. La costumbre (apuntes).....	136
5. Fuentes «legales» y fuentes «extra ordinem»	140
6. El principio de efectividad.....	141

CAPÍTULO X LAS FUENTES DE COGNICIÓN

1. Cognoscibilidad y entrada en vigencia de los documentos normativos	145
2. Fuentes de producción vs. fuentes de cognición.....	147
3. Una distinción problemática	148
4. La presunción de conocimiento de la ley (penal)	149

ÍNDICE

5. Las recopilaciones de usos.....	153
6. Sobre la interpretación de la costumbre.....	154

TERCERA PARTE

LEY

CAPÍTULO XI

CONCEPTOS DE FUENTE

1. Variedad de usos del término «ley».....	161
2. «Ley» en sentido genérico.....	162
3. La ley como fuente primaria y suprema	163
4. «Ley» en sentido formal y en sentido material	165
5. La concepción «dualista» de la ley.....	167
6. El principio de legalidad	170
7. «Ley» en el lenguaje de la Constitución vigente (apuntes)	175
8. El declive de la ley (en el ordenamiento vigente)	177

CAPÍTULO XII

«FUNCIÓN LEGISLATIVA» Y «FUERZA DE LEY»

(EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE)

1. «Función legislativa».....	183
2. «Fuerza de ley»	185
3. El régimen constitucional de la ley	188

CAPÍTULO XIII

ANOMALÍAS DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA.

(1) LEYES NO NORMATIVAS

1. Leyes meramente formales	195
2. Leyes no normativas previstas en la Constitución	197
3. ¿Ilegitimidad constitucional de las leyes singulares y de las leyes- proveimiento?	199

ÍNDICE

CAPÍTULO XIV ANOMALÍAS DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA. (2) LEYES ATÍPICAS Y REFORZADAS

1. «Ley atípica»	207
2. Variedad de leyes atípicas	208
3. Leyes «reforzadas»	211

CAPÍTULO XV RESERVA DE LEY

1. Introducción: metanormas, normas de reenvío, normas de reserva	217
2. Reenvíos a la «ley».....	220
3. La función política de la reserva de ley	223
4. Reservas de ley y jerarquía material de las fuentes.....	225
5. Reserva «absoluta» y reserva «relativa»	228
6. Reserva de ley y actos con fuerza de ley	231
7. Reserva de ley formal	235

CAPÍTULO XVI INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

1. Leyes interpretativas	239
2. ¿En qué sentido «auténtica»?	241
3. El pretendido carácter «declarativo» de la interpretación auténtica.	243
4. ¿La interpretación auténtica es una interpretación genuina?	245
5. Problemas de identificación	246
6. Pros y contras.....	247

CUARTA PARTE CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO XVII CONSTITUCIÓN: CONCEPTOS Y CONCEPCIONES

1. Cuatro usos del término «Constitución»	257
2. Intermedio: Constitución «formal» y Constitución «material»	259

ÍNDICE

3. La Constitución como «régimen político»	260
4. La Constitución como conjunto de normas sobre la «forma del Estado»	262
5. Intermedio: materia constitucional y normas materialmente constitucionales	263
6. La Constitución como «código» de la materia constitucional	263
7. La Constitución como límite al poder político	265
8. Tipos de normas constitucionales	267
9. Dos técnicas de limitación del poder	269
10. Dos modelos de Constitución	270
11. La Constitución como fuente del derecho	272
12. Las costumbres constitucionales (apuntes)	274
13. Las convenciones constitucionales (apuntes)	277

CAPÍTULO XVIII

TIPOLOGÍA DE LAS CONSTITUCIONES

1. Variedad de clasificaciones	283
2. Las formas de revisión constitucional	285
3. El carácter cuantitativo de la rigidez	288
4. Constituciones garantizadas	289
5. Tres tipos de garantía	292
6. Control «a priori» vs. control «a posteriori»	293
7. Control concentrado vs. control difuso	295
8. Justicia constitucional y Estado de derecho.....	296
9. Justicia constitucional y división de poderes.....	297
10. Justicia constitucional y democracia	300
11. La justicia constitucional entre jurisdicción y legislación	301

CAPÍTULO XIX

PODER CONSTITUYENTE

1. Poderes constituidos y poder constituyente	305
2. Dos concepciones del poder constituyente	307

ÍNDICE

CAPÍTULO XX LOS INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN

1. Introducción.....	313
2. La estructura de la Constitución.....	315
3. La garantía jurisdiccional de la Constitución	315
4. La concepción de la Constitución	318

CAPÍTULO XXI EN MATERIA DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

1. Introducción.....	323
2. Principios y reglas	324
3. Conceptos de principio	325
4. Una posible síntesis	331
5. Principios, interpretación, razonamiento jurídico.....	333
6. Aplicación de principios	334
7. Concretización	336
8. Subsunción.....	338
9. Conflictos de principios y ponderación	340
10. Análisis lógico de la ponderación	342
11. Otros usos de los principios constitucionales	345
12. Principios constitucionales y positivismo jurídico.....	346

CAPÍTULO XXII ALGUNAS CUESTIONES DE TEORÍA CONSTITUCIONAL

1. ¿Límites conceptuales a la revisión constitucional?	355
2. La revisión de la norma sobre el procedimiento de revisión	362
3. La revisión de las normas que prohíben la revisión.....	364
4. El valor jurídico de los preámbulos	367
5. ¿Declaración o creación de derechos?.....	368
6. Leyes antiguas, Constitución nueva	370

ÍNDICE

QUINTA PARTE JERARQUÍAS NORMATIVAS Y VALIDEZ

CAPÍTULO XXIII JERARQUÍAS NORMATIVAS

1. ¿Qué relaciones jerárquicas?	379
2. Teoría de las jerarquías normativas	381
3. Jerarquías normativas y validez.....	386
4. Intermedio: sobre el principio jerárquico	387
5. Sobre el concepto de metanorma.....	389
6. Aplicaciones. (I) ¿Autovínculos del legislador?	390
7. Aplicaciones. (II) El régimen jurídico de las leyes constitucionales en el derecho vigente	392

CAPÍTULO XXIV VALIDEZ, EXISTENCIA, EFICACIA

1. Validez	399
2. Validez formal y validez material.....	400
3. Existencia	401
4. Eficacia.....	403
5. Intermedio: la eficacia de las normas en el tiempo	405
6. Vicio.....	408
7. Invalidez.....	408
8. Inexistencia	410

CAPÍTULO XXV JUICIOS DE VALIDEZ

1. Todavía sobre la validez.....	415
2. Validez vs. existencia	416
3. Validez vs. obligatoriedad.....	418
4. Juicios de validez: la forma	421
5. Juicios de validez: el estatuto lógico	423

ÍNDICE

6. Juicios de validez: el objeto	426
7. Juicios de validez: los criterios.....	428

SEXTA PARTE DERECHO Y TIEMPO

CAPÍTULO XXVI EL TIEMPO DE LAS NORMAS

1. La dimensión temporal de las normas.....	435
2. El tiempo de la pertenencia.....	436
3. El tiempo de la vigencia.....	437
4. El tiempo de la validez.....	439
5. El tiempo de la aplicabilidad	440
6. El tiempo de la eficacia	442
7. Normas retroactivas, ultraactivas y transitorias.....	444
8. Retroactividad.....	445
9. Dos tipos de normas retroactivas	447
10. Tres enunciaciones del principio de irretroactividad.....	448
11. Apuntes sobre la sucesión en el tiempo de normas penales.....	450

CAPÍTULO XXVII ABROGACIÓN

1. Noción de abrogación	457
2. Abrogación expresa.....	459
3. Abrogación tácita	460
4. Abrogación de disposiciones vs. abrogación de normas	463
5. Naturaleza del efecto abrogativo	465
6. El principio de preferencia de la ley posterior.....	466
7. Límites a la aplicación del criterio cronológico	467
8. Dos usos del criterio cronológico.....	468
9. La abrogación innominada.....	470
10. Abrogación vs. derogación.....	471
11. Abrogación vs. anulación por ilegitimidad constitucional	472
12. La ilegitimidad constitucional de las leyes anteriores a la Constitución.....	475

ÍNDICE

CAPÍTULO XXVIII

DOS PROBLEMAS DE TEORÍA DE LA ABROGACIÓN

1. Primera cuestión: ¿Reviviscencia de normas abrogadas? 479
2. Cuatro hipótesis 481
3. Cuatro soluciones 483
4. Segunda cuestión: ¿ Puede una ley prohibir su propia abrogación? . 485

CAPÍTULO XXIX

ASPECTOS TEÓRICOS DEL REFERÉNDUM ABROGATIVO

1. Referéndum abrogador 493
2. El referéndum como fuente del derecho 494
3. Peculiaridades del referéndum en tanto fuente 496
4. Abrogación y manipulación 497
5. El objeto del referéndum: leyes, disposiciones, fragmentos de disposiciones 500

SÉTIMA PARTE

LAGUNAS, ANTINOMIAS Y JURISPRUDENCIA

CAPÍTULO XXX

LAGUNAS

1. Variedad de lagunas 509
2. Dogma de la plenitud y Estado de derecho 514
3. Fundamentación del dogma 516
4. Las lagunas como variables dependientes de la interpretación 523
5. Lagunas y técnicas interpretativas 525
6. Producir lagunas 527
7. Prevenir y/o combatir lagunas 529

CAPÍTULO XXXI

CONFLICTOS ENTRE NORMAS

1. Noción de antinomia 537
2. Tipos de antinomias 538

ÍNDICE

3. Antinomias e interpretación	541
4. Prevenir antinomias	542
5. Modos de solución de las antinomias	550

CAPÍTULO XXXII

DERECHO JURISPRUDENCIAL. (1) CUESTIONES DOGMÁTICAS

1. Un análisis preliminar	559
2. El derecho jurisprudencial en perspectiva dogmática	561
3. Peculiaridades de las sentencias constitucionales estimatorias.....	563
4. El objeto de las decisiones constitucionales: ¿disposiciones o normas?.....	566
5. El objeto de las sentencias estimatorias	568
6. Anulación de disposiciones y anulación de normas.....	571
7. Las sentencias manipuladoras	574
8. Invalidez e ineficacia de las normas constitucionalmente ilegítimas	577
9. ¿Las sentencias estimatorias son fuentes del derecho?.....	579

CAPÍTULO XXXIII

DERECHO JURISPRUDENCIAL. (2) CUESTIONES TEÓRICAS

1. Nociones elementales de teoría de la interpretación.....	585
2. Creencias ingenuas	592
3. Una tesis alternativa.....	597

OCTAVA PARTE

ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO XXXIV

ORDENAMIENTO: CONCEPTOS Y CONCEPCIONES

1. Conceptos.....	607
2. El ordenamiento como conjunto de normas	607
3. El ordenamiento como conjunto de instituciones	610
4. El ordenamiento como «sistema»	612

ÍNDICE

CAPÍTULO XXXV

ORDENAMIENTO: COMPONENTES

1. Los componentes del ordenamiento.....	619
2. Normas originarias y normas derivadas.....	620
3. Normas formuladas y normas inexpressas	621
4. Normas de conducta y metanormas	622
5. Normas válidas y normas inválidas	623
6. Reglas y principios	625

CAPÍTULO XXXVI

LA ESTRUCTURA DE LOS ORDENAMIENTOS

1. Estructura.....	631
2. Fundamentación de normas	632
3. Al vértice del ordenamiento	633
4. La identidad del ordenamiento.....	635
5. Jerarquía de normas	639
6. Complejidad	640
7. Dimensión sincrónica y dimensión diacrónica.....	641
8. Dimensión estática y dimensión dinámica.....	643
9. Centralización y descentralización	645
10. Dos posibles relaciones entre ordenamientos.....	647

CAPÍTULO XXXVII

ORDENAMIENTOS ESTATALES

1. Nociones preliminares.....	651
2. El concepto de Estado.....	654
3. Tipos de ordenamientos estatales.....	656
4. El Estado de derecho.....	660

ÍNDICE

NOVENA PARTE RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS

CAPÍTULO XXXVIII

LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL DERECHO INTERNACIONAL

1. Dos tipos de normas internacionales 667
2. Dos modos de adaptación..... 668
3. La adaptación «automática» al derecho internacional general..... 670
4. La posición de las costumbres internacionales en el sistema de las fuentes..... 672

CAPÍTULO XXXIX

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO ESTATAL: ¿MONISMO O DUALISMO?

1. Observaciones preliminares 679
2. Dualismo o monismo en la teoría general del derecho 681
3. Crítica del monismo..... 682
4. Dualismo y monismo en el derecho constitucional 684
5. Dualismo y monismo en el derecho internacional..... 689

CAPÍTULO XL

LAS PROBLEMÁTICAS RELACIONES ENTRE DERECHO INTERNO Y DERECHO COMUNITARIO

1. Relaciones estructurales 695
2. Limitaciones de soberanía..... 699
3. Intermedio: dos acepciones de «soberanía»..... 699
4. Límites y «contralímites» 704
5. La ley de ejecución en la jerarquía de las fuentes 706
6. Derecho comunitario derivado y leyes nacionales 708
7. Intermedio: la «*primauté*» del derecho comunitario derivado 711
8. Derecho comunitario derivado y Constitución 713
9. Dualismo, monismo y derecho comunitario 715

ÍNDICE

BIBLIOGRAFÍA	721
ÍNDICE ANALÍTICO	757

PRIMERA PARTE
NORMAS

CAPÍTULO I
LENGUAJE NORMATIVO

1. El derecho como discurso. 2. Sintaxis del lenguaje prescriptivo. 3. Pragmática del lenguaje prescriptivo. 4. Semántica del lenguaje prescriptivo. 5. El derecho como discurso prescriptivo.

1. El derecho como discurso

A simple vista, aquello que denominamos «derecho» (en sentido objetivo) se presenta, comúnmente, como el conjunto de las «leyes» (en sentido genérico): la Constitución, las leyes en sentido técnico (en el ordenamiento italiano vigente: leyes constitucionales, leyes ordinarias estatales y leyes regionales), los reglamentos, etc. Si echamos un vistazo un poco más sofisticado, el derecho se presentará no exactamente como el conjunto de las leyes, sino más bien como el *contenido normativo o prescriptivo* de las leyes: lo que las leyes dicen, su significado¹ (sobre este punto, retornaremos en su debido momento).

Sin embargo, en ambos casos, sea cual fuere el grado de sofisticación conceptual con el cual nos aproximemos al derecho, una cosa es bastante clara: el derecho –o, al menos, el derecho moderno– es (esencialmente) un fenómeno lingüístico.² En términos simples: el derecho

¹ Que es una variable dependiente de la interpretación.

² Evidentemente, con la (insignificante) excepción del derecho consuetudinario, el cual no es un fenómeno lingüístico, ya que las normas consuetudinarias carecen de formulación lingüística.

es un *discurso*, el discurso del «legislador».³ Pues bien, ¿qué tipo de discurso es?

Un discurso es una secuencia de enunciados. A su vez, un enunciado es una secuencia de palabras dotada de forma y sentido completos. Los enunciados que componen el derecho son enunciados en *lenguaje normativo*,⁴ *prescriptivo*⁵ o, incluso, *directivo*.

Una forma mucho más común de caracterizar el lenguaje normativo o prescriptivo, consiste en contraponerlo paradigmáticamente al

³ Entendiendo genéricamente por «legislador», el legislador *en sentido material*; vale decir, cualquier sujeto al que le haya sido otorgada autoridad normativa, esto es, el poder de emanar o abrogar normas. Cfr. Norberto BOBBIO. «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», ahora con el título «Scienza giuridica». In *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 335 ss.

⁴ El lenguaje jurídico es un «lenguaje normativo». No obstante, se debe observar que el adjetivo «normativo» es ambiguo. En algunos contextos «normativo» significa: (a) *productivo* de normas o *que expresa* normas (en este sentido se dice, por ejemplo, que determinados órganos están investidos de competencias normativas, que las leyes son documentos normativos, etc.). En otros contextos «normativo» significa, en cambio, (b) *que concierne* a normas, *relativo* a normas (en este sentido, por ejemplo, se llama «proposición normativa» a una proposición que concierne a normas). En el primer sentido de «normativo», típicamente es normativo el discurso de las fuentes del derecho. En el segundo sentido de «normativo», es normativo el discurso de los juristas. Existe una ambigüedad análoga en el adjetivo «jurídico». Según los contextos, «jurídico» puede significar: (a) *del* derecho, *propio del* derecho, *perteneciente al* derecho; o (b) *sobre el* derecho, *atinerente al* derecho, *relativo al* derecho, *concerniente al* derecho. La ambigüedad del adjetivo provoca una ambigüedad análoga en la locución «lenguaje jurídico». En el primer sentido de «jurídico», la locución «lenguaje jurídico» designa el lenguaje de las fuentes y (quizá) de los actos de aplicación del derecho. En el segundo sentido de «jurídico», la misma expresión designa el lenguaje de la doctrina, de la dogmática o de la ciencia jurídica, como quiera que se denomine (en suma, el lenguaje de los juristas).

⁵ «Prescriptivo», a diferencia de «normativo», no es ambiguo: no significa «concerniente a prescripciones», sino solo que «expresa prescripciones».

lenguaje cognoscitivo o descriptivo,⁶ ya que de la contraposición resultan con claridad sus peculiaridades.

La distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo puede ser analizada desde tres perspectivas distintas: la sintáctica, la pragmática y la semántica.

2. Sintaxis del lenguaje prescriptivo

Aparentemente, el lenguaje descriptivo y el prescriptivo se diferencian desde el aspecto sintáctico; vale decir, desde la perspectiva de la estructura sintáctica de los enunciados.

De manera más sencilla: los enunciados descriptivos presentan típicamente una forma indicativa («Los asesinos son castigados»); mientras que los enunciados prescriptivos presentan típicamente una forma imperativa («¡Castiga a los asesinos!») o deóntica («Los asesinos deben ser castigados»⁷).

⁶ Cfr., por ejemplo, Richard Mervyn HARE. *The Language of Morals*; Alf ROSS. *Directives and Norms*; Giovanni TARELLO. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e meta-teoria del diritto*, parte II; Bruno CELANO. *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*. Sin embargo, los conceptos de lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo no son conjuntamente exhaustivos: es decir, el describir y el prescribir no agotan los usos del lenguaje: cfr. John Rogers SEARLE. *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*; Daniel MENDONÇA. *Introducción al análisis normativo*.

⁷ Se denominan «deónticos» –como lo sugiere la etimología griega de la palabra– los enunciados en términos de «deber» o en términos equivalentes («obligatorio», «prohibido», etc.). Pero a ello se debe agregar una precisión. Se debe observar que en el idioma italiano, los enunciados formados mediante el verbo auxiliar «deber» pueden tener distintos significados, según el contexto y las circunstancias. En ocasiones, se usa una voz del verbo «deber» para imponer una obligación (o una prohibición): «El homicidio debe ser castigado» = «Es obligatorio (debido) castigar los homicidios». En otras, se usa el mismo verbo, adecuadamente conjugado, para prever un evento («Ticio debería perder la causa» = «Es probable que Ticio pierda la causa» = «Preveo que Ticio pierda la causa») o para expresar una necesidad («Debes calentar el agua a cien grados para hacerla hervir» = «Es necesario que calientes el agua a cien grados para hacerla hervir»). En otras palabras, algunos enunciados formados con el verbo «deber» pueden ser reformulados o

Sin embargo, si bien la forma indicativa es típica de los enunciados descriptivos, no es en absoluto necesaria. Asimismo, si bien las formas imperativa y deóntica son típicas de los enunciados prescriptivos, en modo alguno son necesarias.

Por una parte, el legislador emplea habitualmente enunciados sintácticamente indicativos («El homicidio es castigado con la prisión»), cuya función, no obstante, es evidentemente prescriptiva.

Por la otra, perfectamente puede ocurrir que los juristas empleen enunciados sintácticamente deónticos («El homicidio debe ser castigado con la prisión»), cuya función, sin embargo, no es prescribir algo, sino describir el contenido de prescripciones legislativas preexistentes.⁸

Por tanto, los enunciados indicativos no son, por ello mismo, descriptivos. Y, por su parte, los enunciados deónticos no son, solo por ello, prescriptivos. En suma, no existe ninguna correspondencia biunívoca entre la forma sintáctica de los enunciados y su función descriptiva o prescriptiva, respectivamente.

Como resultado, la forma sintáctica del enunciado es –por decirlo así– solo una pista o indicio, mas no una prueba conclusiva para decidir sobre su carácter descriptivo o prescriptivo.

3. Pragmática del lenguaje prescriptivo

Por el contrario, el lenguaje descriptivo y el prescriptivo se diferencian, en primer lugar, bajo el aspecto pragmático: vale decir, desde

traducidos en términos de «obligatorio», «debido», «vedado», «prohibido», etc., sin pérdida de sentido. Otros enunciados en términos de «deber» no toleran una reformulación similar. Ahora bien, son enunciados deónticos en sentido estricto solo los enunciados del primer tipo; es decir, aquellos que versan sobre un comportamiento humano –una acción o una omisión– calificándolo como obligatorio (debido).

⁸ De hecho, es una tesis difundida en la teoría del derecho (a partir de KELSEN) que los enunciados deónticos son la (única) forma apropiada para describir el contenido de las normas.

el punto de vista de la acción que se realiza pronunciando un enunciado. En efecto, hablar es actuar: pronunciar un enunciado es realizar un acto y, precisamente, un acto lingüístico, un acto de lenguaje.⁹

Pues bien, describir (afirmar, aseverar, constatar) y prescribir (mandar, ordenar) son, sencillamente, *actos de lenguaje* distintos. Son distintos bajo el aspecto funcional: el acto de describir cumple la función de formular y transmitir informaciones y conocimientos; el acto de prescribir cumple la función de dirigir, influenciar y modificar la conducta humana.

Sin embargo, se debe observar lo siguiente: un mismo enunciado (por ejemplo: «El homicidio es castigado con la prisión») puede ser usado indiferentemente tanto por un legislador para realizar un acto lingüístico de prescripción (para describir una conducta), como por un jurista para realizar un acto lingüístico de descripción (para describir el derecho vigente). Un mismo enunciado; dos actos de lenguaje distintos.¹⁰

⁹ Se pueden distinguir dos tipos de actos: los actos lingüísticos y los no lingüísticos. (i) Son no lingüísticos todos aquellos actos –como, por ejemplo, el comer o el pasear– que no se pueden realizar «con palabras», es decir, mediante el lenguaje. Los actos no lingüísticos son actos que el lenguaje puede hablar, pero que no puede realizar: decir «Yo paseo» no es dar un paseo; decir «Yo como» no nutre u aplaca el hambre. (ii) Por el contrario, son lingüísticos todos aquellos actos que se realizan precisamente mediante el lenguaje, que se realizan «con palabras»: más específicamente, profiriendo (pronunciando) enunciados. Así, por ejemplo, quien dice (en circunstancias apropiadas) «Yo ordeno que...» no habla de una orden, sino que *la realiza*: decir «Yo ordeno que...» es ordenar. Lo mismo puede decirse para enunciados del tipo «Yo prometo que...», «Yo apuesto que...», «Yo juro que...», etc. Naturalmente, para realizar un acto de orden o prescripción no es necesario, en estricto, usar una voz de los verbos «ordenar» o «prescribir»; para realizar el acto de prometer no es necesario, en estricto, usar una voz del verbo «prometer», etc. Por ejemplo, para ordenar no matar, no es necesario decir «Ordeno que no se mate»: es suficiente decir «No matar» o «Está prohibido matar» o, incluso, «No se debe matar», etc. Del mismo modo, para prometer fidelidad eterna no es necesario decir «Prometo que seré eternamente fiel»: es suficiente decir «Seré eternamente fiel».

¹⁰ En términos generales, todo enunciado puede ser parafraseado en forma «performativa»; vale decir, mediante el uso de un verbo que designa precisamente el

Esto es como decir que un enunciado es prescriptivo solo en tanto sea efectivamente usado para realizar el acto de prescribir; mientras que un enunciado es descriptivo solo en tanto sea efectivamente usado para realizar el acto de describir. Como resultado, hablando propiamente, descriptivo o prescriptivo no es el enunciado en cuanto tal (*type-sentence*), sino su uso, su enunciación concreta (*token-sentence*) –su pronunciación (*utterance*)– por parte de alguien en circunstancias determinadas.

A continuación, por simplicidad, seguiré hablando de enunciados descriptivos y prescriptivos. No obstante, debe quedar claro que, en sentido estricto, se debería hablar no de enunciados, sino de enunciaciones.¹¹

4. Semántica del lenguaje prescriptivo

Además, el lenguaje descriptivo y el prescriptivo se diferencian bajo el aspecto semántico, vale decir, desde el punto de vista del significado.¹²

acto (lingüístico) que se está realizando (cfr. John Langshaw AUSTIN. *How to Do Things with Words*). Así, por ejemplo, un enunciado (supongamos) descriptivo del tipo «Los asesinos son castigados», puede ser parafraseado en el enunciado performativo «Afirmo (asevero, constato) que los asesinos son castigados». Y un enunciado (supongamos) prescriptivo «Los asesinos deben ser castigados», a su vez puede ser parafraseado en el enunciado performativo «Mando (prescribo, ordeno) que los asesinos sean castigados». Esta paráfrasis tiene por objetivo evidenciar que los enunciados en cuestión son usados para realizar actos lingüísticos distintos: el acto realizado se hace evidente por el uso del verbo que lo designa.

¹¹ Un enunciado es una clase de expresión lingüística de forma completa; una enunciación es una instancia de dicha clase (por ejemplo: una expresión lingüística efectivamente usada y pronunciada por alguien en un momento determinado). Cfr. Giovanni TARELLO. *Diritto, enunciati, usi*, pp. 144 ss.

¹² Más específicamente, existen al menos dos formas muy distintas de representar la semántica de un enunciado: (a) En ocasiones se habla de la semántica de un enunciado para entender que a dicho enunciado corresponden, o no, los valores de verdad (verdadero, falso); (b) en otras, se habla de la semántica de un enunciado para entender que los vocablos empleados en la formulación de dicho

Tomemos los dos enunciados siguientes: «Los asesinos son castigados», para la hipótesis descriptiva, y «Los asesinos deben ser castigados», para la hipótesis prescriptiva. El primero, descriptivo, puede ser parafraseado (sin pérdida de significado) en el enunciado «Es un hecho que los asesinos son castigados». El segundo, descriptivo, a su vez puede ser parafraseado (sin pérdida de significado) en el enunciado «Es obligatorio que los asesinos sean castigados».¹³ Esta paráfrasis presenta la ventaja de mostrar con claridad tanto lo que los dos enunciados tienen en común, como lo que los diferencia.

Por un lado, muestra que los dos enunciados, evidentemente, tienen una misma *referencia*: es decir, se refieren a un mismo «estado de cosas», el castigo de los asesinos.¹⁴

Por el otro, muestra también que los enunciados en cuestión tienen, no obstante, un *sentido* distinto, ya que se refieren al mismo estado de cosas de forma radicalmente diversas.

Respecto al primer enunciado, se puede decir si es correspondiente o no a los hechos; vale decir, si es verdadero o falso. Del segundo

enunciado están o no provistos de referencia. Como veremos a continuación, entre enunciados descriptivos y prescriptivos existe una diferencia semántica radical en el primer sentido (los enunciados descriptivos tienen valores de verdad, los enunciados prescriptivos carecen de ellos), mientras que no hay diferencia semántica en el segundo sentido (también en los enunciados prescriptivos se emplean vocablos dotados de referencia).

¹³ Cfr. Richard Mervyn HARE. *The Language of Morals*, Nicola MUFFATO. *La semantica delle norme. Il neustico da Hare a Tarello*.

¹⁴ Esto es como decir que también los enunciados prescriptivos están provistos de referencia semántica. En efecto, también los enunciados prescriptivos deben referirse, por lo menos, a determinada conducta (la conducta cuya ejecución se requiere). Si así no fuera, no se podría siquiera hablar de obediencia y de violación de una prescripción. Un enunciado totalmente desprovisto de referencia (y que no se refiera, en última instancia, a ningún comportamiento humano) no podría cumplir ninguna función prescriptiva (cfr. Uberto SCARPELLI. *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, pp. 99 ss.; *Semantica, morale, diritto*, pp. 93 ss.).

enunciado no se puede predicar lo mismo: no se puede decir que este es verdadero o falso.

El enunciado «Es un hecho que los asesinos son castigados» expresa, como se suele decir, una *proposición*; mientras que el enunciado «Es obligatorio que los asesinos sean castigados» expresa una *prescripción*, un *mandato*, una *directiva* o una *norma*.

Los dos enunciados en cuestión requieren de quien escucha (o lee) un diverso tipo de reacción. El primer enunciado requiere una reacción, por decirlo así, de tipo teórico o cognitivo: *creer verdadera* la proposición de que los asesinos son castigados (sin embargo, naturalmente, también se puede creer que esta proposición es falsa). Por el contrario, el segundo enunciado requiere una reacción de tipo práctico: *obedecer* a la prescripción de castigar a los asesinos (sin embargo, naturalmente, esta prescripción también puede ser transgredida).

En suma, los enunciados descriptivos pretenden, por decirlo así, adaptarse al mundo; mientras que los enunciados prescriptivos pretenden más bien que el mundo se adapte a ellos.¹⁵

Por tanto, los enunciados del lenguaje descriptivo (proposiciones) *pueden ser verdaderos o falsos*. Por el contrario, los enunciados del lenguaje prescriptivo (prescripciones, mandatos, normas, consejos, etc.) *carecen de valores de verdad* (es decir, no pueden ser ni verdaderos ni falsos): las prescripciones solo pueden ser obedecidas o transgredidas.¹⁶

¹⁵ Cfr. John Rogers SEARLE. *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*, pp. 3 ss.

¹⁶ Se dice que una proposición es verdadera cuando esta corresponde a los hechos, al mundo, «a la realidad». La proposición según la cual los asesinos son castigados es verdad si y solo si los asesinos son efectivamente castigados; es falsa si los asesinos no son castigados. Sin embargo, las prescripciones no corresponden a ningún hecho, no hablan del mundo *como es*: por el contrario, son usadas para (tratar de) *cambiarlo*. Decir que una prescripción es verdadera o falsa carece tanto de sentido como decir –por decir así– una sinfonía despeinada, la Constitución gorda o el número tres verde.

5. El derecho como discurso prescriptivo

El derecho (en sentido objetivo) se presenta como una secuencia infinita de enunciados. Dicha secuencia, como habíamos dicho, constituye un *discurso prescriptivo*. Con esto, no obstante, no se pretende decir que cada uno de los enunciados que lo componen, considerado aisladamente, sea prescriptivo en sentido estricto. El derecho constituye un discurso prescriptivo en el sentido de que:

- (a) al menos *algunos* de los enunciados que lo componen son prescriptivos en sentido estricto (si así no fuera, no tendría sentido hablar de «discurso prescriptivo»);
- (b) mientras que los enunciados *restantes*, si bien estrictamente no son prescriptivos, empero, son funcionalmente dependientes de las prescripciones (en el sentido y en las formas que veremos).

Por consecuencia, dentro del discurso del derecho es conveniente distinguir dos clases de enunciados:

- (i) la clase de los enunciados prescriptivos en sentido estricto;
- (ii) la clase de todos los enunciados restantes.

Según la forma de expresión común de los juristas, todos estos enunciados son y/o expresan «normas». Esta forma de hablar es cómoda, inocua y no hay razón para abandonarla. Sin embargo, es importante comprender que la clase de las «normas», entendidas de esta forma, comprende –como tendremos oportunidad de decir– normas en sentido estricto y normas en sentido amplio o genérico.

CAPÍTULO II
NORMAS

1. «Norma jurídica» en el uso común. 2. La norma como prescripción. 3. La norma como prescripción de estructura condicional. 4. La norma como prescripción general. 5. La norma como prescripción abstracta. 6. Disponer vs. proveer.

1. «Norma jurídica» en el uso común

En el lenguaje común de los juristas, se suele denominar «norma jurídica» *cualquier* enunciado que se encuentre en las fuentes del derecho.¹

Esta forma de expresarse –como he dicho– es cómoda, inocua y no hay razón para abandonarla. No obstante, está bien comprender

¹ Más específicamente, en el lenguaje común de los juristas, el vocablo «norma» es usado con un significado que oscila en torno a tres ejes.

(1) En primer lugar, el vocablo «norma» es usado: (i) bien, en sentido estricto, para hacer referencia a prescripciones (mandatos y prohibiciones); (ii) bien (mucho más a menudo), en sentido amplio, para hacer referencia a todo enunciado que se encuentre en las fuentes del derecho.

(2) En segundo lugar, el vocablo «norma» es usado: (i) en ocasiones, en sentido estricto, para designar prescripciones generales y abstractas; (ii) en otras, en sentido amplio, para designar (también) prescripciones singulares y concretas.

(3) En tercer lugar, el vocablo «norma» es usado: (i) a veces, para referirse a los enunciados del discurso de las fuentes; (ii) otras, para referirse no a estos mismos enunciados, sino a su contenido de sentido, a su significado; (iii) y en otras, inclusive, para referirse a las dos cosas indistintamente.

que la clase de las normas jurídicas, entendidas en este sentido amplio, comprende dos subclases muy diferentes: la subclase de las normas en sentido estricto y la subclase de las normas en sentido amplio o genérico.

Entendida en sentido estricto, la norma jurídica es:

- (a) una prescripción (un mandato de hacer o de omitir)
- (b) dotada de estructura condicional, y
- (c) de contenido general y abstracto.

En el siguiente capítulo estudiaremos las normas en sentido amplio y genérico.

2. La norma como prescripción

Una norma es, entonces, una prescripción. Sin embargo, el vocablo «prescripción» puede designar indistintamente al menos tres cosas distintas, que es conveniente mantenerlas bien diferenciadas: un acto, un enunciado y un significado.

(1) *La prescripción como acto*. En primer lugar, se denomina «prescripción» el *acto* de prescribir. Se trata –como ya hemos visto– de un acto lingüístico que tiende a guiar, dirigir, influenciar o modificar la conducta humana.

(2) *La prescripción como enunciado*. En segundo lugar, se denomina «prescripción» el *enunciado prescriptivo* mediante el cual se realiza el acto lingüístico en cuestión.

Un enunciado prescriptivo es un enunciado que:

- (a) versa sobre una conducta (una acción u omisión),² y
- (b) la calificación como obligatoria o debida.

² Específicamente: no toda acción puede ser objeto de un mandato. No pueden ser objeto de mandatos las acciones imposibles ni las acciones necesarias. Como se suele decir, «deber» implica «poder»: «poder», vale decir, en sentido fáctico (en inglés «*can*»), no en sentido normativo (en inglés «*may*»). No puede ser obligatoria una acción que no se pueda realizar ni una acción que no se pueda no realizar.

El enunciado que califica como obligatoria una acción se denomina «mandato» (en sentido estricto). El enunciado que califica como obligatoria una omisión se denomina «prohibición» o «proscripción». La obediencia a un mandato se denomina «ejecución». La obediencia a una prohibición se denomina «observancia».

Los enunciados prescriptivos –y solamente ellos– expresan prescripciones. Las prescripciones –y solamente ellas– dirigen la conducta de los destinatarios, ya que dicen qué es lo que se debe hacer u omitir. Las prescripciones –y solamente ellas– son susceptibles de obediencia y violación.³

Los enunciados restantes del discurso de las fuentes, al no expresar prescripciones, no dirigen la conducta de los destinatarios (al menos no directamente). Y, por esta razón, no son susceptibles de obediencia ni de violación.⁴

(3) *La prescripción como significado.* En tercer lugar, se denomina «prescripción» aquello que está prescrito: vale decir, el «contenido» del acto de prescripción, el significado del enunciado prescriptivo, como resultado de la interpretación del propio enunciado.

Pues bien, en sentido estricto, las normas son prescripciones en el tercer sentido: no actos lingüísticos, sino el resultado, el producto, de actos lingüísticos; no enunciados, sino el contenido de sentido, el significado, de los enunciados.

³ Por tanto, se podría agregar: los enunciados prescriptivos –y solo ellos– son enunciados «normativos» en sentido estricto; las prescripciones –y solo ellas– son «normas» entendidas en sentido estricto.

⁴ Los enunciados que no expresan prescripciones son «normativos» en sentido amplio: «normativos» no porque expresen normas (entendidas en sentido estricto), sino porque pertenecen, como se suele decir, a un «ordenamiento normativo de la conducta»; vale decir, a un conjunto de enunciados algunos de los cuales son normas en sentido estricto. Un conjunto de enunciados, ninguno de los cuales sea una prescripción, no se podría denominar «ordenamiento normativo».

El acto de prescripción –la prescripción como acto lingüístico– no es una norma, sino más bien un *acto normativo*.⁵

El enunciado prescriptivo –la prescripción como enunciado– no es una norma, sino la formulación de una norma (una formulación normativa) o, como se suele decir, una *disposición normativa*.

Por tanto, las normas deben ser diferenciadas de los actos lingüísticos que las realizan, así como de los enunciados que las expresan.

Sin embargo –nótese bien– no se dan normas sin actos de prescripción ni tampoco sin enunciados prescriptivos.⁶

3. La norma como prescripción de estructura condicional

En términos generales, una norma jurídica –sea cual fuere su formulación efectiva– puede ser reconstruida como un enunciado condicional, el cual dispone que es lo que se debe hacer u omitir *si se verifican ciertas circunstancias*.⁷

En otras palabras, las normas jurídicas no son prescripciones categóricas del tipo «Está prohibido matar», «Está prohibido causar daños injustos», etc., sino prescripciones condicionales o hipotéticas del tipo «Si alguien ha causado la muerte de un hombre, entonces debe

⁵ Un acto normativo, nótese bien, en un sentido de esta expresión tan distinta de aquella que comúnmente asume en el lenguaje de los juristas, en donde «acto normativo» significa, en ocasiones, *procedimiento* para la producción de normas; y en otras –y más a menudo– texto o *documento* que expresa normas. No obstante, sobre el concepto de acto normativo: cfr. Giuseppe Ugo RESCIGNO. *L'atto normativo*.

⁶ Hans Kelsen. «Diritto e logica». In Paolo Comanducci; Riccardo Guastini (eds.). *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, v. II.

⁷ Cfr., entre tantos, Alf Ross. *On Law and Justice*, pp. 32 ss.; Carlos Eduardo ALCHOURRÓN; Eugenio BULYGIN. *Normative Systems*; Daniel MENDONÇA. *Exploraciones normativas. Hacia una teoría general de las normas*; Carlos Eduardo ALCHOURRÓN; Eugenio BULYGIN. «Norma giuridica». In Eugenio Bulygin. *Il positivismo giuridico*, pp. 217 ss.; William Twining; David Miers. *How to Do Things with Rules*, 2ª ed.

ser castigado»; «Si alguien ha causado un daño injusto, entonces debe resarcirlo», etc.⁸

Un enunciado condicional o hipotético puede ser analizado en dos elementos componentes:

- (a) un antecedente –o prótasis– vale decir, la parte del enunciado que determina la condición («Si...»);
- (b) un consecuente –o apódosis– vale decir, la parte del enunciado que dispone la consecuencia («... entonces...»).

Por tanto, toda norma jurídica presenta –a veces de manera evidente, pero más a menudo en estado latente– una estructura sintáctica condicional del tipo: «Si F, entonces G». En esta fórmula:

- (i) el antecedente («F») se refiere a una clase de circunstancias de hecho (por ejemplo, que dos sujetos hayan celebrado un contrato, que un sujeto haya causado un daño a otro sujeto, etc.);

⁸ En este contexto, estamos hablando de las prescripciones; vale decir, de las normas jurídicas entendidas en sentido estricto. Sin embargo, salvo pocas excepciones (las normas abrogantes, las normas de interpretación auténtica, las normas definitorias y quizá algunas otras más), este discurso puede ser extendido sin dificultad a las normas en sentido genérico (las cuales estudiaremos dentro de poco). Así, por ejemplo, la norma permisiva que otorga a los ciudadanos la libertad de reunión (art. 17, primer párrafo, Const. it.) puede ser reconstruida en esta forma (esquemática): «Si es ciudadano, entonces derecho de reunión». La norma que determina la obtención de la mayoría de edad al cumplimiento de los 18 años (art. 2, primer párrafo, Cód. Civ. it.) puede ser reconstruida en esta forma: «Si tiene dieciocho años, entonces mayor de edad». La norma sobre los conflictos entre normas que establece el principio «*lex posterior derogat legi priori*» (art. 15, Disp. Prel. Cód. Civ. it.) puede ser reconstruida en esta forma: «Si dos normas emanadas en momentos distintos entran en conflicto, entonces la norma menos reciente es abrogada». Y así podríamos seguir. He aquí que, dada cualquier disposición, el primer paso (necesario) del trabajo interpretativo para construir la norma, consiste precisamente en esto: distinguir el antecedente del consecuente, el supuesto de hecho regulado de la consecuencia jurídica vinculada a dicho supuesto de hecho.

- (ii) el consecuente («G») se refiere a una clase de consecuencias jurídicas (del tipo: deber de cumplir las obligaciones previstas en el contrato, deber de resarcir al damnificado, etc.).⁹

El antecedente –que se suele denominar «supuesto de hecho»– es el *objeto* de regulación: responde a la pregunta «¿Qué está regulado?».

El consecuente, a su vez, es *el modo* de regulación: responde a la pregunta «¿Cómo está regulado?».

4. La norma como prescripción general

Una norma es una prescripción general o, como también se dice, una «regla de conducta».¹⁰

El concepto de generalidad se comprende fácilmente en oposición al de singularidad, mirando a los supuestos de hecho a los que se refiere el antecedente de la prescripción.

Se denomina «singular» una prescripción que tenga por objeto un supuesto de hecho *individual*, un supuesto de hecho *concreto*, como se

⁹ En las normas en sentido estricto (prescripciones), de las que estamos hablando, el consecuente no puede ser sino la calificación deóntica de un comportamiento (el comportamiento X es obligatorio, el comportamiento Y está prohibido). En las normas en sentido genérico (de las cuales hablaremos luego) que no son prescripciones, el consecuente puede asumir los más variados contenidos: la obtención de un estatus (mayoría de edad, ciudadanía, etc.), la adscripción de una situación jurídica subjetiva ventajosa (una pretensión, una competencia, una libertad, etc.), la validez o la invalidez de un acto, etc.

¹⁰ Obsérvese: una prescripción general tiene necesariamente un carácter condicional o hipotético. Necesariamente, vale decir, por razones lógicas relativas a la misma estructura lógica del enunciado que la expresa. En efecto, el enunciado «Aquel que comete homicidio debe ser castigado» es lógicamente equivalente al enunciado «Si alguien comete homicidio, entonces debe ser castigado». Una prescripción general siempre puede ser fraseada en la forma condicional: «Si..., entonces...». Por otra parte, no tiene sentido hablar de generalidad en relación con algunas normas en sentido genérico (por ejemplo, normas abrogantes, normas de interpretación auténtica, normas definitorias) que no se prestan a ser reconstruidas de forma condicional.

suele decir: por ejemplo, el homicidio de Ticio por obra de Cayo, el contrato entre Mevio y Sempronio, etc.

Por el contrario, se denomina «general» una prescripción que tenga por objeto *una clase* de supuestos de hecho: no el homicidio de Ticio por obra de Cayo sino todos los homicidios cometidos por cualquiera contra cualquiera; no el contrato entre Mevio y Sempronio sino los contratos celebrados por cualquiera, etc.

5. La norma como prescripción abstracta

Una norma es, además, una prescripción abstracta. Sin embargo, ¿en qué sentido exactamente? El vocablo «abstracto» es ambiguo.

Parece evidente que una prescripción deba denominarse «abstracta» cuando *hace abstracción* –«prescinde», si así queremos decir– de todo supuesto de hecho *concreto*. No obstante, la ambigüedad nace del hecho de que existen dos modos muy diferentes en los que una prescripción puede *no* hacer abstracción de supuestos de hecho concretos, y, por tanto, *no* ser abstracta.

Por una parte, una prescripción *no* es abstracta cuando se refiere a un supuesto de hecho concreto *individual* (pasado o futuro, poco importa) y no a una clase de supuestos de hecho («El contrato entre Ticio y Cayo no debe ser cumplido»; «Ya que ha dado muerte a Mevio, Sempronio debe ser castigado»). Y es este, aparentemente, el concepto de abstracción comúnmente (y tácitamente) adoptado.¹¹

¹¹ En la literatura predomina un modo de modelar los conceptos de generalidad y abstracción muy diferente del presentado en el texto. En línea de principio, de hecho, dichos conceptos son variables dependientes de diversos modos de concebir las normas jurídicas. Ahora, muchos autores conciben las normas jurídicas como enunciados (no hipotéticos) del tipo «Los sujetos S deben realizar la conducta C». De esta forma, estos son inducidos a definir la generalidad con relación a los sujetos destinatarios (es general una norma que esté dirigida a una clase de sujetos), y la abstracción con relación a la conducta prescrita (es abstracta una norma que prescriba una clase de acciones). Cfr., por ejemplo, Norberto BOBBIO. *Teoria generale del diritto*, p. 148; *Studi per una teoria generale del diritto*, pp. 11 ss.;

Por la otra, una prescripción *no* es abstracta cuando se refiere a supuestos de hecho (un supuesto de hecho individual o una clase de supuestos de hecho, poco importa) *pasados*, ya verificados y, por consecuencia, previamente identificados, o, de alguna forma, identificables («Sobre las rentas producidas el año pasado se debe tal impuesto»; «Ya que el municipio de Montelusa ha sufrido daños por el terremoto, debe ser financiado»).

Como resultado, existen dos conceptos de abstracción:

- (a) En un primer sentido, una prescripción es abstracta cuando es, comúnmente, *general*. En este primer sentido, en suma, generalidad y abstracción coinciden: dos términos para un solo concepto.

Si se entiende el vocablo «abstracto» en este primer sentido, como sinónimo de «general», decir que las normas son prescripciones generales y abstractas es una forma de expresarse evidentemente redundante; en todo caso, se debería decir que las normas son prescripciones generales o abstractas. En conclusión, entendida de esta forma, la abstracción no es una propiedad interesante (coincide con la generalidad).

- (b) En un segundo sentido, en cambio, una prescripción es abstracta cuando dispone para supuestos de hecho futuros; vale decir, *no es retroactiva*.¹² En efecto, se denomina retroactiva una prescripción que conecta una consecuencia jurídica a un hecho ocurrido antes de que la prescripción en cuestión nazca (las rentas producidas el año pasado, los daños producto del terremoto sufridos por el municipio de Montelusa).

148; *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 222 ss.; Giuseppe Ugo RESCIGNO. *L'atto normativo*, pp. 13 ss.

12 Correctamente Gustavo ZAGREBELSKY. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, p. 33, afirma: «La abstracción [...] es enemiga de las leyes retroactivas, necesariamente "concretas"».

Solo si se entiende el vocablo «abstracto» en este segundo sentido, como sinónimo de «no retroactivo», decir que las normas son prescripciones generales y abstractas se muestra perfectamente sensato. Y es precisamente en este segundo sentido que las normas son prescripciones (generales y) abstractas. En otros términos, una norma es una prescripción no retroactiva.

6. Disponer vs. proveer

El concepto de abstracción –entendido en la segunda forma: como no retroactividad– permite distinguir el «disponer» *para el futuro* del «proveer» *para el pasado*:¹³ las normas de los proveimientos.¹⁴

Las normas son prescripciones generales y abstractas (no retroactivas). Por el contrario, un proveimiento es una prescripción (no necesariamente individual) retroactiva, del tipo: «Se debe otorgar un financiamiento así y asá a los municipios que han sufrido daños por el terremoto el mes pasado».

«Disponer» significa establecer la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho general y abstracto; vale decir, decidir *ex ante* con

¹³ Una cosa es «disponer, de manera preventiva y general, vale decir, el regular la acción»; otra es el «proveer, caso por caso y en concreto» (Vezio CRISAFULLI. «Atto normativo». In *Enciclopedia del diritto*, p. 255).

¹⁴ Naturalmente, también los proveimientos, en cierto sentido, se refieren al futuro. De hecho, se está hablando de prescripciones –mandatos de hacer u omitir algo– y no se puede mandar, sensatamente, un comportamiento... para el pasado: así, por ejemplo, la prescripción que dispone el pago de determinado impuesto por las rentas producidas el año pasado se refiere a eventos ya ocurridos, pero prescribe un comportamiento (el pago del impuesto) obviamente futuro; y también la prescripción que dispone el financiamiento de un municipio que ha sufrido daños por un terremoto se refiere a un evento ya ocurrido, pero, nuevamente prescribe una conducta (el financiamiento) a realizarse en el futuro. En ambos casos, solo el antecedente (el supuesto de hecho) está, por decirlo así, «declinado» al pasado: el consecuente no puede estar sino «declinado» al futuro.

relación a una clase de supuestos de hecho futuros, de los cuales por ello mismo se *prevé* (y no se constata) su acontecer.

Por el contrario, proveer significa establecer la consecuencia jurídica de uno o más supuestos de hecho concretos, vale decir, decidir *ex post facto* con relación a circunstancias precisas ya verificadas.

Tomemos el esquema de razonamiento que es típico (al menos así se supone) de todo órgano de aplicación del derecho:

Si F, entonces G

F

Entonces G¹⁵

Pues bien: *dispone* quien establece la premisa mayor de este razonamiento, «Si F, entonces G»; por el contrario, *provee* quien constata «F» y por tanto concluye «G» («Ya que F, entonces G»).

Normas y proveimientos tienen estructura lógica distinta.

El enunciado que expresa una norma tiene estructura lógica condicional: es formulado o, de cualquier forma, puede ser reconstruido como un enunciado condicional («Si..., entonces...»). Por el contrario, un proveimiento es formulado o, de cualquier forma, puede ser reconstruido en términos de «ya que». Una prescripción retroactiva tendrá siempre la estructura latente: «Ya que..., entonces...».

¹⁵ Un ejemplo común es el siguiente: Si alguien mata, entonces debe ser castigado. Ticio ha dado muerte a Cayo. Entonces Ticio debe ser castigado.

Como se ve, el antecedente de un proveimiento no es tanto una condición del consecuente sino más bien su «motivación».¹⁶

¹⁶ «Por regla general debe entenderse: 1° una decisión emitida no *in concreto*, en vista de un caso particular o actual, sino *in abstracto*, para regular todos los casos de la misma naturaleza que podrán presentarse en el futuro [...]; 2° una decisión que no es considerada en relación a uno o más individuos determinados, sino que es concebida sin consideración de ninguna persona y está destinada a aplicarse a todos los individuos que se encontrarán en las condiciones previstas [...]. Puede darse que un caso previsto *in abstracto* por una ley se produzca una sola vez; y, sin embargo, para que una disposición legal constituya una regla general, es necesario que haya sido emanada para aplicarse en el futuro toda vez que se repita la situación prevista por ella, y por ello es suficiente que ella sea virtualmente susceptible de un número indeterminado de aplicaciones. Además, la generalidad no significa que la ley se dirija a todos los ciudadanos indistintamente: numerosas son las leyes que toman en consideración solo algunas categorías particulares de personas, por ejemplo, tal clase de empleados u operarios; de hecho, una ley puede aplicarse solo a un número muy reducido de individuos. No obstante, lo que caracteriza a la regla legislativa es que ella dispone de manera impersonal, en el sentido de que ella no regula la situación de ciertas personas determinadas, sino que está destinada a regular [...] “a cada uno de aquellos a los que se refiere”. Es en este sentido que se puede decir, con la *Déclaration des droits de 1789* (art. 6), que “la ley es la misma para todos”» (Raymond CARRÉ DE MALBERG. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, p. 289).

CAPÍTULO III
VARIEDAD DE NORMAS

1. Normas en sentido genérico. 2. Fragmentos de normas. 3. Normas constitutivas. 4. Metanormas. 5. Normas primarias y normas secundarias. 6. Normas formuladas y normas inexpressas.

1. Normas en sentido genérico

El derecho está repleto de enunciados no prescriptivos.¹ Enunciados como estos expresan «normas» (jurídicas) no en sentido estricto, sino en sentido amplio y genérico, ya que en sentido estricto una norma es específicamente una prescripción.²

Sin ánimos de exhaustividad, se pueden registrar al menos los siguientes tipos:

- (i) Normas de competencia (o normas que otorgan poderes): son aquellos enunciados que instituyen autoridad, vale decir, otorgan a un sujeto la competencia (la autoridad, el poder) de crear y abrogar otras normas o, según los casos, de aplicarlas. Constituyen ejemplos de ello los arts. 70 y 102, primer párrafo, Const. it., respectivamente.

¹ Cfr. Gaetano CARCATERA. *Le norme costitutive; La forza costitutiva delle norme.*

² Encontramos una elaborada teoría general de las normas en Rafael HERNÁNDEZ MARÍN. *Introducción a la teoría de la norma jurídica.*

- (ii) Normas permisivas: son aquellos enunciados que califican cierto comportamiento como permitido, facultativo o libre. Encontramos buenos ejemplos en los arts. 17, 18 y 19, Const. it.
- (iii) Normas definitorias: son aquellos enunciados que determinan el significado de un término o de un sintagma, usados en la formulación de otras normas. Constituyen ejemplos de ello los arts. 2, primer párrafo, y 1321, Cód. Civ. it.
- (iv) Normas interpretativas: son aquellos enunciados que determinan el significado de un enunciado usado en la formulación de una norma precedente. Encontramos ejemplos en todas las leyes de «interpretación auténtica».
- (v) Normas de reenvío: son aquellos enunciados que no regulan directamente un supuesto de hecho, sino que indican más bien a los órganos de aplicación (los jueces, la administración pública) en qué otra fuente o disposición buscar el régimen del supuesto de hecho en cuestión. Encontramos ejemplos de ellos en las normas de «derecho internacional privado» (Ley n. 218 de 1995).
- (vi) Normas sobre la eficacia de normas: son aquellos enunciados que circunscriben (por ejemplo, en espacio y tiempo) los efectos jurídicos de otras normas. Un ejemplo: el principio general de irretroactividad (art. 11, primer párrafo, Disp. Prel. Cód. Civ. it.), en virtud del cual las leyes producen efectos jurídicos solo para el futuro.
- (vii) Normas sobre los conflictos entre normas: son aquellos enunciados que, en presencia de dos normas incompatibles, indican a los órganos de aplicación qué norma preferir y aplicar. Constituye un ejemplo de ello el principio «*lex posterior derogat legi priori*» (art. 15, Disp. Prel. Cód. Civ. it.).
- (viii) Normas abrogantes: son aquellos enunciados que, digámoslo así (aunque no con total precisión), «suprimen» la eficacia de una norma preexistente (vale decir, privan a una norma

preexistente de efectos jurídicos).³ Ejemplo: «Queda abrogado el art. X de la ley Y».

2. Fragmentos de normas

Es necesario insistir que todas las normas en sentido genérico que hemos mencionado, a diferencia de las normas entendidas en sentido estricto (prescripciones), no son susceptibles de obediencia ni de violación, de manera que no dirigen el comportamiento. Entonces, ¿para qué sirven?

Pues bien, todas las normas en sentido genérico son *funcionalmente dependientes* de las prescripciones.⁴ En especial:

- (i) las normas de competencia otorgan el poder de crear y abrogar prescripciones;
- (ii) las normas permisivas⁵ cumplen, según los casos, la función de:

³ Este modo de hablar no es preciso porque, en términos generales, en virtud del principio general de irretroactividad (art. 11, primer párrafo, Disp. Prel. Cód. Civ. it.), las normas abrogantes no suprimen totalmente la eficacia de las normas a las que se refieren; las circunscriben en el tiempo: las normas abrogadas conservan su eficacia con relación a los supuestos de hecho que surgieron previamente a su abrogación.

⁴ Cfr. Uberto SCARPELLI. *L'etica senza verità*, p. 235: «En una situación de absoluta ausencia de normas y de deberes, en un estado de naturaleza feliz o infelizmente libre de cualquier regulación, no tendría sentido hablar de comportamientos permitidos [...]. No el permiso, sino el deber es el que debe ser asumido como modo deóntico fundamental con el que se puede definir los demás modos». En suma, un conjunto de «normas» en sentido genérico, que no incluya ninguna norma propiamente dicha (ninguna prescripción de hacer o de omitir), no sería reconocible como ordenamiento jurídico (ni siquiera como ordenamiento, incluso no jurídico, de la conducta).

⁵ Constituyen contribuciones fundamentales: Carlos Eduardo ALCHOURRÓN; Eugenio BULYGIN. «Permission and Permissive Norms». In Werner Krawietz (eds.). *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*; Rafael HERNÁNDEZ MARÍN. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cap. 16; Francesca POGGI. *Norme premissive*, la cual contiene una bibliografía exhaustiva.

- (a) abrogar o derogar (tácitamente) prescripciones preexistentes, o
- (b) prohibir la creación de prescripciones futuras por parte de autoridades normativas subordinadas;
- (iii) las normas definatorias cumplen la función de precisar el significado de otras prescripciones en las que se haya empleado el término definido;
- (iv) las normas interpretativas cumplen la función de determinar el contenido de prescripciones preexistentes;
- (v) las normas de reenvío indican a los órganos de aplicación qué prescripciones deben ser aplicadas;
- (vi) las normas sobre la eficacia de las normas cumplen la función de determinar el ámbito de eficacia de prescripciones;
- (vii) las normas sobre los conflictos entre normas indican a los órganos de aplicación a qué prescripción dar la preferencia en caso de conflicto entre varias prescripciones;
- (viii) las normas abrogantes cumplen la función de suprimir la eficacia de prescripciones preexistentes.

Como se puede apreciar, todas las normas no prescriptivas –o normas en sentido genérico– cumplen alguna función en relación con las prescripciones. Por esta razón se suele decir que estas no son normas «autónomas» –es decir, dotadas de una función independiente– sino, en cambio, «fragmentos» de las prescripciones a las que se refieren. Así, por ejemplo, una norma de competencia, en cierto sentido, no es más que un fragmento de todas las prescripciones que serán creadas por la autoridad por ella instituida; una norma definatoria no es más que un fragmento de todas las prescripciones en las que se emplea el término definido, etc.

3. Normas constitutivas

En ocasiones, las normas en sentido genérico (o la mayoría de ellas) son denominadas «normas constitutivas», en oposición a las «normas prescriptivas» o normas en sentido estricto.

Son constitutivas aquellas normas que, precisamente, no prescriben algo a alguien –y, por tanto, carecen de destinatarios ni son susceptibles de obediencia o de violación– sino que crean directamente algún efecto jurídico⁶ (que no sea el nacimiento de un deber).⁷

Se pueden distinguir, por lo menos, dos tipos de ellas:

- (i) Son constitutivas, en primer lugar, las normas que no parecen ser reconducibles a la forma estándar de un enunciado condicional, como, por ejemplo, las normas definitorias, las normas abrogantes y las normas de interpretación auténtica.
- (ii) Son constitutivas, además, las normas que, a pesar de estar dotadas de una estructura condicional («Si F, entonces G»), a diferencia de las normas propiamente dichas –que contienen en el consecuente («G») la calificación deóntica de un comportamiento (X es obligatorio, Y está prohibido)– *no* tienen expresiones deónticas en el consecuente. Por ejemplo: «Los que tienen dieciocho años son mayores de edad»; «El Parlamento ejerce la función legislativa»; «Los ciudadanos tienen derecho a asociarse», etc.⁸

4. Metanormas

El término «metanorma» está sujeto a dos usos:⁹

- (i) En sentido amplio, se denomina «metanorma» toda norma que tenga por objeto no la conducta, sino:

⁶ Cfr. también Gaetano CARCATERRA. *Le norme costitutive; La forza costitutiva delle norme*.

⁷ Las normas, cuyo efecto sea el nacimiento de un deber, son, evidentemente, prescripciones o normas en sentido estricto.

⁸ Cfr. Giuseppe Ugo RESCIGNO. *L'atto normativo*, pp. 38 ss.

⁹ Cfr. Tecla MAZZARESE. «Metanorme e linguaggio deontico. Un'analisi logica». In *Materiali per una storia della cultura giuridica*; Tecla MAZZARESE. «Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diritto». In Paolo Comanducci; Riccardo Guastini, (eds.). *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*.

- (a) actos normativos (por ejemplo: «La función legislativa es ejercida colectivamente por las dos Cámaras»: art. 70 Const. it.);
 - (b) otras normas (por ejemplo: el principio de irretroactividad, art. 11, primer párrafo, Disp. Prel. Cod. Civ. it.), u
 - (c) otras disposiciones (por ejemplo: «Queda abrogado el art. X de la ley Y»).
- (ii) Metanorma, en sentido estricto, es una norma que tiene por objeto (no un acto normativo, sino) otra norma y/o la disposición que la expresa. Es inútil decir que las metanormas en sentido estricto, al no tener por objeto una conducta, no son normas en sentido estricto (prescripción), sino «fragmentos» de normas.

5. Normas primarias y normas secundarias

- (i) Se suelen denominar «primarias» las normas de conducta comunes; vale decir, las normas que atribuyen o imponen situaciones jurídicas subjetivas (derechos, deberes y demás) a los ciudadanos comunes.
- (ii) Por el contrario, se denominan «secundarias» las normas –metanormas en sentido amplio– relativas a la producción y aplicación del derecho; vale decir, aquellas que otorgan poderes («legislativos» en sentido material, es decir, normativos, ejecutivos, jurisdiccionales) y regulan su ejercicio.¹⁰

En el centro de las normas secundarias ocupan un lugar especial –y exigen un estudio independiente– las normas «sobre la producción jurídica»: vale decir, aquellas que otorgan y regulan el ejercicio de competencias normativas.

¹⁰ Cfr. H.L.A. HART. *The Concept of Law*; Norberto BOBBIO. *Studi per una teoria generale del diritto*, pp. 175 ss.; *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. 177 ss., pp. 233 ss.

6. Normas formuladas y normas inexpressas

Son formuladas –«emanadas» o «promulgadas», pero en sentido genérico y atécnico– aquellas normas que, precisamente, encuentran enunciación o formulación expresa en alguna disposición normativa (o en un fragmento de disposición normativa).

Por el contrario, son inexpressas aquellas normas que se obtienen de las normas formuladas (de una combinación de normas formuladas o de una combinación de fragmentos de normas formuladas) mediante procedimientos argumentativos de diversa naturaleza, sea lógicos (por ejemplo, deductivos), sea pseudológicos (por ejemplo, por vía análogica).

Como tendremos oportunidad de ver, toda norma inexpressa es fruto (no de promulgación o emanación, sino) de un razonamiento de los intérpretes.

CAPÍTULO IV
NORMAS SOBRE LA PRODUCCIÓN JURÍDICA

1. El derecho regula su propia creación. 2. Normas formales sobre la producción. 3. Normas materiales sobre la producción.

1. El derecho regula su propia creación

El derecho regula también, entre otras cosas, su propia creación y aplicación. Esto incluye, además de las comunes reglas de conducta dirigidas a los ciudadanos, una larga serie de normas –que se suele denominar «secundarias»– que regulan la creación y aplicación del propio derecho por parte de los órganos del Estado.

En especial, se denominan «normas sobre la producción jurídica» aquellas normas¹ que regulan precisamente la creación de (otras) normas.²

La clase de las normas sobre la producción jurídica, entendidas de manera amplia, incluye dos subclases entre las cuales conviene marcar una distinción precisa: por una parte, normas *formales* sobre la producción (o normas sobre la producción en sentido estricto); por el

¹ O, si se quiere, metanormas, pero en el sentido amplio de esta palabra: se está hablando, de hecho, de normas que versan, propiamente, no sobre otras normas, sino sobre actos normativos.

² La feliz expresión «normas sobre la producción jurídica» se remonta a Tomasso PERASSI. *Introduzione alle scienze giuridiche*.

otro, normas *materiales* (o sustanciales) sobre la producción (o normas sobre la producción en sentido amplio).³

(1) La primera subclase (normas *formales* sobre la producción) comprende todas aquellas normas que establecen:

- (i) *qué órgano* es competente para crear y abrogar normas (por ejemplo, art. 70, Const. it.)
- (ii) *con qué procedimientos* este debe ejercer dicha competencia (por ejemplo, art. 72, Const. it.).

(2) La segunda subclase (normas sobre la producción en sentido amplio o *materiales*) comprende todas aquellas normas que, de diversa forma, *limitan* o incluso *predeterminan* el contenido de la regulación futura (por ejemplo, arts. 3, primer párrafo; 16, primer párrafo; 25, segundo párrafo, todos de la Const. it.).

Sin embargo, se debe observar que en el «contenido» de una norma –cuya forma lógica sea del tipo: «Si F, entonces G»– se pueden distinguir dos componentes distintos:

- (i) el *objeto* de la regulación, vale decir, la clase de supuestos de hecho al que la norma se refiere (el antecedente «F»); y
- (ii) el *modo* de regulación, vale decir, el tipo de consecuencia jurídica vinculado a aquellos supuestos de hecho (el consecuente «G»).⁴

³ Como a continuación veremos, llamo «formales» a las normas que *no* están referidas al contenido de la regulación futura; en tanto que llamo «materiales» (o sustanciales) a aquellas que, por el contrario, están referidas precisamente al contenido de la regulación futura.

⁴ Dicho de otra forma: si estamos de acuerdo en que toda norma es, en última instancia, reducible a la forma «Si F, entonces G» –en donde F representa el supuesto de hecho (abstracto) y G la consecuencia jurídica relativa– entonces podemos decir que el contenido de una norma puede ser limitado (por normas materiales sobre la producción) o en el supuesto o en la consecuencia jurídica. Así: (a) El contenido de una norma N es limitada *en el supuesto de hecho* por otra normas N1, toda vez que N1 predetermina el supuesto de hecho de N, de manera tal que N no pueda regular el supuesto de hecho indicado por N1 o, al contrario,

En consecuencia, pueden existir dos tipos de normas sobre la producción en sentido amplio: por una parte, normas que limitan el objeto de la regulación futura (aquello que puede ser regulado); por el otro, normas que limitan el modo de régimen de la regulación futura (en qué modo el objeto puede ser regulado).

Las normas sobre la producción en sentido estricto tienen carácter «formal», en el sentido de que *no* están referidas al contenido de la regulación futura. Por el contrario, las normas sobre la producción en sentido amplio tienen carácter «material» o «sustancial», ya que están referidas precisamente al contenido de la regulación futura.

Por simplicidad, circunscribimos el discurso a las normas constitucionales vigentes relativas (preeminentemente) a la legislación, las que evidentemente no agotan el género de las normas sobre la producción jurídica, pero que constituyen sus ejemplos paradigmáticos.

2. Normas formales sobre la producción

La subclase de las normas formales sobre la producción (o normas sobre la producción en sentido estricto) comprende:

- (1) las normas que otorgan competencias normativas; y
- (2) las normas que regulan el ejercicio de dichas competencias.

(1) *Normas que otorgan competencias normativas.*⁵ En términos generales, las normas que otorgan competencias normativas –«normas

no pueda regular más que aquel supuesto de hecho con exclusión de cualquier otro; (b) el contenido de un norma N es limitado *en la consecuencia jurídica* por otra norma N1 toda vez que N1 predetermina la consecuencia jurídica de N, de manera tal que N no pueda vincular al supuesto de hecho en cuestión la consecuencia indicada por N1 o, al contrario, no pueda vincular al supuesto de hecho otra consecuencia jurídica que no sea aquella indicada por N1.

⁵ Cfr. Manuel ATIENZA; Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cap. II; Eugenio BULYGIN. *Norme, validità, sistemi normativi*, pp. 213 ss.; Daniel MENDONÇA. *Introducción al análisis normativo*; Torben SPAAK. *The Concept of Legal Competence. An Essay in Conceptual Analysis*; Jordi FERRER BELTRÁN. *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*;

de competencia» en sentido estricto— son todas aquellas normas que otorgan a determinado órgano un poder normativo; vale decir, el poder de crear normas jurídicas. Como resultado, el órgano en cuestión se encuentra autorizado a emanar normas jurídicas.

El art. 70, Const. it., es un ejemplo paradigmático de norma de competencia, pues otorga a las cámaras el poder legislativo a nivel estatal. Otros ejemplos son: el art. 138, Const. it., que otorga a las cámaras el poder de revisión constitucional; el art. 121, segundo párrafo, que otorga a los consejos regionales el poder legislativo a nivel regional; el art. 64, primer párrafo, que otorga a cada una de las cámaras el poder reglamentario interno, etc.

Por otra parte, es conveniente remarcar que, tal como emerge de los ejemplos, ninguna norma de competencia otorga un poder normativo *genérico*:⁶ el poder de crear normas jurídicas no especificadas. Por el contrario, cada norma de competencia otorga el poder de crear *una fuente del derecho específica*; vale decir, un documento normativo provisto de un «nombre propio» —un *nomen iuris* (como por ejemplo «ley ordinaria estatal», «ley constitucional», «ley regional», «reglamento parlamentario», etc.)— al que corresponde un régimen jurídico determinado.⁷

Guillaume TUSSEAU. *Les normes d'habilitation*. Cfr. también Neil MACCORMICK. «Powers and Power conferring Norms». In Stanley Paulson; Bonnie Litschewski (eds.). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*.

⁶ Cfr. Giuseppe Ugo RESCIGNO. *L'atto normativo*, p. xiii.

⁷ En efecto, en los ordenamientos jurídicos modernos toda norma jurídica se diferencia por la fuente de la cual emana. Y toda fuente se distingue, a su vez, por su nombre y por el régimen jurídico que corresponde a dicho nombre. El régimen jurídico de toda fuente está determinado por el conjunto de las normas que, para todas las fuentes que lleven aquel nombre, establecen la «fuerza», el campo de aplicación, etc. (con el término «fuerza» se suele referir a la peculiar ubicación de toda fuente en la jerarquía material del ordenamiento; vale decir, a su capacidad de abrogar otras fuentes, por ello mismo, inferiores, y de resistir a la abrogación por parte de dichas fuentes).

Ahora, las disposiciones del tipo «La competencia C es otorgada al órgano O» son entendidas comúnmente en el sentido de que la competencia en cuestión está *reservada* a aquel órgano determinado: *solo* al órgano O, y a ningún otro, se le atribuye la competencia C.

Por ejemplo, el art. 70, Const. it., que atribuye al Parlamento la función «legislativa» –vale decir, el poder de crear «leyes» (estatales)– será entendido en el sentido de que el poder de crear leyes es otorgado *solo* al Parlamento o, en otras palabras, está *reservado* al Parlamento. Por consecuencia, ningún texto normativo que no haya sido aprobado por el Parlamento podrá merecer el nombre de «ley» (estatal).

Desde este punto de vista, el art. 70, Const. it., no se limita a *autorizar* al Parlamento, y solo a este, a crear «leyes», sino que al mismo tiempo *define* –o, mejor, contribuye a definir– la propia noción de ley: ya que por «ley» debe entenderse precisamente un acto del Parlamento. En virtud de dicha definición, los actos de cualquier otro órgano que no sea el Parlamento no son «leyes»: no responden a la definición de «ley» y, por tanto, «no existen» en cuanto leyes; o, como se suele decir, son, en cuanto leyes, «inexistentes».

Por tanto, en términos generales, toda norma de competencia presenta un doble aspecto:

- (a) por un lado, *autoriza* a un órgano a crear determinado tipo de fuente;
- (b) por el otro, *define* –o, mejor, contribuye a definir– la fuente en cuestión.

(2) *Normas que regulan el ejercicio de una competencia normativa.* Son normas que regulan las modalidades de ejercicio de una competencia normativa todas aquellas que determinan el *procedimiento de formación* del tipo de fuente al que se refieren.

Así, por ejemplo, los arts. 64, tercer párrafo, y 72, Const. it. regulan el procedimiento de formación de la ley ordinaria estatal; el art. 138 regula el procedimiento de formación de las leyes constitucionales; el art. 64, primer párrafo, regula el procedimiento de formación de los reglamentos parlamentarios; etc.

Nuevamente, es necesario decir que las disposiciones del tipo «La competencia C se ejerce según el procedimiento P», son entendidas comúnmente en el sentido de que la competencia en cuestión puede ser ejercida *solo* a través del procedimiento en cuestión.

Por ejemplo, el art. 72, que regula (en parte) el procedimiento de formación de la ley ordinaria estatal, será entendido en el sentido de que la ley no puede ser creada *si no es* a través de aquel procedimiento determinado.

Desde este punto de vista, el art. 72, Const. it., no se limita a prescribir a las Cámaras, adoptar determinado procedimiento, sino que al mismo tiempo *define* –o, mejor, contribuye a definir– la noción de ley: por «ley» debe entenderse un acto del Parlamento adoptado con aquel procedimiento determinado. Un acto del Parlamento, que sea adoptado según un procedimiento distinto no respondería a la definición de «ley» y, por tanto, no sería en absoluto una «ley», o sería, en cuanto ley, «inexistente».

Por tanto, también las normas procedimentales presentan un doble aspecto:

- (a) por un lado, *prescriben* la adopción de determinado procedimiento para la creación de determinada fuente;
- (b) por el otro, *definen* –o, mejor, contribuyen a definir– la fuente en cuestión.

3. Normas materiales sobre la producción

La subclase de las normas materiales sobre la producción (o normas sobre la producción en sentido amplio) comprende:

- (1) las normas relativas al *objeto* de regulación de las diversas fuentes;
- (2) las normas relativas al *modo* de regulación de los diversos objetos.

Veamos:

(1) *Normas relativas al objeto de regulación*. Existen dos tipos de normas que limitan el objeto de regulación de una o de otra fuente (lo que una u otra fuente está autorizada a regular).

(i) *Normas que circunscriben el objeto de una competencia normativa.* Son las normas que enumeran las «materias» –vale decir, el conjunto de relaciones o supuestos de hecho– sobre las que determinada fuente puede dictar normas y, de esta forma, *circunscriben* la competencia de la fuente en cuestión a las materias enumeradas (con exclusión de cualquier otra). Por consecuencia, la fuente en cuestión no puede dictar normas fuera de las materias indicadas.

Un buen ejemplo lo constituye el art. 117, segundo párrafo, Const. it., que enumera las materias sobre las que el Estado puede emanar normas legislativas (siendo las materias restantes repartidas entre la competencia estatal y la regional, o reservadas a la potestad legislativa regional).

(ii) *Normas que reservan una competencia normativa.* Son las normas que *reservan* determinada materia a determinada fuente, de manera que ninguna otra fuente está autorizada a regular aquella materia. Por ejemplo: el art. 13, segundo párrafo, Const. it. (de ley estatal ordinaria), el art. 71, primer párrafo, Const. it. (de ley constitucional), etc.⁸

Si las normas del tipo precedente tienen el efecto de circunscribir el radio de acción de la fuente a la cual se refieren, las normas «de reserva» tienen, en cambio, el efecto de circunscribir el radio de acción, no de la fuente a la cual se refieren, sino de todas las demás. Así, por

⁸ Una norma establece una «reserva» cada vez que dispone que determinada clase de supuesto de hecho (determinada «materia») puede ser regulada *solo* por determinada fuente; vale decir, por aquella fuente y por ninguna otra; de modo que: (a) por una parte, la fuente indicada está autorizada a regular la clase de supuestos de hecho en cuestión; (b) por el otro, está prohibido a toda otra fuente regular la clase de supuestos de hecho en cuestión. En estos casos se suele decir que a favor de la fuente indicada se establece una «reserva de competencia normativa» o que dicha fuente goza de una «competencia reservada». En términos generales, ante una competencia reservada, las normas provenientes de la fuente titular de la reserva prevalecen, en caso de conflicto, sobre toda norma proveniente de una fuente distinta: en el sentido de que toda norma proveniente de una fuente distinta es inválida.

ejemplo, reservar determinada materia a la fuente «legal constitucional» significa limitar el ámbito de competencia de toda otra fuente, ya que, en virtud precisamente de la reserva, ninguna fuente distinta a la ley constitucional puede regular la materia en cuestión.

Sin embargo, en realidad, las disposiciones que reservan una competencia tienen, según la interpretación dominante, un contenido bastante complejo. En especial, toda disposición constitucional que reserve a la ley determinada materia –según se considera– no hace una, sino por lo menos tres cosas distintas:

- (a) *permite* a la ley regular aquella materia;
- (b) *prohíbe* a toda otra fuente regular aquella misma materia; y finalmente
- (c) *prohíbe* a la propia ley delegar a otras fuentes la regulación de la materia en cuestión.⁹

Como resultado, una reserva de ley resultaría violada: no solo por una fuente distinta a la ley que pretenda regular la materia reservada a la ley y, por ello, sustraída a su ámbito material de competencia; sino también por la propia ley, toda vez que pretenda despojarse de la competencia a ella reservada, a favor de una fuente distinta.

(2) *Normas relativas al modo de regulación*. Las normas en cuestión limitan no el objeto de las diversas fuentes (lo que una u otra fuente puede regular), sino el modo en el que determinado objeto puede ser regulado.¹⁰ Digámoslo así: en virtud de estas normas puede ocurrir que determinada fuente:

⁹ Esta forma de expresarse es imprecisa (sin embargo, espero, exprese la idea): es imprecisa porque, en estricto, las normas en cuestión ni permiten ni prohíben un comportamiento, sino que atribuyen y niegan, respectivamente, una competencia normativa.

¹⁰ Digámoslo así: en virtud de dichas normas, cierta fuente puede regular el supuesto de hecho F, pero debe vincularle precisamente la consecuencia G y ninguna otra más, o puede vincularle cualquier consecuencia excepto la consecuencia H.

- (a) pueda regular el supuesto de hecho F, pero deba vincularle precisamente la consecuencia G, y ninguna otra, o
- (b) lo que es más frecuente, pueda vincularle cualquier consecuencia excepto la consecuencia H.

El modo de regulación de determinado objeto puede ser limitado directa o indirectamente.

(i) *Límites directos*. Constituyen límites directos todas aquellas normas que *predeterminan* indudablemente, en positivo (mandatos) o en negativo (prohibiciones), el contenido de la regulación futura.

Por ejemplo, la Constitución dirige al legislador tanto mandatos como prohibiciones, relativos al modo de regulación de las leyes futuras:

- (a) son *mandatos* dirigidos por la Constitución al legislador, por ejemplo, las numerosas normas «programáticas», en virtud de las cuales el legislador debe perseguir determinado programa de reforma económica o social (art. 3, segundo párrafo; 30, segundo párrafo; 31, primer y segundo párrafo, etc.);¹¹
- (b) son *prohibiciones* dirigidas por la Constitución al legislador, por ejemplo, la prohibición de emanar leyes que distingan entre ciudadanos en función del sexo, la raza, etc. (art. 3, primer párrafo), la prohibición de emanar leyes penales retroactivas (art. 25, segundo párrafo), etc.

¹¹ En realidad, los «mandatos» dirigidos al legislador –esencialmente normas programáticas– no son verdaderos mandatos: son, más bien, recomendaciones. Ello por el hecho de que las normas en cuestión están desprovistas de toda sanción, de manera que el legislador no puede considerarse «obligado» al cumplimiento. La inobservancia de un mandato dirigido al legislador consiste, por lo general, en la *falta* de adopción de una ley. Ciertamente, la Corte Constitucional puede anular por ilegitimidad constitucional una ley que, de alguna forma, contravenga una norma programática. Sin embargo, si el legislador simplemente se abstiene de legislar sobre la materia, entonces *falta* una ley que pueda ser sometida a la Corte y declarada por esta inválida: la Corte Constitucional no puede anular una ley... que no existe. La «anulación» –si así podemos llamarla– no de una ley, sino de la ausencia de una ley, no sería diferente del ejercicio de la función legislativa.

(ii) *Límites indirectos*. Los límites indirectos derivan de la combinación de dos tipos de normas:

- (a) por una parte, las normas con las que determinada fuente (por ejemplo, la Constitución) establece su propia superioridad jerárquica¹² sobre otras fuentes (por ejemplo, la ley ordinaria);¹³

¹² Como veremos, se trata de una jerarquía «material»: una fuente A está «materialmente» subordinada a otra fuente B, toda vez que a la fuente A se le prohíba crear normas que entren en contradicción con las normas de B.

¹³ Las normas mediante las cuales una fuente establece su propia superioridad con relación a otra, pueden asumir por lo menos tres formas distintas. Por ejemplo, una Constitución puede establecer su propia superioridad jerárquica sobre la ley: (i) simplemente, prohibiendo a la ley contener normas que entren en conflicto con las normas constitucionales; (ii) estableciendo un procedimiento de revisión constitucional especial distinto de –y más complejo que– el procedimiento legislativo común, de manera tal que la propia Constitución no pueda ser modificada por la ley (ordinaria); (iii) otorgando a los jueces en general el poder de negar aplicación a leyes inconstitucionales u otorgando a un juez constitucional *ad hoc* el poder de anular las leyes inconstitucionales. En el ordenamiento italiano vigente, el art. 138, Const. it., al prever un procedimiento de revisión constitucional distinto del procedimiento legislativo común, dispone indirectamente que la ley ordinaria no puede modificar la Constitución; de ello resulta que la ley ordinaria no puede contener normas que contravengan la Constitución. Los arts. 134 y 136, Const. it., así como el art. 30, Ley n. 87 de 1953, otorgan a la Corte Constitucional el poder de declarar la «ilegitimidad constitucional» de las leyes y de los actos con fuerza de ley, vale decir (grosso modo), de anular las normas legales que contravengan la Constitución (en estricto, no es que la Corte Constitucional «anule» las normas inconstitucionales: ella se limita a declarar su invalidez; el efecto de anulación resulta *ipso iure* de la declaración de la Corte en virtud de las normas constitucionales y legislativas que regulan, precisamente, los efectos de las sentencias constitucionales). Asimismo, el art. 4, primer párrafo, Disp. Prel. Cód. Civ. it., establece que «los reglamentos no pueden contener normas contrarias a las disposiciones legales»; el art. 26, Decreto Real n. 1054 de 1924 y el art. 2, Ley n. 1034 de 1971 otorgan al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos regionales, respectivamente, el poder de anular los actos administrativos (incluidos los reglamentos) adoptados en «violación de la ley»; el art. 5, Ley n. 2248 de 1865, numeral e, otorga a los jueces ordinarios el

- (b) por la otra, las normas con las que aquella misma fuente (por ejemplo, la Constitución) regula directamente determinados supuestos de hecho (por ejemplo, otorgando derechos a los ciudadanos).

El límite material a la regulación futura deriva del hecho de que, en virtud de las normas del primer tipo, la fuente subordinada no puede contradecir las normas del segundo tipo. Por ejemplo, en un régimen de Constitución rígida, la ley –estando jerárquicamente subordinada a la Constitución, en virtud de las normas del tipo (a)– no puede contener normas que contradigan la Constitución, cuando esta –mediante normas del tipo (b)– regula directamente determinados supuestos de hecho.

Así, por ejemplo, si la Constitución establece que «Si ciudadano, entonces derecho de asociación» (norma del segundo tipo: art. 18, primer párrafo, Const. it.), la ley no puede a su vez disponer que «Si ciudadano, entonces no derecho de asociación», porque ello le está prohibido debido a la rigidez de la Constitución (que deriva de normas del primer tipo: arts. 134 ss., Const. it.). Por la misma razón, cuando la Constitución establece «Si mayor de edad, entonces derecho de voto» (art. 48, primer párrafo: norma del segundo tipo), la ley no puede a su vez disponer: «Si mayor de edad, entonces no derecho de voto», etc.

Luego, también se puede hablar de límites «indirectos» (formales y sustanciales) a la regulación futura, en un sentido distinto: la fuente A limita «indirectamente» el procedimiento de producción o el contenido de la fuente B cuando impone a la fuente B adecuarse a la fuente C.

Así, por ejemplo, la Constitución italiana vigente no solo limita la legislación futura dictando directamente normas dirigidas al legislador o regulando, sin más, determinados supuestos de hecho en una forma que el legislador no pueda contradecir, sino también haciendo *reenvío* a normas no constitucionales y ordenando al legislador obedecerlas.

poder de inaplicar los actos administrativos (incluidos los reglamentos) que no sean «conformes a las leyes», etc.

En concreto: la Constitución (art. 72) ordena al Parlamento obedecer, en el procedimiento de formación de la ley, no solo a la propia Constitución, sino también a los reglamentos parlamentarios; la Constitución (art. 117, tercer párrafo) ordena al legislador regional adecuarse, en la regulación de algunas materias, no solo directamente a la propia Constitución, sino también a los principios fundamentales de las distintas materias establecidas por leyes ordinarias estatales; la Constitución (art. 76) ordena al legislador delegado, vale decir, al gobierno, adecuar la legislación delegada no solo a la propia Constitución, sino también a la ley ordinaria que otorga la delegación; etc.

En doctrina se suele decir que las normas no constitucionales a las que la Constitución reenvía, juegan, en el juicio de legitimidad constitucional, el rol de «normas interpuestas» entre la Constitución y la fuente (ley ordinaria estatal, ley regional, decreto legislativo delegado, etc.) referida. En el sentido de que la violación *directa* de la norma, a la cual la Constitución reenvía, constituye violación *indirecta* de la propia Constitución.

CAPÍTULO V
NORMAS Y DISPOSICIONES

1. Dos acepciones de «norma»: el enunciado y su significado. 2. Disposiciones que expresan varias normas. 3. Disposiciones ambiguas. 4. Disposiciones sinónimas. 5. Disposiciones sin normas. 6. Normas carentes de disposición.

1. Dos acepciones de «norma»: el enunciado y su significado

El vocablo «norma» es ampliamente usado –en el lenguaje doctrinario, judicial e incluso en el lenguaje de las fuentes– de modo inconstante.

- (a) En ocasiones, se denomina «norma» un enunciado de las fuentes normativas.
- (b) En otras, se denomina «norma» el significado –el contenido de sentido– de un enunciado normativo (de un segmento de enunciado normativo o de una combinación de enunciados normativos).
- (c) A menudo, se usa «norma» para referirse conjunta e indiferentemente a una y otra cosa, como si todo enunciado incorporase un único, unívoco, sentido.¹

¹ Esta forma de expresarse supone una teoría «cognitiva» de la interpretación, según la cual todo texto normativo incorpora un único y unívoco, significado,

Tomemos por ejemplo dos expresiones recurrentes en los discursos de juristas y jueces: «interpretación de normas» y «aplicación de normas». Manifiestamente, el vocablo «norma» no tiene el mismo significado en la primera y en la segunda expresión. Cuando se habla de interpretación de normas, el vocablo «norma» designa un enunciado del discurso normativo, ya que la interpretación es una actividad que se ejerce sobre textos. Por el contrario, cuando se habla de aplicación de normas, el mismo vocablo «norma» se refiere al contenido de significado de un enunciado legislativo, determinado precisamente mediante la interpretación, desde el momento en que ningún texto normativo puede ser aplicado si no es interpretado previamente, es decir, si no es luego de haber determinado su contenido de sentido.

A pesar de que el uso común no la distinga, es conveniente trazar una línea de demarcación clara entre los textos normativos y su contenido de significado, introduciendo una terminología *ad hoc*. De conformidad con un modo de expresión todavía en uso:

- (i) denominaremos «disposición» todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho;
- (ii) denominaremos «norma» en sentido amplio (no la propia disposición, sino) su contenido de sentido, su significado, que es una variable dependiente de la interpretación.²

En este sentido, mientras que la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma constituye su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y pendiente de ser interpretado. En cambio, la norma es una

mientras que la interpretación consiste en tomar conocimiento de él. Cfr. Riccardo GUASTINI. *Nuovi studi sull'interpretazione*, esp. cap. III y V.

² La terminología («disposición» vs. «norma») la hemos tomado prestada de Vezio CRISAFULLI. «Disposizione (e norma)». In *Enciclopedia del diritto*. Al respecto, cfr. Riccardo GUASTINI. *Dalle fonti alle norme*, 2ª ed., pp. 20 ss. Sin embargo, este modo de distinguir (enunciado vs. significado) se remonta a las enseñanzas de Giovanni TARELLO. *Diritto, enunciati, usi*, parte II; *L'interpretazione della legge*.

disposición interpretada y, de esta forma, reformulada por el intérprete: esta es, por tanto, un enunciado del lenguaje de los intérpretes.

La distinción es necesaria por el hecho de que entre disposición y norma no se da una correspondencia biunívoca. Ello por muchas razones.

2. Disposiciones que expresan varias normas

En primer lugar, muchas disposiciones –quizá todas las disposiciones– presentan un contenido de significado complejo, en el sentido de que expresan no una única norma, sino una multiplicidad de normas conjuntas. En este sentido, a una sola disposición corresponden *varias normas conjuntamente*.

Así, por ejemplo, la disposición del art. 1417 Cód. Civ. it. («La prueba testimonial de la simulación es admisible sin límites, si la demanda es interpuesta por acreedores o terceros y, cuando esté dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado, también si es interpuesta por las partes») expresa al menos tres, sino cuatro, normas distintas: (a) La prueba testimonial es admisible si la demanda es interpuesta por acreedores; (b) la prueba testimonial es admisible si la demanda es interpuesta por terceros; (c) la prueba testimonial es admisible si la demanda es interpuesta por las partes y si está dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado; (d) la prueba testimonial no es admisible si la demanda es interpuesta por las partes pero no está dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado.

Asimismo, el art. 25, segundo párrafo, Const. it («Nadie puede ser sancionado si no es en virtud de una ley que haya entrado en vigencia antes de la comisión del hecho»), expresa –al mismo tiempo– tanto: (a) el principio de la reserva absoluta de ley en materia penal (solo la ley estatal puede establecer los delitos y las penas), como (b) el principio de la irretroactividad de la ley penal (la ley penal solo puede disponer para el futuro).³

³ Cfr. Antonio CASSESE. «Commento all'art. 10». In *Principi fondamentali, Commentario della Costituzione*, Branca, Giuseppe (al cuidado de), pp. 497 ss., extrae hasta

Por otra parte, encontramos ejemplos macroscópicos del fenómeno bajo análisis en todas las sentencias constitucionales estimatorias «parciales»; vale decir, aquellas en las que la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una disposición, pero no en su integridad sino «en la parte en la que» expresa determinada norma, sin afectar las normas restantes expresadas conjuntamente por aquella misma disposición.

3. Disposiciones ambiguas

En segundo lugar, muchas disposiciones son ambiguas o, de alguna forma, equívocas, de modo que toleran atribuciones de significado diversas y contradictorias. En este sentido, a una sola disposición –quizá a toda disposición– corresponde no una sola norma, sino una multiplicidad de normas separadas. Una sola disposición expresa *varias normas de manera separada*: una u otra, en función de las diversas interpretaciones posibles.⁴

El punto es bastante obvio –y no es necesario ejemplificar– ya que este tipo de disociación entre disposiciones y normas se manifiesta en toda controversia interpretativa. De cualquier forma, aquí un simple ejemplo. El art. 59, segundo párrafo, Const. it. («El Presidente de la República puede nombrar como senadores vitalicios a cinco ciudadanos...»), puede ser entendido: (a) en el sentido de que el órgano «Presidente» puede nombrar a cinco senadores, de modo que en todo momento pueden haber cinco y no más de cinco senadores nombrados

cinco normas del art. 10, primer párrafo, Const. it.: (i) toda vez que existe una norma internacional general, surge inmediatamente en el ordenamiento italiano una norma interna correspondiente; (ii) las normas vigentes al momento de la entrada en vigencia de la constitución, contrarias a las costumbres internacionales son abrogadas; (iii) si, por casualidad, en el futuro se producen normas no conformes con el derecho internacional general, estas deberían ser declaradas ilegítimas; (iv) los órganos competentes en materia de relaciones internacionales deben abstenerse de elaborar normas convencionales contrarias a las internacionales consuetudinarias; (v) las disposiciones vigentes deben ser interpretadas de manera que se adecuen a las normas internacionales consuetudinarias.

⁴ Cfr. también Riccardo GUASTINI. *Nuovi studi sull'interpretazione*, cap. I y III.

por el presidente; como también (b) en el sentido de que no el órgano, sino cada uno de sus titulares puede nombrar cinco senadores, independientemente del número de senadores eventualmente nombrados por sus predecesores y aún con vida.

De este tipo de disociación entre disposiciones y normas se puede encontrar un buen ejemplo en cualquier sentencia interpretativa de desestimación de la Corte Constitucional, cuando la Corte declara que la cuestión es infundada, con la condición de que la disposición sometida a su juicio sea interpretada de una forma determinada y no de otra (y no en la forma planteada en el recurso o en la ordenanza de remisión).

4. Disposiciones sinónimas

En tercer lugar, puede ocurrir que dos disposiciones sean perfectamente sinónimas; es decir, que una sea mera iteración de la otra. En estos casos, a dos disposiciones corresponde una sola norma.

Un ejemplo elegido aleatoriamente: según una interpretación razonable, el art. 8, Ley n. 62, 1953, «La Región ejerce la potestad legislativa sobre las materias y en los límites establecidos por la Constitución, y según las normas de su propio Estatuto», no hace más que iterar una serie de normas ya expresadas (en aquel entonces) en diversas disposiciones constitucionales (arts. 117, 120, 123, Const. it.).

Como también puede ocurrir (y es bastante frecuente) que dos disposiciones no sean perfectamente, pero sí –por decirlo así– parcialmente sinónimas; en el sentido de que estas expresan dos conjuntos de normas que se superponen en parte o que cada una de ellas expresa una pluralidad de normas, de modo que una o más normas expresadas por la primera disposición también son expresadas (redundantemente) por la segunda.

Por ejemplo, se puede considerar que la norma según la cual la conformidad con la ley es condición de validez de los reglamentos del Ejecutivo (de manera que los reglamentos están jerárquicamente subordinados a la ley) sea expresada (o implicada) –junto a otras normas– tanto por el art. 4, primer párrafo, Disp. Prel. Cód. Civ. it., como por el art. 5,

ley del 20 de marzo de 1865, lit. *e*, sobre el contencioso-administrativo, así como por el art. 77, primer párrafo, Const. it. Asimismo, la norma según la cual los actos gubernativos que tienen valor o fuerza de ley deben ser refrendados por el Presidente del Consejo es expresada –junto a otras normas– tanto por el art. 89, segundo párrafo, Const. it., como por el art. 5, primer párrafo, lit. *d*, Ley n. 400 de 1988.

5. Disposiciones sin normas

En cuarto lugar, puede ocurrir que una disposición no exprese ninguna norma.⁵ ¿En qué sentido?

En sentido fuerte, puede decirse que una disposición no exprese ninguna norma para entender que carece completamente de todo significado normativo (ejemplos: «una invocación a la divinidad, una fórmula dedicatoria, una exposición de motivos, una declaración didáctica y exhortativa»)⁶ o que su contenido normativo, si subsiste, no es, sin embargo, susceptible de identificación en sede interpretativa.⁷

En sentido débil, puede decirse que una disposición no exprese ninguna norma para entender que ella no expresa, propiamente hablando, una norma, sino solo un fragmento de norma;⁸ o que ella expresa no una norma completa, sino una norma inconclusa o incompleta.⁹

⁵ Cfr. Riccardo GUASTINI. *Dalle fonti alle norme*, pp. 25 ss. De otro lado, niega que puedan darse disposiciones no productivas de normas Antonio RUGGERI. *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, v. I, *L'ordinazione in sistema*, p. 44.

⁶ Los ejemplos son de Vezio CRISAFULLI. «Fonti del diritto (diritto costituzionale)». In *Enciclopedia del diritto*, pp. 928 ss.

⁷ Cfr. Antonio RUGGERI. *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, pp. 6 ss. Un esbozo en la sentencia de la Corte Const. it. n. 185 de 1992.

⁸ Se pueden considerar «fragmentos de norma» todos aquellos enunciados (no prescriptivos) presentes en el discurso legislativo que pueden ser usados solo en combinación con normas imperativas o permisivas, por ejemplo: disposiciones definitorias, disposiciones abrogativas, disposiciones de interpretación auténtica, etc.

⁹ Es inconclusa toda norma que contenga un término que haga reenvío a otras normas o, de alguna forma, presuponga la interpretación de otras disposiciones.

6. Normas carentes de disposición

En quinto lugar, resulta evidente desde una perspectiva realística que el ordenamiento jurídico (todo ordenamiento) no consta únicamente de normas que pueden extraerse, mediante interpretación, de las disposiciones contenidas en las fuentes: además, este está repleto de normas carentes de disposición.¹⁰

Naturalmente, carecen de disposición las normas de fuente consuetudinaria, al menos hasta que no lleguen a ser formuladas en una «fuente de cognición» (una recopilación de usos y costumbres) o en una decisión jurisdiccional. No obstante, no es este el punto interesante en el presente contexto.

En esta sede interesa remarcar que carece de disposición toda norma que no pueda ser referida a un enunciado preciso de las fuentes, como su significado, siendo meramente implícita o inexpresa.

En este contexto, la expresión «norma implícita» debe ser entendida en un sentido bastante amplio como para incluir al menos tres clases de normas:

- (a) las normas que pueden ser inferidas a partir de las normas explícitas según esquemas de razonamiento lógicamente válidos y sin la adición de ulteriores premisas (vale decir, sin el empleo de premisas que no sean normas explícitas);¹¹
- (b) las normas que pueden ser inferidas válidamente de las normas explícitas solo con la adición de premisas ulteriores:

¹⁰ «No todas las normas [...] tienen detrás suyo disposiciones correspondientes»: Vezio CRISAFULLI. «Disposizione (e norma)». In *Enciclopedia del diritto*, p. 196. En el mismo texto, CRISAFULLI habla de «normas sin disposición» y de «principios [...] carentes de formulación» (*Ibidem*, p. 197).

¹¹ Por ejemplo, la norma según la cual todos los ciudadanos que hayan cumplido dieciocho años son electores, es implícita en este sentido, siendo el resultado de la simple combinación de dos normas expresas: el art. 48, primer párrafo, Const. it. («Son electores todos los ciudadanos [...] que han alcanzado la mayoría de edad») y el art. 2, primer párrafo, Cód. Civ. it. («La mayoría de edad es establecida al cumplimiento de los dieciocho años»).

vale decir, de premisas que no constituyen, a su vez, normas explícitas (por ejemplo, «construcciones dogmáticas» de los juristas, como la teoría del contrato, la teoría del delito, la teoría del gobierno parlamentario, la teoría de la costumbre internacional, etc.);¹²

- (c) las normas que pueden ser persuasivamente inferidas a partir de las normas explícitas, según esquemas de razonamiento no deductivos y lógicamente inválidos (por ejemplo, entimemas, conjeturas sobre *ratio legis*, el argumento analógico, el argumento *a contrario*, etc.).

En términos generales, son normas implícitas del tercer tipo los «principios generales» del ordenamiento jurídico (art. 12, segundo párrafo, Disp. Prel. Cód. Civ. it.), o la mayoría de ellos.¹³ Por ejemplo: el principio de tutela de la buena fe, el principio de libertad de las formas contractuales, el principio dispositivo en el proceso civil, el principio de razonabilidad, el principio de conservación de los documentos normativos, el principio del «favor» en el derecho del trabajo, el principio del procedimiento justo, etc.

También son implícitos o inexpresos muchos de los «principios fundamentales» (arts. 117, tercer párrafo, Const. it.) de una u otra materia confiada a la competencia legislativa concurrente de las regiones: por lo menos, son inexpresos aquellos relativos a materias para las cuales no se haya adoptado una ley marco *ad hoc*.

Sin embargo, se puede encontrar una variedad de ejemplos de normas inexpresas en las sentencias constitucionales «manipulativas»

¹² Por ejemplo, es implícita en este sentido la norma según la cual las leyes estatales y actos equiparados pueden establecer delitos y penas. Dicha norma es obtenida, de hecho, del art. 25, segundo párrafo, Const. it. («Nadie puede ser sancionado si no es en virtud de una ley [...]») combinado con una peculiar definición doctrinal de «ley», en virtud de la cual «ley», en este contexto, significa: por una parte, solo la ley estatal (no la ley regional); por el otro, no solo la ley entendida en sentido estricto, sino también los actos con fuerza de ley.

¹³ Tales son –se entiende– los principios expresamente constitucionalizados.

NORMAS Y DISPOSICIONES

estimatorias: vale decir, aquellas mediante las cuales la Corte introduce una norma inexpressa en el ordenamiento (sentencias aditivas), o declara la ilegitimidad constitucional de una norma expresa y, al mismo tiempo, la sustituye con una norma inexpressa (sentencias sustitutivas).