

EL CONCEPTO DE LA NORMA JURÍDICA Y SUS TIPOS*

Gabriele KUCSKO-STADLMAYER**

SUMARIO: 1. *El Concepto del derecho y de las normas jurídicas.* a) *El derecho como orden social.* b) *El derecho como orden coactivo.* c) *El derecho como orden coactivo normativo.* 2. *Tipos de normas jurídicas.* a) *La norma coactiva.* b) *La norma de habilitación.* c) *Resultados preliminares.* d) *La norma permisiva.* e) *La norma derogatoria.* f) *Resumen.* 3. *Norma jurídica y proposición jurídica.* 4. *Resultado.*

1. CONCEPTO DEL DERECHO Y DE LAS NORMAS JURÍDICAS

a) *El Derecho como orden social*

El concepto ‘norma jurídica’ es un concepto central de la Teoría pura del Derecho.¹ Para analizar el concepto en el sistema de esta teoría, es indispensable, ante todo, investigar cómo define la Teoría pura del Derecho su objeto de conocimiento: el Derecho.

Kelsen, en la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*² parte del mismo conocimiento fundamental: con la expresión ‘Derecho’ siempre

* Este artículo es una adaptación de la conferencia dictada por el autor en el Seminario Internacional sobre la obra de Hans Kelsen, organizado por el Hans Kelsen Institut Stiftung de Viena, la Fiscalía General de la República de Cuba, y la Unión Nacional de Juristas de Cuba, celebrado en la ciudad de La Habana, Cuba. El tiempo transcurrido para la publicación de este artículo no es imputable al autor.

** Profesor miembro del Instituto Hans Kelsen de Viena.

¹ WALTER, Robert. *Der Aufbau der Rechtsordnung*, 1974, p. 16. Existe versión española de Ernesto Volkening: *La estructura del orden jurídico*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis S. A., 1984.

² ZWEITE, vollständig neu barbeitete und erweiterte Auflage, Viena, Franz Deuticke Verlag, 1960. Existe versión española de Roberto J. Vernengo, con Presentación de Rolando Tamayo y Salmorán: *Teoría pura del derecho*, México, UNAM., Instituto de Investigaciones Jurídicas,

se designa —por diferentes pueblos y en diferentes épocas— fenómenos sociales, considerados como órdenes del comportamiento humano.^{3,4} Se trata, igualmente, de órdenes sociales. El comportamiento humano se regula sólo en tanto se relacione —directa o indirectamente— con otros individuos. Esta relación puede ser individual (así, la norma que prohíbe el homicidio) o también colectiva, la que persigue la protección de la comunidad jurídica como tal (así, la norma que ordena la protección de los animales, plantas y objetos inanimados). En ambos casos, se regula —con o sin un fundamento convincente— aquello que se considera valioso para la comunidad.⁵

b) *El Derecho como orden coactivo*

Sin embargo, para la Teoría pura del Derecho no todo orden social es un orden jurídico. Lo característico de este último es que reacciona con un mal (Übel) ante un comportamiento socialmente perjudicial (sozial schädliche) y, en consecuencia, no deseado (unerwünschte). Ese mal, que por ejemplo, puede consistir en la privación de la vida, la salud, la libertad o de bienes materiales, se le aplica al afectado, aun contra su voluntad y, si es el caso, mediante el uso de la fuerza, aplicando la coacción. Los órdenes jurídicos son órdenes coactivos en la medida que ordenan un comportamiento determinado, imponiendo un acto de coacción al comportamiento contrario. Este acto está dirigido contra el individuo cuya conducta es contraria a la norma.

El Derecho, como orden coactivo, se diferencia de otros órdenes sociales. Kelsen no deja de reconocer que otros órdenes normativos, como la religión o la moral⁶ prevén, al igual que el Derecho, consecuencias coactivas. De modo que la violación de una norma religiosa puede

1979 (con sucesivas reimpresiones). Primera edición de editorial Porrúa, S.A. 1991 (con sucesivas reimpresiones). NE.

³ Para Kelsen, “un orden” es constituido como una unidad, en tanto todas las normas de ese sistema tienen el mismo fundamento de validez; éste, en la *Teoría pura del Derecho*, reside en la norma fundamental, de la cual derivan su validez todas las normas pertenecientes a ese orden. (*Vid. Reine RECHTSLEHRE*, *cit.*, p. 32, *Vid.: Teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 44-45).

⁴ Ciertamente, los órdenes jurídicos modernos no regulan el comportamiento de animales. (*Vid. Reine RECHTSLEHRE*, *cit.*, pp. 32 y s; *Vid.: Teoría pura del Derecho*, *cit.*, p. 45).

⁵ *Reine RECHTSLEHRE*, *cit.*, pp. 33 y s. *Vid.: Teoría pura del Derecho*, *cit.*, p. 46.

⁶ En el original dice “Moral- und Sittenordnungen”. Hemos traducido ‘religión o moral’ en la medida en que, en el contexto, Sitten (‘costumbres’) se entiende como moral positiva y con Moral, la autora alude a una moral dogmática (moral religiosa) en cuyo caso, no siendo una moral positiva, se opondría a Sittenordnung.

originar sanciones trascendentes, como castigos en el más allá, o, en el caso de la violación de una norma moral, la reprobación por parte de la comunidad (por ejemplo, las violaciones a las reglas que regulan el trato social de los individuos). Sin embargo, este tipo de sanciones se diferencia de las sanciones del orden jurídico. Estas últimas son **actos coactivos de la comunidad socialmente organizados**.⁷

c) El Derecho como orden normativo que impone sanciones

Lo que se ha dicho, según Kelsen, debe precisarse: el acto coactivo previsto por el Derecho para un comportamiento socialmente perjudicial se expresa en un “deber ser” (Sollen). En el caso de la amenaza de un acto coactivo no se trata sólo —supongamos el caso de un delito— de la afirmación de que un acto coactivo se aplicara. Más bien se determina que bajo determinadas condiciones, un acto de coacción debe ser aplicado por determinados órganos. La amenaza jurídica de un acto coactivo debe entenderse como una **norma**.⁸ Esto es válido incluso cuando una ley penal —en lugar de una formulación normativa— contiene, por ejemplo, la siguiente frase (Satz): ‘el robo se castiga con prisión’, puesto que, en el caso, el sentido de la frase no es la afirmación de un hecho real, sino una norma, un “deber ser”.⁹ Sin duda, se trata de cuestiones fundamentalmente diferentes. Aquí se manifiesta la diferencia que presupone la Teoría pura del Derecho entre “ser” y “deber ser”.

Ciertamente, no toda formulación (Ausspruch) de un “deber ser” puede interpretarse como una norma jurídica, sino porque las normas jurídicas son parte de un “orden” del comportamiento humano. El mandato del asaltante, dirigida a su cómplice, de abatir a la víctima si se resiste, aunque contiene la expresión de un “deber ser” no debe considerarse, sin embargo, parte del orden jurídico, puesto que en él no se encuentra ningún fundamento de validez de dicho mandato. No es parte del sistema de normas sociales llamado ‘orden jurídico’, cuya unidad se constituye por el hecho de que todas esas normas derivan de la norma fundamental. Sin el supuesto (Annahme) de una norma fundamental, no se puede hablar de ‘Derecho’, de ‘orden jurídico’ ni de ‘norma jurídica’.

⁷ *Ibidem cit.*, pp. 34 y ss. *Vid. Teoría pura del Derecho*, pp. 57 y ss.

⁸ *Ibidem, cit.*, pp. 45 y ss. *Vid. Teoría pura del Derecho*, pp. 57 y ss.

⁹ *Ibidem, cit.*, p. 7. *Vid.: Teoría pura del Derecho*, p. 21.

Aquí se cierra el círculo: según la Teoría pura del Derecho, debe considerarse como “Derecho” un sistema de normas —constituido por la norma fundamental— las cuales prescriben la aplicación de actos de coacción socialmente organizados para un determinado comportamiento, considerado como no deseado (unerwünscht). Sobre esta base deben descansar los argumentos que buscan una definición del concepto de norma jurídica y la descripción de los diferentes tipos de normas jurídicas.

2. TIPOS DE NORMAS JURÍDICAS

a) *La norma coactiva*

Cuando se habla de normas jurídicas en el lenguaje cotidiano, pensamos, primeramente, en las normas que prescriben (vorschreiben) o prohíben (verbieten) un comportamiento determinado; así, por ejemplo: la prescripción de no matar a otros, o la de no construir sin la autorización o la de pagar los impuestos. La función específica de estas normas consiste en ordenar (Gebieten) un comportamiento determinado. Lingüísticamente se diferencia entre “ordenar” y “prohibir” (“Gebieten und Verbieten”). A pesar de ello se puede hablar en ambos casos de ordenar o mandar. Por un lado, se ordena una acción, por otro, una omisión. Toda prohibición puede formularse como un mandato; la prohibición: ‘no se puede robar’ no es otra cosa que el mandato: ‘debe omitirse robar’. Considerando correctamente el objeto de la norma como “comportamiento”, entonces desaparece la necesidad de distinguir entre órdenes y prohibiciones. Asimismo, se pudiera hablar de ‘normas de comportamiento’ o de ‘normas que ordenan’ o ‘normas que prescriben’ (Gebotsnormen).

Con la definición de comportamiento prescrito (Verhaltensgebot), Kelsen no ha determinado aún el carácter específico de estas normas. El factor esencial, por el cual un comportamiento determinado del destinatario es jurídicamente prescrito, es el acto coactivo. Este se impone, en calidad de sanción, al comportamiento contrario a la norma. La disposición ‘no se debe robar’, según esta concepción, no es, en absoluto, una norma. Una norma completa tiene que formularse: ‘quien roba debe ser castigado’. Teniendo en cuenta el carácter necesario del elemento coactivo, se puede caracterizar estas normas, más correctamente, como ‘normas coactivas’.

En la construcción teórica de estas normas —en apariencia bastante simple— existían divergencias desde antes de la formulación de la

Teoría pura del Derecho: algunos opinaban que, atendiendo a la importancia del elemento coactivo, lo prescrito (lo ordenado) era solamente la aplicación de la sanción, mientras que el llamado comportamiento socialmente perjudicial era sólo la condición del acto coactivo.¹⁰ El destinatario de la norma sería, consiguientemente, el órgano que impone la sanción. Otros pensaban que lo prescrito (ordenado) era, primariamente, el comportamiento socialmente deseado y, subsidiariamente, en caso de incumplimiento, se ordena la aplicación de un acto de coacción. Los órdenes se dirigen, en primer término, al individuo y, sólo después, al órgano, cuando el individuo no cumple con el comportamiento prescrito.¹¹

En el caso de la última construcción mencionada de la norma coactiva, ésta se divide en dos partes: una norma primera (Gebotsnorm 1), la cual ordena un comportamiento debido, y una norma segunda (Gebotsnorm 2), que —en caso de desobediencia— prescribe que la sanción debe ser aplicada. La norma segunda se puede denominar norma sancionadora' (Sanktionsnorm).^{12, 13}

Las reflexiones teóricas de Kelsen sobre la descripción conceptual de las normas coactivas oscilan entre las dos concepciones mencionadas. En la primera edición de la *Reine Rechtslehre* (Teoría pura del Derecho),¹⁴ defiende la construcción doble antes mencionada: “lo primario” de la Teoría pura del Derecho se expresaría en que... “un acto coactivo debe producirse como una consecuencia”; “lo secundario” es la normación del comportamiento que evita el acto coactivo. Se le atribuye una importancia sólo secundaria, porque allí “no se expresa la relación con el acto coactivo que es esencial para el carácter jurídico de la norma”.¹⁵

¹⁰ *Vid*, por ejemplo, Binder, ... *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912, 27.

¹¹ Véase, asimismo, Binding, ... *Die Normen und ihre Übertretung* I4, 7 ff.

¹² Las partes de la norma coactiva usadas aquí en conceptos de “norma” ordenadora y “norma” sancionadora no deben confundirse, sobre todo tratándose de partes independientes de la norma coactiva.

¹³ En este sentido Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre*, 1948, 8ff.

¹⁴ La primera edición de la *Reine Rechtslehre* apareció con el subtítulo: *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig y Viena, Franz Deuticke Verlag. Reimpresa por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, en 1985 con un prólogo de Stanley L. Paulson. Existe versión española de Jorge G. Tijerina: *La teoría pura del derecho*. Introducción a la problemática científica del derecho, con Introducción de Carlos Cossío, Editorial Lozada, S.A., 1941, (Reimpresa por la misma editorial en 1946 y, posteriormente en México por Editora Nacional 1981). Esta traducción fue precedida por la publicación de un trabajo inédito en alemán traducido por Luis Legaz y Lacamra: *La teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933 (reimpreso en México por Colofón, S.A., 1989). NE. (En lo sucesivo se cita: *Reine Rechtslehre*.)

¹⁵ *Reine RECHTSLEHRE*, cit., p. 30. *Vid: La teoría pura del Derecho*, cit., pp. 57 y s. NE.

En su *General Theory of Law and State*,¹⁶ Kelsen sostiene, inicialmente, la tesis de la norma primaria y secundaria y enfatiza aún más la insignificancia de la norma secundaria, a la que designa como superflua únicamente la norma primaria es “genuina”, la secundaria —afirma— existe [sí, pero] está contenida en aquella. En el examen de una norma secundaria se utiliza una construcción auxiliar. De ahí que sea falso considerar un delito como “ilicitud” toda vez que para el orden jurídico solo existe la norma primaria, dirigida a los órganos estatales; la comisión de un delito únicamente representa la condición de la sanción. De ahí que una “violación al Derecho” —en contraste con el uso habitual del lenguaje— sólo puede ser cometida por el órgano.¹⁷

En la segunda edición de la Teoría pura del Derecho, Kelsen ya no sostiene la idea de una norma “secundaria”. Sólo se puede considerar prescrito un comportamiento, en la medida que está asociado —como condición— a una sanción. “El comportamiento prescrito no es”, por tanto, “lo debido”.¹⁸ “Lo debido es la sanción”. Esta misma concepción se expresa en la obra póstuma de Kelsen: *Teoría general de las normas*.^{19, 20}

Cuál ha sido la consecuencia de esta concepción teórica? Se observa que las “normas” sin sanciones en el sistema de la Teoría pura del Derecho no pueden ser calificadas como “normas jurídicas” aún cuando hayan sido creadas a través de un procedimiento previsto en la constitución. Los ordenamientos programáticos, tales como: ‘No se debe contaminar el medio ambiente’, ‘el hombre debe comportarse con fidelidad’, etcétera, si no están enlazados a una sanción, según afirma esta tesis, no son normas jurídicas.

¹⁶ Trad. de Anders Wedberg, Cambridge Mass. Harvard University Press, 1945 con el Appendix: “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, trad. por Wolfgang Kraus, versión inglesa de *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Pan-Verlag, R. Heise, 1928 (Kant-Gesellschaft, 31); obra reimpresa por Russell & Russell, Nueva York, 1961. Existe versión española de Eduardo García Maynez: *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1949. La segunda edición apareció en 1958 y se ha reimpreso en 1969, 1979, 1983 y 1988. (En lo sucesivo se cita: *General Theory*). NE.

¹⁷ *Vid.*; *op. ul. cit.*, pp. 61 y s. (*Vid.*: *Teoría general del Derecho y del Estado*, *cit.*, pp. 71 y s.

¹⁸ *Reine Rechtslehre*, *cit.*, p. 96. *Vid.* *Teoría pura del Derecho*, *cit.*, pp. 106 y s). NE.

¹⁹ Editado por Kurt Ringhofer y Robert Walter, Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979. No existe versión española aún, pero existe versión italiana de Mirella Torre con un estudio preliminar de Mario Lozano: *Teoría generale delle norme*, Turín, Giulio Einaudi editore, 1985. También existe una excelente versión inglesa de Michael Hartney: *General Theory of Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1991. NE.

²⁰ Por cierto, en este conocimiento no puede pasar inadvertido que “lo debido” de la sanción da por resultado que, cuando se desobedece a la norma sancionadora establecida por el órgano

Aun cuando Kelsen considera la infracción del mandato del orden jurídico como condición para la aplicación de una sanción, se relativiza tanto el valor positivo de la conducta prevista por la sanción, como el valor negativo de la conducta provocada por la sanción. Este valor depende únicamente de la existencia de la sanción del Derecho positivo que apercibe, es una habitual valoración de la conducta social correspondiente excluida del punto de vista jurídico. La estricta separación que hace la Teoría pura del Derecho entre moral y Derecho, así como su carácter ideológico-críticos se realiza, también, en el concepto de norma jurídica.

b) *La norma de facultamiento*

Si se analizan más detalladamente las normas de un orden jurídico cualquiera, se evidencia que no todas están formuladas como normas coactivas. De este modo existen normas en el Derecho Constitucional que regulan la promulgación de leyes y otras disposiciones. En el Derecho Civil existen normas que determinan en detalle la celebración de contratos; en el procesal, normas que determinan, con precisión, los actos de ejecución. Todas estas normas tienen en común que en este caso no debe ser impuesto un determinado comportamiento a aquel que está sometido a una norma —como en el caso de la norma coactiva—, sino que establece la capacidad de crear nuevas normas jurídicas realizando actos jurídicamente relevantes.²¹ Estas normas jurídicas se manifiestan en determinados actos jurídicos de los órganos. El órgano puede obligarse, pero no necesariamente, a través de una norma de comportamiento a hacer uso de sus facultades.

Ahora bien, ¿el conocimiento de un tipo de norma que no opera mediante la coacción, prueba que el concepto de norma jurídica de la Teoría pura del Derecho es inadecuado? Con ello se cuestiona el carácter de “deber ser” del Derecho, tan esencial para Kelsen? Kelsen se anticipó a estas objeciones definiendo su “categoría del deber ser”: el ‘deber ser’ expresa el sentido de determinados actos humanos que están dirigidos intencionalmente al comportamiento de los hombres.²² Ahora

sancionador, se presenta, a su vez, otra situación que da lugar al órgano judicial para sancionarla. Se mantiene, así, una cadena infinita de normas.

²¹ Kelsen habla de un “poder jurídico” (Rechtsmacht) (*Vid.*: Reine Rechtslehre, p. 123). En la versión española Rechtsmacht se traduce como ‘potestad’. (*Vid.* Teoría pura del Derecho, *cit.*, pp. 132. NE).

²² *Vid.* Reine Rechtslehre, *cit.*, p. 4. *Vid.* Teoría pura del Derecho, *cit.*, p. 18.

bien, toda vez que facultar la creación de normas de comportamiento humano es regulado en sentido positivo,²³ se pudiera hablar, también, en este caso, de un “deber ser”.²⁴ Así como en el lenguaje cotidiano ‘deber ser’ se emplea como sinónimo de ‘prescribir’, por el contrario, ‘facultar’ se identifica con ‘poder’ (Können). En contraposición a ello, se pudiera partir de otro concepto de “deber ser” que permitiera calificar a las reglas que facultan como “normas”. Para hacer conciliar “la norma de facultamiento” adoptada con la concepción del orden jurídico como “orden coactivo”, se necesitaría conocer la relación de estas normas con la categoría normativa de “norma coactiva”. Esta relación la construye Kelsen de la siguiente manera:

La condición previa para la imposición de una sanción en caso de desobediencia de las normas coactivas, no es sólo la violación de esa norma, sino, también, la validez de esa norma. Teniendo en cuenta que una norma de comportamiento es válida sólo cuando se cumplen todas las reglas que dieron lugar a su creación, entonces las reglas de creación de tales normas (de las normas de facultamiento) constituyen condiciones de validez de las normas coactivas. La reglas del Derecho constitucional sobre la elección de diputados, los acuerdos parlamentarios, las mayorías necesarias, la participación del pueblo, la publicación de una ley, etcétera, constituyen condiciones para la creación de la norma coactiva²⁵ y, por ende, también, son condiciones para la imposición de la sanción,²⁶ a la que estas condiciones están ligadas “inseparablemente”. Lo mismo es válido para las normas que regulan el procedimiento del órgano responsable de aplicar la sanción y el tipo de imposición de la sanción. No se trata, por tanto, de normas independientes de la norma coactiva.²⁷

Como consecuencia de esta “solución” de la norma de facultamiento dentro de la definición de norma coactiva, Kelsen llega a una formulación muy compleja de la norma: todo el Derecho constitucional o del Derecho procesal tienen que incluirse en la formulación de la norma coactiva. La norma individual de comportamiento, por tanto, se formula de la siguiente manera:

²³ *Ibidem*, cit., p. 15. *Vid. Teoría pura del Derecho*, cit., p. 29.

²⁴ Allgemeine Theorie der Normen, cit., p. 77; Reine Rechtslehre, cit., p. 125. *Vid. Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 133-134.

²⁵ Reine Rechtslehre, cit., p. 15. *Vid. Teoría pura del Derecho*, cit., p. 29.

²⁶ *Ibidem*, cit., pp. 124 y s. *Vid. Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 132-133.

²⁷ *Ibidem*, cit., p. 58.

Si

1. un órgano competente, en virtud del Derecho constitucional, ha establecido una norma coactiva mediante un procedimiento previsto por el Derecho constitucional y

Si

2. existe un estado de cosas en el que esta norma coactiva está asociada a una sanción,
entonces:
ese órgano debe prescribir la aplicación de la sanción de conformidad con el procedimiento de ejecución previsto por el Derecho procesal.

Si se define así el concepto de norma jurídica, se tiene la ventaja de que, con su ayuda, se puede analizar el Derecho en su totalidad como un sistema de normas coactivas y se pueden explicar los diferentes fenómenos jurídicos como partes de ese sistema. Teniendo en cuenta que el concepto de norma jurídica comprende todas las condiciones de creación, se puede hablar de un concepto “dinámico” de norma jurídica.²⁸ La desventaja de un concepto de este tipo radica en que el Derecho no se recoge en sus diferentes partes específicas. Por un lado, no se expresan con claridad las diferentes funciones “facultar” y “prescribir”; por otro, a la regla de creación sólo se le atribuye significado cuando sobre su base es creada una norma coactiva. Robert Walter²⁹ ha mostrado que la descripción del elemento particular del Derecho es provechosa, pero, por otra parte, también, es posible, sin perjuicio de la relación dinámica del Derecho, dividir la formulación de la norma coactiva y separarla de las reglas de creación jurídica. De manera que —dentro de una consideración normativa puramente estática— se califique dicha norma como norma de facultamiento (facultativa):

- a) Para facultar la creación de la norma coactiva, o
- b) Para facultar el cumplimiento de la norma coactiva, o
- c) Para facultar la creación de normas facultativas

El concepto de norma de facultamiento (facultativa), se divide, a su vez, en los conceptos de “norma de creación” y “norma de ejecución”

²⁸ *Vid.* WALTER, Robert. *Der Aufbau der Rechtsordnung*, *cit.*, p. 18.

²⁹ WALTER, Robert. *Der Aufbau der Rechtsordnung*, *cit.*, pp. 29 y ss.

c) Resultados preliminares

De acuerdo con esta representación de la articulación del Derecho, se pueden distinguir, desde una concepción estática del mismo, tres tipos ideales de categorías de normas jurídicas: las normas coactivas, las normas creadoras (Erzeugungsnormen) y las normas de ejecución.

- i.* Las normas creadoras regulan, precisamente, la creación de la norma coactiva. Estas se denominan, por regla general, Derecho constitucional en sentido material.
- ii.* Las normas coactivas regulan la conducta prescrita a los súbditos del Derecho. Estas se denominan ‘Derecho penal’, ‘civil’ o ‘Derecho material administrativo’, según el contenido, tipo de sanción y competencia ejecutiva. A veces se emplea el término ‘Derecho material’;
- iii.* Las normas de ejecución regulan la imposición del acto coactivo, de no cumplirse la norma que establece el comportamiento prescrito. Se trata de regulaciones de la administración del Derecho procesal para la determinación de los hechos jurídicamente relevantes, del pronunciamiento de sentencias, así como de las resoluciones administrativas, Derecho para su ejecución. Por lo general se le denomina ‘Derecho formal’.

A los tipos ideales antes mencionados se les puede contraponer —si se aprecia de manera más superficial— tipos reales jurídico-positivos de normas jurídicas:

Como “constitución” —en el sentido típico real— consiste en aquel ámbito restringido formalmente que regula mayormente el proceso de creación de normas coactivas. La restricción formal de este ámbito está dado, normalmente, por hecho de que su creación es “más difícil” que la del Derecho ordinario, debido al aumento de quorum para la asistencia y la votación, los deberes denominativos, etcétera.

En contraposición se encuentra la “ley” —en el sentido típico real— constituye una norma jurídica que debe ser creada en parte por los mismos órganos, pero de manera más “sencilla”, en la cual están contenidas mayormente normas coactivas y normas que regulan la aplicación de la norma coactiva.

Debemos mencionar aquí que la delimitación formal de los ámbitos mencionados efectuada en los órdenes jurídico-positivos no equivale a la delimitación material de los contenidos de normas expuestos: los tipos reales no se corresponden ilimitadamente con los tipos ideales. De esta forma, se pueden denominar “Derecho constitucional” aquellas normas que no deben considerarse “normas de creación”, porque, o

bien contienen normas coactivas (por ejemplo, orientaciones penales para los órganos supremos) o las determinan desde el punto de vista del contenido (por ejemplo, Derechos fundamentales y de libertad, prohibición de la pena de muerte). En parte, las reglas sobre creación de normas coactivas se establecen en forma de ley (por ejemplo, leyes electorales, prescripciones sobre notificaciones). Por otro lado, las leyes contienen frecuentemente normas coactivas incompletas, de modo que se deja en manos de los órganos ejecutivos la precisión más exacta de las leyes (por ejemplo, mediante la promulgación de decretos). El alcance de las diferencias entre el tipo ideal y el tipo real puede comprobarse naturalmente, de diversas formas en los distintos órdenes jurídicos nacionales.³⁰

Para la apreciación teórico-jurídica —la cual tiene que obviar la conformación jurídico-positiva de las diferentes formas jurídicas— debe mantenerse, sin embargo, la distinción entre normas coactivas y normas de facultamiento.

d) *La norma permisiva*

Además de los tipos de norma mencionados, en un orden jurídico positivo existen, también, normas que están dirigidas al comportamiento de los individuos, pero que no lo prescriben ni lo prohíben, aunque las califican como actos creadores de normas, sino lo permiten. Por ejemplo, al acusado se le “permite” hacer declaraciones falsas, a los vehículos de salvamento se les “permite violar determinadas reglas del tránsito”.

Con ‘permitir’ se caracterizan —según Kelsen—³¹ cuestiones bien diferentes. El enunciado ‘el comportamiento x está permitido’ puede significar que no es objeto de una norma, es decir, no está ni prescrito ni prohibido. De esta forma, en un orden jurídico puede estar permitido, por ejemplo: pensar, practicar deportes, asistir a misa. “Permitir” no es en este caso la función de una norma especial; sólo significa que quien sea puede realizar libremente una conducta, toda vez que, al respecto no existe ninguna norma (de esta forma se dice que “las ideas son libres”). Se puede hablar de ‘permitido’ —en el sentido negativo—.

El hecho de que un comportamiento está, permitido puede significar también otra cosa: la existencia de una regulación que restrinja o sus-

³⁰ Precisamente sobre estas discrepancias trata Robert Walter (*Vid. Der Aufbau der Rechtsordnung*, *cit.*, pp. 35 ss.).

³¹ Allgemeine Theorie der Normen, *cit.*, p. 78.

penda la orden o la prohibición establecido en una norma coactiva. De esta forma se puede calificar de “permisión”, el homicidio en defensa propia quedando exento de la pena, o cuando una obligación fiscal se limita por una nueva disposición, según la cual hay hechos que no se corresponden ya con esa obligación fiscal. Tal comportamiento no es entonces “libre” en el sentido de permitido en sentido negativo, sino ha sido “liberado” concretamente. Se puede hablar de un estar ‘permitido’ en sentido positivo.³² En ambos casos el comportamiento no está ni prescrito ni prohibido.³³

En el caso de una permisión en sentido “positivo”, se pudiera considerar el hecho de presuponer una norma permisiva propia. No obstante, esto no sería necesario por los siguientes motivos:

- i. Si una norma coactiva se limita mediante una permisión, entonces no existen dos normas, sino, en realidad, una sola norma con un ámbito de aplicación restringido. De modo que es una cuestión de la técnica legislativa determinar si el homicidio en defensa propia debe considerarse una limitación a la definición de homicidio intencional o establecerse una formulación especial como “homicidio permitido”. En este último caso, no es sólo un sin sentido hablar de una norma permisiva independiente, sino indigno, oscureciendo aún más la estrecha relación de la regulación con la norma de prohibición correspondiente.
- ii. Si se elimina una norma coactiva mediante una permisión posterior, de manera total o parcial, entonces la función de tal regulación —de manera general— es la derogación de la regulación anterior por una nueva. Este problema es de carácter específico, pero no se presenta únicamente en las normas que permiten, si no en todas las normas que tienen como función modificar normas anteriores.

En ambos casos, la permisión positiva resulta de poco sentido concebir a la “norma permisiva” como categoría normativa independiente de la norma. Debe añadirse a ello, que un comportamiento determinado no está, permitido se agota en la norma de prohibición correspondiente, es decir, en una norma coactiva.³⁴ Según Kelsen, un comportamiento dado

³² Actualmente en la teoría jurídica se habla de permisiones “fuertes” y “débiles”. Véase, por ejemplo: Opalek, Kasimier y Wolenski, ... “On weak and strong permissions”, en *Rechtstheorie*, 4. Band, 1973, p. 169; “On weak and strong permissions once more”, en *Rechtstheorie*, 17. Band, 1986, p. 83.

³³ *Vid.*, *Allgemeine Theorie der Normen*, *cit.*, p. 79.

³⁴ *Vid.*, *Allgemeine Theorie der Normen*, *cit.*, p. 80.

puede estar “permitido” sólo dentro de un orden normativo que prescriba un comportamiento humano determinado.³⁵

e) *La norma derogatoria*

Entre las categorías de normas mencionadas, no aparecen aquellas regulaciones cuyo contenido no consiste en crear nuevas obligaciones o facultades, sino en suprimir la validez de normas anteriores: es decir, derogar. Si, digamos, está vigente la norma X, que asocia una obligación fiscal a las circunstancias A, la regla derogatoria pudiera expresar que “la validez de la norma X se suprime” o que “el establecimiento de las circunstancias A no tiene como consecuencia ningún deber fiscal”. En este proceso se sustituye un “deber ser” por un “no deber ser”³⁶ (derogación formal). En este caso se suprime la validez de una norma anterior y no se crea una nueva. El comportamiento regulado anterior está ahora “libre”, es decir, no está jurídicamente regulado. Se pudiera decir también: el comportamiento está “permitido”. En este caso, como ya dijimos, la regla permisiva se presenta como una regla derogatoria. Además, ambas cosas pueden estar asociadas. Si existiera una norma coactiva, que impusiera al robo la sanción de privación de libertad y se creara una norma nueva que impusiera sólo una multa para el mismo hecho ilícito, aunque se suprime la norma anterior, se genera, no obstante, una nueva con otro contenido. Existe un conflicto de normas (derogación material). De la validez de una norma de facultamiento (Ermächtigungsnorm) depende si se pueden derogar formal o materialmente las normas jurídicas en un orden jurídico; por tanto, en el proceso de derogación están en juego, tres normas: la norma derogada, la norma derogatoria y la norma de derogación (*i.e.* que faculta la derogación).³⁷

³⁵ Kelsen aclara en la segunda edición de la *Reinen Rechtslehre*, que “permitir” no constituye una función en el orden jurídico distinta de “obligar”. En la (*Vid.* p. 16; *Teoría pura del Derecho*, *cit.*, pp. 29-30). *Allgemeinen Theorie der Normen* (*Vid.* p. 76), es cierto que la orden aparece al lado del mandato, de la autorización y de la derogación como función normativa. Kelsen apoya allí la admisión de la “norma jurídica permisiva”. No obstante, Kelsen sostiene que la norma respectiva ordena en su contenido la conducta correspondiente. ((*Ibid.*, pp. 79 y s). Para delimitar entre sí, con toda claridad, la **permisión** (de una determinada conducta) de el mandato (de una determinada conducta), como conceptos opuestos, Kelsen considera que como característica, la “conducta permitida” no puede acatar ni infringir una norma sino, precisamente, la conducta es “libre” en el sentido de no estar ni permitida ni prohibida. El enunciado ‘lo que no está prohibido, está permitido’ es para él incorrecta.

³⁶ *Vid.*, *Allgemeine Theorie der Normen*, *cit.*, p. 178.

³⁷ Cercano al problema Rudolf Thienel (*Vid.*: “Derogation”, en: *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II*, 1988, pp. 23 y ss, con referencia a la teoría de la cosa juzgada de Merkls *Vid.*

Al revocarse el contenido de la norma exclusiva en la derogación de otra norma (norma formal derogatoria), Kelsen³⁸ habla de una “función normativa sumamente peculiar”. Una norma tal vale sólo en relación con otra norma —es decir de aquella que le suministra validez; una norma derogatoria no puede existir por sí misma, sino solamente en relación con la norma cuya validez revoca. Además, esta norma derogatoria tiene la particularidad de carecer de una esfera temporal de validez: Su tarea consiste en revocar la validez de una norma anterior exactamente en el momento que empieza su validez propia en el acto, la norma derogatoria misma no puede ser revocada por otra norma.³⁹

Aun cuando se trate en el fondo de una norma dependiente cuyo carácter, es puramente accesorio, la regla derogatoria no puede ser integrada sencillamente —como la regla permisiva— al concepto de norma coactiva. De ahí que una regla específica se recomiende, como ninguna otra norma que persiga un objetivo, como tipo de norma independiente.

f) *Recapitulación*

Del examen de los fundamentos de la Teoría pura del Derecho se distinguen tres tipos de normas jurídicas: normas de comportamiento (Verhaltensnormen), normas de facultamiento (Erm.,chtigungsnormen) y normas derogatorias (derogierende Normen), las que, se encuentran articuladas en un orden jurídico, no sólo aclaran la estructura del orden jurídico que a veces aparece oculto tras formulaciones del lenguaje, sino que permite observar la relación que vincula a los diferentes tipos de normas. Todas se vinculan a la norma coactiva (Zwangsnorm) y, por tanto, deben considerarse como partes de un “orden coactivo normativo”. Una “norma” sin la amenaza de la coacción no es, por tanto, una norma jurídica.

3. NORMA JURÍDICA Y PROPOSICIÓN JURÍDICA

Según Kelsen, debe establecerse una distinción entre la “norma jurídica”, parte del orden coactivo jurídico y la llamada “proposición jurídica”.

Merkl, Adolf J. “Die Lehre von der Rechtskraft”, en Wiener Staatswissenschaftliche Studien, t. II, cuad. 2, 1923.

³⁸ Allgemeine Theorie der Normen, *cit.*, p. 84.

³⁹ Allgemeine Theorie der Normen, *cit.*, p. 85.

Las normas jurídicas son establecidas por la autoridad jurídica y constituyen el “material” normativo para el jurista, establecido, que debe ser aplicado por los órganos y cumplido por los sujetos jurídicos. La función de la ciencia del Derecho no consiste en completar, ese material, modificarlo u organizarlo, sino únicamente en describirlo. Esto lo hace en forma de afirmaciones declaraciones, que pueden denominarse ‘proposiciones jurídicas’ (Rechtssätze). Según Kelsen, se trata de juicios “hipotéticos”, que establecen que, de conformidad con el conocimiento jurídico, en un orden jurídico dado, dadas ciertas condiciones determinadas por ese orden jurídico, ciertas consecuencias, también determinadas por ese orden jurídico, deben ser.⁴⁰

En la distinción entre norma jurídica y proposición jurídica encuentra Kelsen la diferencia que existe entre la función del conocimiento jurídico, consistente en “describir” y la función de la autoridad jurídica, totalmente diferente de ésta, que consiste en “prescribir”. Kelsen critica que la diferencia entre estas funciones sea obviada con frecuencia. Con la misma frecuencia, ‘Derecho’ y ‘Ciencia del Derecho’ se usan como sinónimos en el lenguaje cotidiano. La identificación opera cuando la Ciencia del Derecho es caracterizada como “fuente del derecho”.

Las proposiciones jurídicas (Rechtssätze), según Kelsen, por el contrario, no comprometen a nadie ni a nada. Pueden ser verdaderas o falsas, mientras que las normas jurídicas no son ni verdaderas ni falsas, sino únicamente válidas o no válidas. De esta forma, si en un libro de texto aparece la afirmación “quien ocasione daños a otra persona violando la ley de forma culposa, deberá resarcir esos daños”, esta es falsa, si no existe una norma jurídica con ese contenido. La afirmación contenida en esta proposición jurídica se puede verificar al investigarse si fue creada la norma jurídica respectiva, es decir, si es válida. Por tanto, la norma jurídica puede valer o no, pero nunca ser falsa o verdadera.

Esta diferencia de significado de la norma y la proposición jurídicas existe sólo si ese significado se encuentra formulado de igual forma, es decir cuando el precepto repite sólo el contenido de la norma jurídica. Cuando se aplica en una proposición la formulación del “deber ser”, se trata de un deber ser ilegítimo, “descriptivo”, mientras que la norma jurídica contiene un deber ser “prescriptivo”. La diferencia radica en el significado de las proposiciones. La formulación, el acto alocutivo, sólo expresa este significado de manera insuficiente y confusa.

⁴⁰ Reine Rechtslehre, *cit.*, p. 75. *Vid. Teoría pura del Derecho, cit.*, pp. 85-86.

Finalmente mencionamos que Kelsen subraya en su teoría posterior otra característica para definir la diferencia entre norma jurídica y proposición jurídica: mientras que la norma jurídica es el sentido de un acto de voluntad del órgano responsable de su creación, el sentido de la proposición jurídica es un acto de conocimiento.⁴¹ El orden jurídico se presenta, básicamente, como un sistema dinámico, cuyas normas no pueden ser derivadas o generadas por una operación lógica.

4. RESULTADO

Con el análisis del acto de voluntad (acto de voluntad normativo) que es decisivo para la creación de la norma jurídica, se cierra el marco aludido en el título de esta ponencia: la propiedad de la norma jurídica como sentido de un acto de voluntad real, establecido en la realidad —sobre la base de una norma fundamental presupuesta, asimismo, por un acto de voluntad— marca la positividad y trae como resultado que sólo de esta manera se consideren las normas como objeto de estudio de las ciencias jurídicas positivistas. En su definición del concepto de la norma jurídica, la teoría del Derecho expresa, por tanto, también su posición positivista.

Traducción del original en alemán por los Drs. Ariel Peralta García y Rolando Tamayo y Salmorán.

⁴¹ Allgemeine Theorie der Normen, *cit.*, p. 24 y ss.