

LA NORMA

TEORIA GENERAL DEL DERECHO

Silvana Bais
Universidad Nacional del Centro

I - TEORIA GENERAL DEL DERECHO:

Su significado.

I ¿QUE ES UNA TEORIA?

Es un conjunto de ideas. El origen de la palabra es CONTEMPLACION.

Es un saber; la práctica es un saber

Es un tipo de saber.

Es un conjunto de ideas ordenadas.

II ¿CUAL ES LA EVOLUCION DEL SABER?

Tuvo en Grecia un momento revolucionario: Que va a influir en el saber occidental que quiebra el curso del saber dándole mayor dinámica: nació la FILOSOFIA, el saber hacia lo que no se sabe.

Uno de los primeros filósofos “se que no se” “sólo se que no se nada”, que va a dar origen a la ciencia y a la teoría occidental.

Tiene vocación real de saberlo todo, está influido por diversidades parciales, nace la disciplina de la Edad Media: la TEOLOGIA.

En 1779 nació la ECONOMIA, la primera de las ciencias sociales

Nacen igualmente, otros SABERES, como las CIENCIAS NATURALES, le siguen las CIENCIAS EXACTAS y luego las

CIENCIAS SOCIALES y hay una vuelta dialéctica a las CIENCIAS NATURALES, vuelven a ser grandes sujetos del conocimiento.

Se da una vuelta a la biología científica con desarrollo del psicoanálisis y la crisis de la genética.

El poder ha hecho funcionar todo esto: nuevas maneras del poder con nuevas maneras del SABER.-

Hoy el saber poder pasa a una forma exquisita de hacer hombre en la genética.

III- CAMBIOS Y CARACTERISTICAS DE LA TEORIA:

* La Teoría no es santa: no hay teorías que no lleven en sí mismas un fenómeno de poder.

* El que considera la Teoría, va a advertir que toda TEORIA es un FENOMENO DE PODER que no es malo, pero hay que saber dónde existe.

* La TEORIA es siempre limitada, del cual el conocimiento no lo es.

* Aparecen Teorías en constante elaboración, con lo cual una TEORIA pura tiene que ser suplida atento la complejidad del mundo.

* Toda TEORIA para que no sea gris hay que relacionarla con la vida, la de Kelsen es un GRIS OSCURO.

* Toda TEORIA tiene que ver con el hacer, a veces se despega de la vida y otras veces la vida se ocupa la Teoría, entonces pasa a ser una no TEORIA.

* Es importante el deseo de saber para saber: sería la TEORIA TECNICA, aprisiona el saber por el hacer.

* El saber pasa por el tamiz de la Teoría.

* El saber vulgar no tiene Teorías.

* La Filosofía es un saber poder.

Hay quienes dicen que la Filosofía es una crítica y otros tienen una postura positiva, opinan que esta ciencia pretende construir, donde la crítica cava pero no construye, no hay sólo que cavar el fondo existente., considerando que el capitalismo lo compra todo.

IV - CONCEPTO DE GENERAL:

Hay dos grandes vertientes en cuanto a este concepto:

a) de lo general como lo general, todo lo que tienen todos los elementos del grupo COMO COMUN.

¿Qué es lo que se va a tener de común a todo fenómeno jurídico?

En todos los individuos de este universo hay lo mismo.

b) no todo lo que tienen los individuos del universo, sino también todo lo que ABARCA EL UNIVERSO. Se opone a lo sectorial, lo que abarca a todos los sectores. Todas las ramas jurídicas se tratan en lo general, individuo-rama-naturaleza.

Cada individuo forma parte del todo. Es lo común y lo abarcativo.

V - ¿QUE SE ENTIENDE POR DERECHO?:

Siendo muy amplio lograr un concepto, bien se puede dar una idea. Pero en función que nuestra vida es basada en el cumplimiento de conductas, donde todo es indicativo de lo que se debe hacer o dejar de hacer. El derecho constituye una parte notable de la experiencia normativa.

Debe comprender el concepto de sociedad. Debe ir más allá de la parte individual de los individuos, debe tener una idea de orden social. Los elementos constitutivos de derecho deben ser tres: el orden como fin al cual tiende el derecho, la sociedad como base de hecho de donde deriva su existencia y la organización, como medio para realizar el orden. De hecho puede decirse que existe derecho cuando hay una organización de una

sociedad ordenada, o una sociedad ordenada por medio de una organización o un orden social organizado.-.

VI - ¿Cómo se relaciona EL DERECHO CON LAS NORMAS?

Precisamente el derecho se presenta como normas jurídicas entre relaciones de personas, que constituye un sistema que deriva en un ordenamiento jurídico. De esta manera el Derecho estudia:

- la norma.
- las relaciones jurídicas.
- el ordenamiento jurídico.

En la relación jurídica se comprende lo que es una norma jurídica. Una primera aproximación al concepto de norma jurídica sería que “una norma es un enunciado en imperativo o un uso obligatorio. Para comprender mejor qué es un enunciado imperativo conviene conocer ciertos aspectos del lenguaje (modos de expresar algo), en distintas proposiciones.

-Proposiciones descriptivas: suministra información sobre la realidad, con referencia a algo que ha acontecido. Por ejemplo, la noticia –como género– narrada por un periodista.

-Proposiciones expresivas: expresa estados de ánimo, sentimientos, emociones (no puede ser comprobada la correspondencia con la realidad).

-Proposiciones preformativas: un uso del lenguaje que pretende crear obligaciones como, por ejemplo, quien se compromete a entregar una cantidad de dinero en un tiempo. Se genera una expectativa “te pagaré dentro de un año”. En el derecho, este tipo de lenguaje tiene gran importancia. En los contratos se usa mucho este tipo de lenguaje. Pero, sin embargo, este tipo de lenguaje no es imperativo.

-Proposiciones prescriptivas: su finalidad es influir en el comportamiento de una persona. Esta proposición es la que introduce el imperativo.

Distinguimos tres clases de este tipo de proposiciones: consejos, peticiones e imperativos.

Quien da un consejo no se presenta como un impositor, sino como un influyente. En el imperativo, quien tiene poder sí que pretende imponer un poder destinatario y, las peticiones tampoco te fuerzan a que lo hagas –“por favor, haz esto” sería una petición. Para que sea una norma jurídica, ese imperativo necesita de una estabilidad. Esto es necesario para distinguir una norma de un acto jurídico.

En conclusión, un enunciado imperativo es un tipo de proposición prescriptiva, y al derecho le interesa por su intención de influir en el comportamiento de una persona o personas. Esto nos sirve para entender lo que es una norma jurídica.

VII - ¿Qué es LA NORMA?

Simplemente

Es una captación lógica de la realidad social, un juicio que capta lógicamente los repartos proyectados.

También podemos agregar que es una construcción racional. Pero ¿cuál es su estructura? Se puede considerar que posee.

VIII - ¿Cómo se construye la NORMA?

Depende lo que se quiera construir en el mundo jurídico.

a) Kelsen:

Nació en 1881 en Praga. Impone la exclusión de todo lo causal. Le queda la imputación en el objeto. Ella es para que sea puro. El objeto del saber jurídico no es una causal.

Dentro del DEBER SER hay dos clases:

- 1) con sanción: deber jurídico
- 2) sin sanción: DEBER SER MORAL.

Moral: es subjetivo, no va a ninguna ciencia.

Para este filósofo, Kelsen, la norma es en relación de imputación con sanción.

Si tenemos imputación sin sanción, se esta frente a lo moral, no es apreciable, salvo que se pacte el contenido.-

Además, ampliando su pensamiento, desarrolló un método jurídico estricto, mediante el cual quiso eliminar toda influencia psicológica, sociológica y teológica en la construcción jurídica, y acotar la misión de la ciencia del derecho al estudio exclusivo de las formas normativas posibles y a las conexiones esenciales entre las mismas.

Su 'Teoría Pura del derecho' se expuso por primera vez en 1911. El derecho no debía tener otro fundamento de validez y ordenación que la propia teoría del derecho, entendida como «pura» en cuanto a que habría de sostenerse por si misma y no depender de valores extralegales. No existiría, pues, un derecho natural, sino que toda norma se basaría en otra anterior aceptada por una proposición sustantiva de la comunidad. En este sentido, admitía el importante papel de la sociología y de la ética en el proceso de elaboración del derecho y en el contenido de las leyes.

Hans Kelsen murió en Berkeley California, el 20 de abril de 1973.

En una síntesis de su pensamiento cabe destacar lo siguientes:

En primer lugar, el punto principal lo constituye la norma. La estructura de la norma jurídica consiste en una proposición hipotética. De ahí que, al implicar la norma jurídica un deber ser, el derecho pertenezca a la esfera del deber ser y no a la del ser.

En segundo lugar, la norma jurídica es explicada no aisladamente, sino en el marco de un complejo unitario llamado ordenamiento jurídico que se funda en el hecho que todas las normas del conjunto se derivan de una única norma suprema o fundamental.

En tercer lugar, si bien la unidad del ordenamiento jurídico postula su exclusividad cabe la coexistencia de ordenamientos, que Kelsen explica, del mismo modo que con las distintas normas y la norma fundamental, mediante un orden jerárquico entre los ordenamientos, de modo que el inferior es autorizado por el superior hasta llegar al ordenamiento internacional, por lo que la paz universal es pensable a través de un único ordenamiento jurídico mundial.

En mérito a lo establecido, igualmente, se puede opinar que su construcción adolece, no obstante del desconocimiento del derecho natural, como fundamento de la justicia y, consiguientemente, incide en las dificultades límites de toda filosofía del derecho de tipo positivista.

“Igualmente, Kelsen se preocupó de precisar que, configurando al derecho como una técnica social específica, no quiere hacer del efectivo motivo que determina el comportamiento de los individuos en la sociedad un carácter esencial del derecho, tanto más cuando no siempre son obedecidas las normas jurídicas por temor a la sanción, sino, a menudo, por motivos psicológicos más complejos, también de naturaleza moral o religiosa. Lo que caracteriza al derecho es sencillamente disponer la sanción, con independencia de que sea para dar lugar a determinados comportamientos.”¹

b) TRIALISMO:

La lógica de la norma refleja los hechos: ingresan consideraciones valorativas.

Según esta doctrina la Norma:

- * es la captación lógica de un reparto proyectado
- * se remite a la causalidad de los repartos.

“Si es delito será la pena”

1) PATTARO, Enrico, *Elementos para una teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1985, p. 54

La norma surge del reparto.

Es un concepto complejo en el cual se refleja la captación lógica del reparto proyectado.

La captación lógica del reparto (de los hechos) proyectado en cuyo funcionamiento deben realizarse cierto valores (por ejemplo para el maestro Goldchsmidt el valor Justicia)

ANTECEDENTES Y CONSECUENCIAS.

* Nace de la realidad y vuelve.

* Otros dicen el antecedente de la norma es la voluntad de Dios "EL CORAM"

* La norma tiene que realizarse en el reparto.

IX - ¿Cuáles deben ser las cualidades de las normas para enlazar con la vida?

En principio tiene que ser fiel a quien la hizo, consistiendo esa fidelidad consiguiendo ver e investigar cómo nació.

Pero además, la consigna consiste en describir la voluntad del conductor, siendo éste en principio, el legislador que integra el Poder Legislativo.

Más aún, además de ser fiel, debe CUMPLIRSE, debiendo ser exacta, y lo es cuando se cumple.

Con respecto a esto, hay opiniones contrarias: si La Norma sólo es el deber ser, lo va a ser aún cuando no se cumpla (diría KELSEN), mata el problema de la exactitud.

X - LA NORMA, ¿Es un juicio lógico?

La idea es que afirmativa, siendo sus componentes

Los ANTECEDENTES donde se va a contar un problema y por otro lado las CONSECUENCIAS JURIDICAS que van a dar la solución.

Ejemplo práctico y de aplicación de esta estructura:

El Art. 79 del Código Penal asusta empezando por la consecuencia y después por el antecedente. "Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este código no se estableciere otra pena".

Armar un juicio que en sus antecedentes tenga 2 características:

POSITIVA: el que matare a otro Art. 79 CPP.

NEGATIVA: artículo 34 salvo que, "No son punibles.....(...)".

Pero... si el juicio el juicio cuenta el problema, entonces ¿los artículos están escritos para juristas y no para legos? Deduciendo esto pareciera que sí.

Y aplicándolo a un ejemplo práctico: ¿podría ser así?

El Sr. Juez escribe en su dictamen final: "Dado que Juan mató a la señora Gómez y que no fue legítima defensa, (Art. 34 CP) se lo condena a 20 años."

Es diferente al de La Norma.

La Norma, igualmente suele entrañar juicios de valor, juicios de valor verdaderos. Aún cuando, tal cual el ejemplo, por ser un imperativo no equivalga a una proposición susceptible de ser calificada como verdadera o falsa, sin embargo supone normalmente un juicio de valor, el cual, como todo juicio, tiene un valor de verdad.

Pero tal juicio de valor es que la conducta mandada o prohibida en el precepto es el medio que conduce adecuadamente al fin de justicia en la relación de la cual se trate.

Pertenece a la razón el disponer los medios que conducen al fin. Por tanto, La Norma consistiría en una ordenación de la razón acerca de los medios que son adecuados al fin de justicia en las relaciones entre los hombres, y de los medios conducentes al bien común político.

XI - Criterio de aplicación en diferentes normas

Se pueden considerar diferentes tipos de normas:

2 Hay según se refieran al contenido:

NORMAS SUSTANCIALES Y NORMAS PROCESALES

NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y NORMAS DE ORGANIZACION

Otra según sea del destinatario:

NORMAS PRIMARIAS Y NORMAS SECUNDARIAS

Según la naturaleza y estructura de la sociedad regulada:

NORMAS DE DERECHO ESTATAL, CANONICO, INTERNACIONAL, DE FAMILIA.

Norma general:

La del legislador que contempla el futuro.

Pudiendo traducirse así: "si tal cosa llegara a ocurrir, ocurrirá la otra..."

Hay que realizar el valor PREDECIBILIDAD: alto grado de abstracción, como si tal ocurriera. Es diferente a:

"dado que por cosa: ser a X (consecuencia siempre en el futuro)."

Norma individual:

En este caso describe, porque está en el pasado y es real, inmodificable, ocurrió, realza el valor inmediatez. El Sr. Juez tiene el caso delante suyo. No necesita gran poder de abstracción. Va, insustituiblemente, ante el legislador porque tiene el caso ante sí.

Según Kelsen una norma es general cuando sus ámbitos de validez personal y temporal-espacial no están individualizados, deduciendo que una

2 Roberto Bobbio – Teoría General del Derecho” edit. TEMIS.-

norma es individual cuando solo puede aplicarse a un caso único; y es general cuando es aplicable a más de un caso.”una norma presenta el carácter general cuando dicta un comportamiento debido determinado en el nivel general: por ejemplo:

La norma establece que todos los ladrones deben ser castigados con la cárcel.

El carácter de individual o general no depende de que la norma en cuestión este dirigida a un hombre determinado individualmente, una categoría de hombres, es decir, a una pluralidad de personas determinadas de manera no individual, sino solamente general. Por ejemplo para le son generales las normas por ejemplo cuando “ cuando un padre, autorizando a ello por la moral imperante , en cuanto a las ordenes que dirige a sus hijos, ordena a su hijo Pablo asistir cada domingo a la iglesia o a no decir mentiras. “

Si la norma tiene carácter general se le designa como regla debida, solo en este caso resulta apropiado hablar de una norma, es decir considera fundamentalmente el carácter general del concepto de la norma. Porque el rasgo fundamental de la norma es que estable un comportamiento como debido. Esto puede suceder tanto en el nivel individual como en el general.”³

Para el estudioso Von Wrigtn, expresa que la norma puede ser particular con respecto del sujeto, o particular con respecto de la ocasión. Una norma es particular en sentido estricto, cuando es particular con respecto del sujeto y la ocasión. De hecho la misma condición vale para una norma individual: una norma es individual, en sentido escrito, cuando están individualizados su sujeto o sujetos, y su ocasión.

³ Kelsen Hans “Teoría general de las normas” Edit. Trillas, 1994. -

Para que una norma sea general, en cambio basta que no sea particular el sujeto o la ocasión. Basta que el sujeto o la ocasión no sea determinados, para que la norma sea de aplicación ilimitada.

XII - ¿CUALES SON LAS FUENTES DE LA NORMA?

Ya se ha manifestado en este trabajo, que la norma es la CAPTACION LOGICA DE LA REALIDAD DE UN REPARTO PROYECTADO.

La fuente entonces, es el Reparto de la realidad de la vida.

Se puede considerar la idea de origen divino de las normas: si se discute si es un pecado. Lo es: el pecado de la rebelión.

Por ejemplo, el Islam cree que hay un libro sagrado: "el Corán". El derecho del CORAN se basa en un libro religioso.

Cabe agregar que, Occidente acepta la fuente divina sobre el derecho positivo.

Si en un punto se relaciona con Dios, entonces se va a la naturaleza en general o a la razón escrita.

¿Todas las fuentes del instituto son iguales?

Hay varias. La verdadera fuente de La Norma que capta un reparto es el REPARTO., se trataría de la llamada fuente real material: de donde viene La Norma. Aquella norma que es considerada fundamento de validez de otra norma, es su fuente.

Igualmente, no puede dejar de mencionarse, que una norma jurídica también se origina, en ciertas circunstancias sociales o políticas que la explicarían desde un punto de vista sociológico.

De hecho, Los repartidores (los legisladores, en principio, tal lo ya expresado ut-supra) cuentan su reparto (autobiografía: escribir una vida).

Asimismo, la fuente formal es el cuento de su reparto que hacen los mismos repartidores. Son las normas positivas, de cualquier tipo, que

pueden ser invocadas por un órgano como fundamento de validez de la norma que estatuye: el legislador invoca como fundamento de la ley a la constitución; el juez alude a la ley como fundamento de sus sentencias.- en definitiva la fuente formal es una norma de nivel superior a la que se aplica, en la que ésta tiene fundamento de validez.

Ejemplo: Código Civil: es una autobiografía de los repartos de Vélez Sársfield

Sentencia: es la autobiografía del reparto elaborado por el juez.

Generalmente la fuente formal es escrita.

En definitiva Fuente Formal y Fuente Material forman las llamadas Fuentes Reales.

Están en la realidad social. Con ello se hace La Norma. Pero no son las únicas fuentes.

También las hay de conocimiento:

¿Son éstas las únicas?

Hay oportunidades que lo que cuenta la fuente formal es para que se cumpla alguna vez, no inmediatamente, entonces se llama:

Fuente de Propaganda:

* Propaga una idea, su objetivo es lograr convencer a la gente de algo, si se logra, entonces la gente sí se convence. En definitiva alguna vez se cumple.

También existe otra fuente formal:

Espectáculo:

Se hizo como trampa para tontos, ni siquiera para que se cumpla.

Ejemplo: artículo de nuestra Constitución Nacional Art. 18 (...) "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias (...)".

Sin embargo, esta Constitución Nacional es una constitución material.

XIII - SINTESIS.

Nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas. Se cree que se es libre, pero en la realidad se muestra que se está encerrado en una red de reglas de conductas, que desde el nacimiento y hasta que se termina la vida biológica, este camino, que es la vida humana, es dirigida en su totalidad por ella. Y atento esto, gran mayoría de normas se han tornado comunes y ordinarias, con lo cual no se advierte su presencia. En este trabajo se buscó integrar el concepto de norma con la realidad social.

La realidad social priva sobre todo. La verdad de la gente es la que vale, es la que debe conducir a los repartidores.

Bibliografía consultada.

"Historia de la filosofía", 2ª. Ed., G. Fraile O. P. edit. La editorial Católica S.A., 1966.

"El concepto y la validez del derecho". Robert Alexy- Edit. Gedisa. 1994.

"El valor de la ley positiva" Artículo del Dr. Camilo Tale.

Conferencias del Dr. Ciuro Caldani Miguel Angel, durante el curso.-

Constitución de la Nación Argentina

Código Penal de la Nación.

"Curso de Teoría General del Derecho" Roberto Vernengo – Edit. Desalma - 1985.

"Teoría General de las normas" – Hans Kelsen – Edit. Trillas.1994

"Teoría General del Derecho" – Norberto Bobbio – Edit. Temis – 1997.-