

ALGUNOS MODELOS DE VALIDEZ NORMATIVA

ERNESTO GARZÓN VALDÉS,
profesor de las universidades de
Buenos Aires y Bonn

I

Uno de los temas recurrentes de la teoría del derecho es el de la validez de las normas jurídicas y del sistema que ellas integran. Existe al respecto una abundantísima literatura. No es mi intención referirme a ella en este trabajo. Me interesa, en cambio, considerar algunos modelos propuestos como solución del problema de la validez, compararlos, establecer sus semejanzas y divergencias y tratar de mostrar cuál o cuáles de ellos están en mejores condiciones de superar las dificultades que suelen presentarse en este campo.

No me referiré aquí a la posición de aquellos autores que niegan el uso normativo de la palabra “validez” considerándola como sinónimo de “eficacia”. Por esta razón, no he de analizar el llamado “realismo jurídico”, en ninguna de sus dos versiones más conocidas (americana y escandinava).

Los modelos que presentaré se aplican al derecho positivo legislado. Quedan, pues, excluidas cuestiones tales como la de la validez del derecho consuetudinario o de las normas jurídicas, que puedan ser creadas a través de la actividad judicial.

He de tomar como punto de partida el modelo kelseniano. La elección no es arbitraria. Se trata, en este caso, de un planteamiento muy claro, y hasta casi diría radical, de una teoría que puede ser utilizada como punto de referencia de otras posiciones.

II

1. Si hubiese que sintetizar la posición de Kelsen con respecto a la validez de las normas y del sistema que ellas integran, pienso que podría ser enunciada con los siguientes postulados fundamentales:

A) La validez de una norma no puede ser inferida de un hecho o basada en él. La norma pertenece al ámbito del deber ser y entre éste y el del ser existe, por razones lógicas, un abismo infranqueable. Dice Kelsen:

Nadie puede negar que el enunciado: algo es... es esencialmente distinto del enunciado: algo debe ser..., y que del hecho de que algo sea, no se puede

inferir que algo deba ser, de la misma manera que de algo deba ser no se puede inferir que algo es.¹ (Además): La oposición entre el ser y el deber ser es lógico-formal y en la medida en que uno se mantenga en los límites de la consideración lógico-formal, ningún camino conduce del uno al otro; ambos mundos están separados por un abismo infranqueable...²

O, dicho más claramente con respecto al problema concreto de la validez: "... el fundamento de la validez de una norma no puede ser... un hecho."³

B) La validez de una norma es la forma específica de su existencia. Decir que una norma es válida es lo mismo que decir que existe y, viceversa, si una norma existe, entonces es válida. Existencia y validez de una norma son términos equivalentes.

Con palabras de Kelsen: "Decir que una norma es válida es decir que admitimos su existencia..."⁴ O: "Con la palabra 'validez' designamos la existencia específica de una norma."⁵

C) Si una norma es válida (= existe), entonces debe ser obedecida y, en caso de desobediencia, los órganos correspondientes deben aplicar sanción. La estructura de la norma es la de una orden. Toda orden que debe ser obedecida so pena de sanción por parte de los órganos del Estado es una norma (individual o general) que, en tanto tal, es válida (= existe). Afirma Kelsen:

Decir que una norma es válida es decir que admitimos su existencia o —lo que es la misma cosa— que admitimos que tiene "fuerza obligatoria" para aquellos cuya conducta regula. Las reglas del derecho si son válidas son normas. Son, para decirlo más precisamente, normas que estipulan sanciones.⁶

Pero no sólo esto. La existencia de una norma, es decir su validez, significa según Kelsen que: "... los individuos deben comportarse como la norma lo estipula",⁷ y: "la norma básica de un orden jurídico prescribe que uno debe comportarse como lo ordenan los padres de la Constitución..."⁸ Hay, pues, una triple equivalencia entre validez, existencia y deber de obediencia.

D) Una norma es válida cuando ha sido dictada por el órgano competente y de acuerdo con el procedimiento adecuado. El contenido de la norma juega un papel secundario o hasta nulo con respecto a su validez. La competencia del órgano y el procedimiento correspondiente de creación están

¹ *Reine Rechtslehre*. Wien, 1960, p. 5.

² *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Aalen, 1960, p. 8.

³ *Reine Rechtslehre*, p. 196.

⁴ *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass., 1949, p. 30.

⁵ *Reine Rechtslehre*, p. 196.

⁶ *General Theory of Law and State*, p. 30.

⁷ *What is Justice?* Berkeley, 1957, p. 214.

⁸ *General Theory of Law and State*, pp. 115-116.

establecidos en normas de orden jerárquico superior que, en tanto que normas, existen, son válidas y deben ser obedecidas.

Dice Kelsen:

Éstas (las normas del derecho) no valen en virtud de su contenido. Cualquier contenido puede ser derecho; no hay ninguna conducta humana que, en tanto tal, pueda ser excluida como contenido de una norma jurídica. Su validez no puede ser puesta en duda porque su contenido no responde a algún valor moral presupuesto, el de la moral por ejemplo. Como norma jurídica vale una norma siempre sólo en virtud de haber sido creada de una manera determinada, de acuerdo con una determinada regla, de acuerdo con un método específico.⁹

De estos cuatro postulados, Kelsen infiere las siguientes conclusiones:

a) El concepto de validez es un concepto relativo, en el sentido de que la validez de una norma ha de ser referida a otra norma o, más exactamente, a la validez de otra norma. Dice Kelsen: “El fundamento de validez de una norma puede ser sólo la validez de otra norma.”¹⁰ La norma que sirve de fundamento de validez de otra, ocupa un lugar jerárquico superior a esta última. Surge así la estructura escalonada o piramidal del sistema jurídico.

b) Si la validez de una norma ha de ser referida a la validez de otra norma, que es la que establece el órgano y el procedimiento correspondiente, la cadena de fundamentación si es que ésta es finita (lo que habrá que admitir en caso de normas positivas), tiene que conducir necesariamente a una primera norma positiva, a una “primera Constitución histórica”. Dice Kelsen: “La búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede conducir al infinito, a diferencia de lo que ocurre con la búsqueda de la causa de un efecto”.¹¹

c) Al llegar a la primera Constitución histórica, su fundamento de validez ha de ser otra norma (postulado A). Como no existe una norma positiva superior, será necesario suponer su existencia y admitir que las normas pueden no sólo ser queridas (es decir, dictadas por un acto de voluntad) sino también pensadas (es decir, presupuestas por el pensamiento jurídico).¹² Esta norma supuesta será la norma básica del sistema, fundamento de validez de este último y de todas las normas positivas que lo integran. Con respecto a ella dice Kelsen: “... es una norma *supuesta* ya que no puede ser *puesta* por ninguna autoridad, cuya competencia tendría que estar fijada por otra norma aun superior. Su validez ya no puede ser inferida de una norma superior; el fundamento de su validez ya no puede ser cuestionado.”¹³

⁹ *Reine Rechtslehre*, 1ª edición, Wien, 1934, p. 63; ver también ed. 1960, p. 200.

¹⁰ *Reine Rechtslehre*, ed. 1960, p. 196.

¹¹ *Ibidem*, p. 197.

¹² *Ibidem*, p. 9.

¹³ *Ibidem*, p. 197. Los subrayados son de Kelsen.

d) Es lógicamente imposible considerar a una norma particular como válida y, simultáneamente, aceptar como obligatoria una norma moral que prohíba la conducta prescripta por la norma jurídica.¹⁴ Dos normas contradictorias “no pueden ser ambas válidas”.¹⁵

2. Veamos ahora otro modelo que, a pesar de provenir de un autor a primera vista muy diferente de Kelsen, tiene una estructura bastante similar al que acabo de presentar.

Llamaré a este modelo el “modelo suarista” (II), por estar basado fundamentalmente en tesis de Francisco Suárez.¹⁶

Este modelo acepta el postulado A) del modelo kelseniano y busca el fundamento de validez de las normas no en los hechos, es decir en el plano del ser, sino en el de las normas, o sea en el campo del deber ser.

Con respecto al postulado D), acepta también la necesidad de un órgano y un procedimiento adecuados. Dice Suárez: “... para dar leyes se necesita poder de jurisdicción...”,¹⁷ y, poco más adelante:

... sola la rectitud o justicia de la acción prescripta por la ley no basta para que una ley sea propiamente obligatoria y por eso, aunque en la formación de las leyes es necesaria la prudencia y deben y suelen intervenir los consejos de los sabios, sin embargo esos consejos no bastan si falta la voluntad de las cuales la ley recibe la fuerza y el ser de la ley...¹⁸

Pero este modelo agregará en el postulado D) una tercera condición esencial: el contenido de la ley ha de ser justo. Dice Suárez: “... el legislador humano... no tiene poder para obligar con leyes injustas y por eso, aunque mande cosas injustas, tal precepto no es ley, porque no tiene ni fuerza ni valor para obligar”,¹⁹ o también “... y para que una ley sea verdadera ley, es preciso... que sea justa y razonable porque una ley injusta no es ley...”²⁰

Es decir, se establece aquí la equivalencia entre ley injusta, invalidez e inexistencia. Dicho de otro modo, ley válida (= justa) y ley existente son términos equivalentes. De esta manera, se acepta también el postulado B).

¹⁴ *General Theory of Law and State*, pp. 373-5, 408-10.

¹⁵ *Ibidem*, p. 407.

¹⁶ La teoría jurídico-política de Francisco Suárez fue prácticamente “redescubierta” en 1927, año en que aparecieron los libros de H. Rommen (*Die Staatslehre des Franz Suárez, M. Gladbach*) y de L. Recaséns Siches (*La filosofía del derecho de Francisco Suárez*, Madrid). Entre las últimas obras publicadas acerca de su pensamiento político y social merece citarse: Reijo Wilenius, *The social and political theory of Francisco Suárez*, Helsinki, 1963. Mi exposición estará limitada al *Tractatus de legibus ac Deu legislatore* (que citaré brevemente como *De legibus*), edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

¹⁷ *De legibus*, libro I, cap. VIII, 6.

¹⁸ *Ibidem*, libro I, cap. VIII, 10.

¹⁹ *Ibidem*, libro I, cap. IX, 4.

²⁰ *Ibidem*, libro III, cap. XXII, 1.

Según este modelo, toda ley es prescriptiva. Su estructura es la de una orden; guía conductas so pena de sanción. Las leyes que expresan alguna permisión implican también un precepto. Las leyes que confieren privilegios o inmunidades a ciertas personas son, en verdad, mandatos impuestos a los demás.

Dice Suárez:

... como preceptos, no se dirigen a aquellas personas particulares (los titulares de la inmunidad o privilegio) sino a la comunidad y a todos los súbditos del legislador obligándolos a observar tal o cual inmunidad en favor de aquellas personas.²¹ ... las leyes permisivas en tanto son leyes en cuanto implícitamente contienen preceptos sin los cuales no podría entenderse la permisión como mandada especialmente por la ley.²²

Las leyes injustas (en realidad no son verdaderas leyes) no deben ser obedecidas: "... una vez que consta la injusticia, por ninguna razón es lícito obedecer, ni siquiera para evitar cualquier mal o escándalo..."²³ Por el contrario, la ley válida ha de ser obedecida. Esto no sólo se infiere a *contrario sensu* de la ilicitud de la obediencia a la ley injusta (= no válida) sino que Suárez lo dice expresamente:

En efecto, aunque la ley civil no se deduzca, por decirlo así, especulativamente por una rigurosa consecuencia de los principios de la ley natural, sino que la da la voluntad del legislador como una determinación suya, sin embargo, una vez tomada esta determinación, de los principios naturales se deduce —al menos de una manera práctica— que esa ley humana debe ser observada...²⁴ (Además): ... parece contradictorio que el hombre dé una verdadera ley y que ésta no obligue en conciencia... Si es verdadera ley, se da con intención de obligar y con poder para ello, porque para obligar basta el poder y la voluntad; luego es contradictorio que tal ley no obligue en conciencia... Esta obligación se sigue intrínsecamente y por su naturaleza de la realidad de la verdadera ley, de manera tal que aunque el legislador tenga en su mano el querer dar o no dar una ley, sin embargo no tiene en su mano el querer dar una ley y que ésta no obligue en conciencia...²⁵

El postulado C) del modelo I es también, pues, aceptado por este modelo II. Afirmados estos postulados, las conclusiones a que llega esta posición son las siguientes:

a) Como el contenido justo de una ley es condición necesaria de su existencia o validez, es indispensable contar con una pauta o criterio de la justicia o injusticia de las leyes humanas. Como por otra parte, se ha afirmado el postulado A), este criterio sólo podrá encontrarse en otras leyes

²¹ *Ibidem*, libro I, cap. VI, 14.

²² *Ibidem*, libro I, cap. XIV, 4.

²³ *Ibidem*, libro I, cap. IX, 18.

²⁴ *Ibidem*, libro II, cap. IX, 12.

²⁵ *Ibidem*, libro III, cap. XXII, 2.

superiores a las positivas. Tales serán la *lex naturalis* y la *lex aeterna*. Esta *lex aeterna* es la ley “por esencia y todas las otras lo son por participación; luego es preciso que toda ley sea efecto de la ley eterna”.²⁶

b) Es el legislador humano quien confiere “virtud y eficacia” a la ley civil positiva. La autoridad de aquél dimana, en última instancia, de Dios mismo, y sus mandatos tienen fuerza obligatoria “en virtud del derecho divino” que nos dice “que se debe obedecer a los superiores”.²⁷ “Derecho divino” es aquí equivalente a “ley eterna”.

c) Como toda ley es “norma de bien obrar”,²⁸ no puede haber conflicto entre normas morales y jurídicas. Si estas últimas contradicen a aquéllas, entonces dejan de ser normas; “... es contradictorio que se dé una ley y que no obligue de forma que el desviarse de ella sea feo y moralmente malo...”²⁹

d) El fundamento último de validez de toda ley humana es, pues, la ley eterna, tanto en lo que respecta al contenido justo de aquélla como al fundamento del poder del soberano.

Esquemáticamente, puede presentarse ahora la posición kelseniana (modelo I) y la posición suarista (modelo II) de la siguiente manera:

modelo I	modelo II
A)	A)
B)	B)
C)	C)
D) órgano + procedimiento	D) órgano + procedimiento + contenido

(Las letras capitales hacen referencia a los postulados expuestos más arriba).

3. Común a estos dos modelos es, por lo pronto, la necesidad de tener que recurrir a normas extrapositivas para fundamentar la validez de las normas y del sistema jurídico positivo. Esto significa que la “naturaleza” de la norma o de las normas que sirven de fundamento último de validez es diferente a la de las fundamentadas. Las normas fundantes han de ser válidas, pues si no lo fueran no lo serían las fundadas; pero validez ha de significar en uno y otro caso cosas diferentes. En el modelo I, es la norma básica la que permite hablar de validez ya que es la “... condición lógico-trascendental de su validez (del derecho positivo) y, en tanto tal, tiene un carácter teórico-gnoseológico”.³⁰ En este caso, cabría plantearse la pregunta que al respecto formula Eugenio Bulygin: “¿Qué significado puede tener la palabra ‘válido’ cuando es aplicada a una norma que es la

²⁶ *Ibidem*, libro II, cap. IV, 5.

²⁷ *Ibidem*, libro II, cap. IV, 8.

²⁸ *Ibidem*, libro III, cap. XXII, 2.

²⁹ *Ibidem*, libro III, cap. XXII, 2.

³⁰ *Reine Rechtslehre*, ed. 1960, pp. 443-4.

que posibilita hablar de validez?"³¹ En el modelo II, es necesario aceptar la existencia de una ley eterna y de un Dios legislador. El estudio de los fundamentos de la validez de las normas jurídico-positivas cae dentro del campo de la teología. Con palabras de Suárez: "... la ley tanto en su concepto general, como en todas sus consecuencias específicas pertenece al campo de la teología."³²

También es común a ambos modelos la equiparación entre existencia y validez a lo que se añade el carácter genético de esta última. Una norma es válida cuando procede de otra norma también válida. La validez es una especie de nota familiar a todas las normas. Todas las normas que pertenecen a un mismo sistema tienen el mismo fundamento de validez, el mismo "apellido", casi podría decirse. En el caso del modelo II este fundamento es, en última instancia, único para todos los sistemas positivos. En el caso del modelo I, según Kelsen, cada sistema positivo tendría su norma básica. (Problema complicado también el del contenido de esta norma básica; si se limita a decir: "Hay que conducirse como la Constitución prescribe"³³ no parece muy diferente del precepto de derecho divino del modelo II que nos dice: "Obedeced a los superiores" y uno se inclinaría a pensar que en todos los sistemas tiene el mismo contenido; en este caso, sería difícil distinguir la norma básica del sistema A de la del sistema B. Si en cambio su contenido está "determinado por los hechos" propios de cada acto de creación de un sistema positivo de normas, entonces no se entiende mucho su carácter de categoría kantiana).³⁴ Por otra parte, también sería posible hablar de una norma básica común si se incorpora al derecho internacional. Pero dejemos esta variante de lado y, para simplificar las cosas, volvamos al supuesto de un orden jurídico positivo nacional.

Ambos modelos equiparan también validez con deber de obediencia. Esta equiparación parece más aceptable en el modelo II que en el I, dada la pretensión de este último de ser una presentación puramente positivista de la cuestión de la validez de las normas. Creo que aquí tiene razón Alf Ross cuando califica a este modelo de "cuasipositivista".³⁵

Las numerosas críticas de que ha sido objeto la norma básica de Kelsen³⁶ en cuanto a sus funciones, carácter y contenido, es una buena prueba de

³¹ Eugenio Bulygin, "Sobre el fundamento de validez", en *Notas de filosofía del derecho*, I, p. 10.

³² *De legibus*, Proemio.

³³ *Reine Rechtslehre*, ed. 1960, p. 204.

³⁴ *Cfr.* Bulygin, *op. cit.*, p. 9.

³⁵ "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", trad. de Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero, en Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires, 1969, pp. 27 y ss.

³⁶ Ver, por ejemplo, Joseph Raz, "Kelsen's Theory of the basic norm", en *The American Journal of Jurisprudence*, 1974, vol. 19, o las ya clásicas objeciones de Alf Ross y H. L. A. Hart. Vale la pena, asimismo *cfr.* Carlos S. Nino, "The ontological enchantment of the concept of validity in legal philosophy", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1976.

que hay algo insatisfactorio en su modelo. Por otra parte, en cuanto al modelo II, supeditar la explicación de la validez de las normas a la existencia de Dios parece algo exagerado cuando no poco convincente, sobre todo si tratamos de formular esta explicación frente a un ateo. Sería sin duda difícil persuadirlo de que la cuestión de la validez es un problema teológico, como sostiene Suárez.

Convendrá, pues, estudiar la posibilidad de otros modelos. A ellos me referiré ahora, procurando relacionarlos con los cuatro postulados presentados.

4. El tercer modelo que he de considerar elimina los inconvenientes del modelo II en lo que respecta a la necesidad de aceptación de la existencia de Dios, y tampoco hace referencia a una norma básica supuesta como el modelo I. Podría, pues, pensarse que es una buena solución al problema planteado. Es el modelo de John Austin (III).

Austin no tendría inconveniente en aceptar el postulado A) y sostener que las normas se mueven en el plano del deber ser y que su contenido no está impuesto por la naturaleza del hombre o de las cosas. También aceptará que si una norma existe, entonces será válida dentro del sistema a que pertenece (postulado B).

No aceptará, en cambio, el postulado C). Es verdad que la estructura de toda norma es, según Austin, la de una orden cuya desobediencia trae aparejada sanción,³⁷ pero la validez de aquella, como lo veremos en seguida, está referida a la existencia de un soberano caracterizado por el hecho de una obediencia generalizada y que no fundamenta su autoridad en ningún deber de obediencia.

El postulado D) será objeto de una modificación fundamental. Una ley será válida dentro de un sistema cuando haya sido dictada por un órgano y de acuerdo con el procedimiento adecuado, pero esto equivale a decir que es el resultado de un acto legislativo del soberano. Dice Austin:

Toda ley positiva o toda ley simple y estrictamente así llamada es puesta directa o indirectamente por un soberano, sea éste una persona o un grupo colegiado, a un miembro o miembros de la sociedad política independiente: aquella persona o cuerpo colegiado es soberano o supremo.³⁸

El soberano está caracterizado por dos notas fundamentales, una positiva y otra negativa. La primera establece que el soberano es aquella persona o grupo de personas que son obedecidas habitualmente por la mayoría de la población en un territorio determinado; la segunda, que el soberano no obedece habitualmente a nadie.

Dice Austin:

Si un *determinado* superior humano que *no* tiene el hábito de obediencia a un superior similar, recibe obediencia *habitual* de la *mayor parte* de una sociedad

³⁷ Cfr. *The Province of Jurisprudence determined*. London, 1954, p. 24.

³⁸ *Ibidem*, p. 254.

dada, este determinado superior es soberano en aquella sociedad y la sociedad (inclusive el superior) es una sociedad política e independiente.³⁹

La nota de justicia que aparece en el modelo II queda excluida como rasgo esencial de validez o, dicho de otra manera:

Ningún derecho positivo es legalmente injusto. Pues el derecho positivo es la medida o *test* de la justicia y la injusticia legal y, consecuentemente, si el derecho positivo pudiera ser legalmente injusto, el derecho positivo podría ser injusto con referencia a sí mismo.⁴⁰

De estos postulados, Austin infiere lo siguiente:

a) La validez de una norma depende de que haya sido dictada por la autoridad y de acuerdo con el procedimiento correspondiente. Que tal es el caso puede ser comprobado recurriendo a una norma de jerarquía superior (el concepto de cadena de validez puede ser aplicado, como lo señala J. Raz,⁴¹ a la teoría de Austin).

b) La cadena de validez no es infinita sino que termina en una primera norma superior del sistema. La autoridad que dicta esta primera norma es el soberano.

c) No cabe preguntarse acerca de la norma que confiere autoridad al soberano para dictar la primera norma del sistema. Según Austin, hay dos maneras de adquirir derechos legislativos: por los hechos o en virtud de una ley. La primera conduce necesariamente al poder ilimitado.

Dice Austin:

Se sigue de la característica esencial del derecho positivo y de la naturaleza de la soberanía y de la sociedad política independiente, que el poder de un monarca propiamente dicho... es incapaz de limitación *legal*. Un monarca o un soberano... obligado por un deber legal estaría sujeto a un soberano superior: es decir, un monarca o soberano... obligado por un deber legal sería soberano y no soberano. El poder supremo limitado por el derecho positivo es una manifiesta *contradictio in termini*.⁴²

En verdad, dice Austin, es imposible que alguien pueda imponerse a sí mismo una ley:

Pues, si hablamos con propiedad, no podemos hablar de una ley impuesta por una persona a sí misma, aunque pueda adoptar un principio como guía de su propia conducta y pueda observarlo como si estuviese obligado a observarlo en virtud de una sanción.⁴³

³⁹ *Ibidem*, p. 194. Los subrayados son de Austin.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 261.

⁴¹ Cfr. J. Raz, *The Concept of a Legal System*. Oxford, 1973, p. 99.

⁴² *The Province...*, p. 254. El subrayado es de Austin.

⁴³ *Ibidem*, p. 255.

A diferencia, pues, del modelo I, el fundamento último de validez no es una norma supuesta, sino la voluntad del soberano acerca de cuya competencia no tiene sentido preguntarse por quién ha sido conferida.

d) Puede suceder que los contenidos de la ley positiva y los de la moral positiva coincidan unas veces, no coincidan otras, y a veces entren en conflicto.⁴⁴ En este último caso, no es contradictorio afirmar que ambos tipos de leyes son válidos con relación a sus respectivos fundamentos de validez. Y aun cuando los contenidos coincidan, esto no significa que no sean dos sistemas diferentes en cuanto al fundamento de validez. Dice Austin:

Como consecuencia de la frecuente coincidencia del derecho positivo y la moral, y del derecho positivo y de la ley de Dios, los escritores de la jurisprudencia confunden a menudo absurdamente la verdadera naturaleza y fuente del derecho positivo. Allí donde el derecho se inspira en la moralidad positiva o en la ley de Dios, olvidan que la copia es creatura del soberano y la imputan al autor del modelo.⁴⁵

Con respecto al modelo II, el modelo de Austin (modelo III) significa su laicización. La *potentia dei absoluta* de la que habla San Pablo cuando dice: “No hay nada que pueda obligar o ligar la voluntad de Dios”,⁴⁶ es transferida al soberano.

El esquema del modelo III podría ser el siguiente:

- A)
- B)
- C)
- D) órgano + procedimiento — la norma es dictada directa o indirectamente por el soberano.

Parecería que este modelo, al vincular la cadena de validez normativa con la idea del soberano ilimitado tiene todas las posibles ventajas de los dos modelos anteriores y ninguno de sus inconvenientes (norma básica supuesta en el modelo I y el presupuesto de la existencia de Dios, modelo II).

Sin embargo, este concepto aparentemente salvador de “soberano” tropieza con una serie de inconvenientes para su aceptación. H. L. A. Hart y J. Raz han expuesto en detalle todos los problemas que implica la admisión del concepto de soberano, de Austin. Exponer aquí sus argumentos sería una reiteración inútil.⁴⁶

5. Llegados a este punto, alguien podría preguntarse si es verdad que los modelos I y II son fieles al postulado A). En efecto, podría sostener que la cadena de validez que conduce de una norma inferior a otra superior termina en una norma suprema, llámese ésta ley divina o Constitución

⁴⁴ *Ibidem*, p. 159.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 162-163.

⁴⁶ *Romanos*, 9, 12.

positiva, cuya validez se basa en el hecho de haber sido dictada por Dios o por el soberano. En ambos casos, el deber ser aparece fundado en el ser. Así las cosas, sobre ambos modelos pesaría también el grave inconveniente (a más de los mencionados) de violar una ley fundamental de la lógica.

Aunque pienso que la objeción no es despreciable, no he de considerarla aquí. Mostraré, en cambio, un cuarto modelo en el que la negación del postulado A) es manifiesta.

6. El cuarto modelo es el que corresponde a todos aquellos juristas que sostienen la llamada "teoría de la naturaleza de las cosas" (IV).

Según ella, es posible inferir del conocimiento de la realidad (de las cosas) el contenido normativo justo y adecuado. La palabra "cosa" significa un variado repertorio de realidades:

a) El hombre en su realidad sicosomática, es decir, como objeto de la naturaleza descripto por diversas ciencias empírico-naturales. Los datos de la biología o de la psicología, por ejemplo, son utilizados para una fundamentación antropológica del derecho.

Es el caso de Thomas Würtenberger y de Hans Welzel con su teoría de las "estructuras lógico-objetivas".

Dice Welzel:

La primera limitación (límites inmanentes del derecho positivo) se encuentra en las estructuras lógico-objetivas que atraviesan íntegramente la materia jurídica, prescribiéndole una regulación de un determinado tipo.⁴⁷

Sociólogos como Helmut Schelsky⁴⁸ explican el origen de las instituciones jurídicas como un desarrollo causal que conduce de las necesidades fundamentales o secundarias del hombre a su satisfacción institucional o normativa.

b) Los objetos físicos del hombre aprehendibles empíricamente. A ellos se refiere, por ejemplo, Erich Fechner.⁴⁹

c) Una entidad metafísica *a priori*. Tal es el caso de la concepción de Adolf Reinach.⁵⁰

d) Las relaciones del hombre con sus semejantes o con los objetos mencionados en b). Ésta es la posición de Georg Jellinek cuando habla de la "fuerza normativa de lo fáctico",⁵¹ o de Werner Maihofer cuando atribuye a los papeles sociales una posición fundamental en un derecho natural existencial, y afirma la posibilidad de derivar de aquéllos, contenidos normativos.

⁴⁷ "Derecho natural y positivismo jurídico", en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba (RA) 1962, p. 36.

⁴⁸ Cfr., por ejemplo, "Acerca de la estabilidad de las instituciones, en especial de las constituciones", trad. de Ernesto Garzón Valdés, en *El hombre en la civilización científica*. Buenos Aires, 1967.

⁴⁹ Cfr., por ejemplo, *Rechtsphilosophie*. Tübingen, 1956, p. 146.

⁵⁰ Cfr. "Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts", en *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1, 1913, pp. 685-847.

⁵¹ Cfr. *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed., Frankfurt, 1954.

e) Instituciones y conceptos jurídicos, como cuando se habla de la naturaleza del matrimonio, de la propiedad, de la compraventa, etcétera.

En todos estos casos, se atribuye al ser un poder normativo. La concepción es antigua: está ya presente en la definición heracliteana de Díkē como aquello que corresponde al ser. En la segunda mitad del siglo xx ha sido adoptada por aquellos autores que han tratado de hacer revivir la idea del derecho natural sin necesidad de recurrir a un Dios legislador.

El modelo iv acepta el postulado C). Normas jurídicas son sólo aquellas que son capaces de obligar y, por lo tanto, son válidas. Dice Welzel, por ejemplo:

Las dificultades inmanentes a la teoría positivista pueden sólo evitarse si se mantiene el concepto de *deber jurídico* como un estar vinculado normativamente al deber ser jurídico y, al mismo tiempo, se define la *validez* de este deber ser como la obligatoriedad de las normas.⁵²

Además, las normas que no son capaces de obligar (para utilizar la terminología de Welzel) no pueden ser consideradas como jurídicas.

Dice Welzel:

El derecho no es sólo poder coactivo sino también valor obligante;⁵³ ... el poder que se impone deja de ser *derecho*.⁵⁴ (O bien): Un orden jurídico posee obligatoriedad y con ella validez normativa, sólo en virtud del contenido valorativo interno y no a raíz de su pura facticidad. Este contenido valorativo diferencia al derecho de la pura fuerza. En virtud de este contenido valorativo obliga en conciencia al individuo.⁵⁵

Las normas injustas no son derecho sino tan sólo expresiones de un mero poder coactivo. Es decir, sólo existen como jurídicas las normas justas que son las que tienen capacidad de obligar y, por lo tanto, son válidas. El razonamiento que aquí se formula para aceptar el postulado B) es similar al del modelo II.

Con respecto al postulado D), el modelo iv incluirá el requisito de la justicia. Así dirá Gustav Radbruch: "Cuando una ley niega conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, concede arbitrariamente o rechaza los derechos del hombre, carece de validez..."⁵⁶

Y Welzel:

... allí donde el mandato estatal degrada a la persona a simple cosa... puede coaccionar en la medida en que su poder sea fuerte y que el mal ordenado en caso de incumplimiento sea lo suficientemente grave, pero no

⁵² Cfr. "Ley y conciencia", trad. de Ernesto Garzón Valdés, en *Más allá del derecho natural*..., p. 64. Los subrayados son de Welzel.

⁵³ "Derecho y poder", en *op. cit.*, p. 62.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 64. El subrayado es de Welzel.

⁵⁵ "Ley y conciencia", en *op. cit.*, p. 89.

⁵⁶ Cfr. "Fünf Minuten Rechtsphilosophie", en *Rechtsphilosophie*, ed. 1950. Stuttgart, p. 336.

puede obligar. Es solamente fuerza o terror, pero en ningún caso derecho obligatorio, válido... el derecho, por su propia esencia, sólo puede ser recto; ¡también el derecho positivo!⁵⁷

Qué haya de entenderse por justo en este modelo es mucho más complicado que en el modelo II. Nos encontramos aquí con las más dispares concepciones de la justicia, desde la posición nacional-socialista de un Helmuth Dietze, hasta la marxista de un Ernst Bloch, pasando por el tomismo de Herbert Schambeck y el existencialismo de un Werner Maihofer. No es éste el lugar para hacer una exposición detallada de cada una de estas posiciones.⁵⁸

De los cuatro postulados, es decir, de la negación del A) y de la aceptación de los otros tres, la teoría de la naturaleza de las cosas infiere:

a) El fundamento último de validez de un orden jurídico reside en su concordancia con la naturaleza de las cosas.

b) No es necesario recurrir a ninguna norma supuesta como en el modelo I o a una autoridad supraempírica como en el modelo II, y tampoco es posible aceptar sin más la voluntad del soberano, como en el modelo III.

c) No puede haber conflictos de deberes entre el orden moral y el orden jurídico. El único deber que existe es el ético; hablar de deber jurídico, en el sentido de un "deber coactivo", es una *contradictio in adjecto*, según Welzel.⁵⁹

El esquema del modelo IV es el siguiente:

- A)
- B)
- C)
- D) órgano + procedimiento + contenido.

A este modelo me he referido extensamente en otro trabajo. Ello me exime de hacerlo aquí.⁶⁰ Es indudable que el inconveniente mayor e insalvable de este modelo es la violación que comete de una ley lógica al negar el postulado A). Incurre así en la llamada "falacia naturalista" (para usar la clásica formulación de G. E. Moore). Los intentos realizados para explicar una derivación del deber ser a partir del ser, tales como los de J. R. Searle,⁶¹ Max Black⁶² o D. I. Mavrodes,⁶³ no parecen haber logrado su propósito.

⁵⁷ "Derecho natural y positivo jurídico", en *op. cit.*, p. 43.

⁵⁸ Cfr., al respecto, E. Garzón Valdés, *Derecho y "naturaleza de las cosas"*. Córdoba (RA) 1970; y L. Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*. México, 1971.

⁵⁹ "Ley y conciencia", en *op. cit.*, p. 77.

⁶⁰ Cfr. *Derecho y "naturaleza de las cosas"*.

⁶¹ Cfr. John R. Searle, *Speech Acts*. Cambridge, 1969, pp. 175 y ss.

⁶² Cfr. Max Black, "The Gap Between 'Is' and 'Should'", en *Philosophical Review*, t. 73, 1964.

⁶³ Cfr. G. I. Mavrodes, "On deriving the Normative from the Nonnormative", en *Papers of the Michigan Academy of Science, Arts and Letters*, t. 53, 1968.

Existe al respecto un excelente estudio de Norbert Hoerster.⁶⁴ No he de aportar aquí más argumentos. Lo que sí es evidente es que la violación de las leyes de la lógica no es un buen punto de partida para buscar una solución aceptable.

Rechazado este modelo, veamos otro.

7. El modelo que consideraré ahora será el H. L. A. Hart (V), tal como lo expone en su libro *El concepto de derecho*.⁶⁵

Hart admite el postulado A) al rechazar "...la falacia de argumentar desde lo que es a lo que debe ser."⁶⁶

Rechaza en cambio el postulado B). Validez de una norma no es equivalente a existencia de aquélla, ya que existe una norma (o regla, para utilizar la terminología de Hart) que existe y de la que no cabe predicar su validez: la regla de reconocimiento.

Dice Hart:

Necesitamos la palabra "validez" y la usamos comúnmente sólo para responder cuestiones que surgen *dentro* de un sistema de reglas en donde el *status* de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios establecidos por la regla de reconocimiento. Ninguna de tales cuestiones puede surgir con respecto a la validez de la regla de reconocimiento, misma que es la que proporciona este criterio; no puede ser ni válida ni inválida sino que es simplemente aceptada como apropiada para ser usada de esta manera.⁶⁷

Y aun cuando con respecto a algunas reglas del sistema jurídico, decir que una norma existe sea lo mismo que decir que es válida, con respecto a la regla de reconocimiento esta afirmación no es posible.

La aserción de que existe (la regla de reconocimiento) puede ser sólo un enunciado externo de hecho. Pues mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y en este sentido "existe" aun si no es tenida en cuenta por la generalidad, la regla de reconocimiento existe sólo como una compleja, pero normalmente concordante práctica de los tribunales de justicia, de las personas públicas y privadas al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.⁶⁸

Rechaza también el postulado C), es decir, que validez sea equivalente a deber de obediencia, ya que existen normas válidas de las cuales no tiene sentido hablar de deber de obediencia. Son las que Hart llama "reglas

⁶⁴ Cfr. Norbert Hoerster, "Zum Problem der Ableitung eines Sollens aus einem Sein", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LV/1, pp. 11 y ss.

⁶⁵ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*. Oxford, 1961. Traducción de Genaro R. Carrió: *El concepto de derecho*. Buenos Aires, 1963. Las citas corresponderán a la versión inglesa.

⁶⁶ Cfr. *Law, Liberty and Morality*. Stanford, 1963, p. 28.

⁶⁷ *The Concept of Law*, pp. 105/6. El subrayado es de Hart.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 107.

secundarias”, caracterizadas precisamente por no imponer obligación alguna sino, por el contrario, conferir potestades o permitirnos identificar las normas válidas del sistema. Por otra parte, Hart mismo señala que es “engañoso hablar de una regla que prescribe que otra regla debe ser obedecida”⁶⁹ y rechaza expresamente la afirmación de Kelsen cuando sostiene que es lógicamente imposible considerar a una regla particular del derecho como válida y, al mismo tiempo, aceptar como moralmente obligatoria una regla moral que prohíba la conducta prescrita por la norma jurídica.⁷⁰

Al introducir la regla de reconocimiento, el postulado D) recibe una formulación totalmente distinta a la de los modelos anteriores. Una norma será válida cuando satisfaga los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento del sistema que se trate. El enunciado de validez es, además, un enunciado interno, propio de quien acepta las reglas del sistema como pautas de conducta. Este enunciado corresponde al punto de vista interno, según la terminología de Hart.⁷¹ Este punto de vista es diferente del de un observador externo al sistema o de quien no acepta la o las reglas en cuestión. Éste pronuncia enunciados externos. El enunciado de eficacia sería un típico enunciado externo. No he de detenerme aquí en el problema de los enunciados internos y externos. Pienso que para nuestros fines basta lo expuesto.

La teoría de Hart, con respecto a la validez, conduce (entre otras) a las siguientes conclusiones:

a) Para explicar el problema de la validez de una norma no es necesario recurrir a ninguna norma básica supuesta, como en el modelo I, ni a ningún ser supraempírico, como en el modelo II. El modelo IV es inaceptable por rechazar el postulado A).

El concepto de soberano del modelo III es también insatisfactorio (gran parte del libro de Hart está destinado a demostrar los problemas que implica el concepto iustiniano de soberano).

b) La regla de reconocimiento es la norma fundamental del sistema en el sentido de que indica los criterios de validez de las otras reglas.

c) No cabe predicar validez o invalidez de la regla de reconocimiento. Para hacerlo tendríamos que recurrir a una regla de reconocimiento de orden superior y así sucesivamente. Pero no sólo ello. Preguntarse por la validez de la regla de reconocimiento sería tan absurdo como preguntarse si el metro depositado en París, mide realmente un metro.⁷²

d) Como los criterios de validez cambian según los tiempos y lugares, el contenido de la regla de reconocimiento cambia también.

e) No hay inconveniente en aceptar conflictos entre los deberes impuestos por dos normas válidas, una jurídica y otra moral.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 246.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 246.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 99 y ss.

⁷² *Ibidem*, p. 106.

El modelo v tiene el siguiente aspecto esquemático:

- A)
- ~B)
- ~C)

D) los criterios de validez están dados por la regla de reconocimiento.

Este modelo tiene notorias ventajas con respecto a los anteriores. No necesita recurrir a la complicada construcción de la norma básica supuesta del modelo i. No comete la falacia naturalista del modelo iv y no pesan sobre él los inconvenientes ya señalados con respecto a los modelos ii y iii.

Sin embargo, no hay duda de que el modelo hartiano plantea también algunos problemas; por ejemplo, el del *status* de la regla de reconocimiento. ¿Pertenece al sistema o está por encima de él? ¿Es una metanorma con respecto a todas las otras normas del sistema, que serían el objeto de aquélla?⁷³ ¿Es un hecho? Hart sostiene que puede hablarse de la regla de reconocimiento como de un hecho:

...tenemos que recordar que la última regla de reconocimiento puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno es expresado en el enunciado de hecho externo de que la regla existe en la práctica real del sistema; el otro es expresado en los enunciados internos de validez formulados por aquellos que la usan para identificar el derecho.⁷⁴

Pero estos enunciados internos de validez parecería que no pueden ser formulados con respecto a la regla de reconocimiento, pues en este caso sería válida, afirmación que Hart, desde luego, no aceptaría.

Además, la reducción de los enunciados de validez a enunciados internos con la vinculación que éstos tienen con la aceptación de la norma respectiva por parte de quien los formula, es algo que no es del todo satisfactorio.

En efecto, la caracterización que Hart hace de los puntos de vista interno y externo en algunos pasajes de su obra, hacen recordar la llamada teoría de la "autonomía del derecho" expuesta por Rudolf Laun. Comparemos los siguientes textos:

Dice Hart:

En cualquier momento dado de la vida de cualquier sociedad que vive de acuerdo con reglas, jurídicas o no, es probable que exista una tensión entre aquellos que, por una parte, aceptan y voluntariamente cooperan en el mantenimiento de las reglas y de esta manera ven el propio comportamiento y el de las otras personas en términos de las reglas, y aquellos que, por otra parte, rechazan las reglas y las siguen sólo desde el punto de vista externo como una señal de posible castigo.⁷⁵

⁷³ Cfr. Bilygin, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁴ *The Concept of Law*, p. 108.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 88.

Dice Laun:

El individuo tiene por consiguiente, frente al llamado derecho positivo... una doble posibilidad: o bien lo aprueba, lo vive en el caso singular de aplicación como deber ser, como exigencia íntima de su conciencia o de su sentimiento jurídico —en este caso es para él derecho, aun cuando no lo obedezca—, o falta esta aprobación y entonces es para el individuo sólo fuerza violenta, aun cuando se incline ante ella. No existe una tercera posibilidad.⁷⁶

Y otra cita de Hart:

El punto de vista externo puede reproducir aproximadamente la manera como las reglas funcionan en la vida de ciertos miembros del grupo, es decir, en aquellos que rechazan sus reglas y sólo se interesan por ellas cuando y porque juzgan que a su violación es probable que sigan consecuencias desagradables. Su punto de vista se expresa como “Fui obligado a hacerlo”, “Es probable que sufra una pena por ello”... Pero no necesitan formas de expresión tales como “Tengo una obligación” o “Usted tiene una obligación”, pues éstas son sólo requeridas por aquellos que ven su propia conducta y la de las demás personas desde el punto de vista interno.⁷⁷

La teoría de Laun, en última instancia, hará depender, consecuentemente, la obligatoriedad y la validez del derecho de la decisión de conciencia de cada uno. No creo que esta conclusión pueda satisfacer a Hart, pero me parece que el límite entre estas dos teorías es sumamente tenue, si se vinculan el punto de vista interno y los enunciados internos de validez al hecho de la “aceptación” de la norma y sólo “tiene obligación” quien las acepta. El “deber ser” de Laun y el “tener obligación” de Hart no parecen ser muy diferentes. Y, en este caso, cabría preguntarse hasta qué punto el modelo y es consecuente con su negación del postulado C) precisamente con respecto a quienes adoptan el punto de vista interno, que son quienes, además, formulan los enunciados de validez.

8. De la consideración de los modelos hasta ahora presentados, pienso que surge con alguna claridad que la solución de los problemas planteados por el modelo I no se alcanza eliminando el postulado A). Al contrario, ello nos conduce a una falacia. El postulado D) es, en realidad, la definición de validez; hemos presentado diversas versiones de este postulado sin que hayamos podido dar con una salida satisfactoria.

Tal vez el problema esté radicado en los postulados B) y C). Su negación en el modelo V condujo, sin duda, a resultados más aceptables que en los modelos anteriores.

La identificación entre existencia y validez, la definición recursiva de esta última, es decir, la referencia de una norma válida a otra norma

⁷⁶ *Recht und Sittlichkeit*. Berlín, 1935, p. 15.

⁷⁷ *The Concept of Law*, p. 88.

también válida, la suposición de que la validez es una propiedad necesaria y genética de las normas, me parece que es fuente de graves problemas.

Apartémonos un poco del campo del derecho y consideremos un ejemplo que puede ser esclarecedor. Supongamos que alguien definiese al ser humano diciendo: "Ser humano es todo aquel que es hijo de otro ser humano." Evidentemente esta definición sería correcta para todos los casos, con excepción de uno; la definición no funciona cuando la aplicamos al primer hombre, a Adán. Y esto sería grave porque si Adán no es un ser humano, entonces tampoco lo son sus descendientes. La definición umbilical que hemos dado fracasa cuando nos encontramos, en el tronco del árbol genealógico, con un ser sin ombligo. Si quisiéramos salvar nuestra definición inicial, posiblemente trataríamos de recurrir a alguna ficción o hipótesis: suponer la existencia de un padre de Adán con carácter también humano o suponer que algún otro ser actúa como si fuera padre. Pero con esto no remediáramos la deficiencia originaria de la definición propuesta, ya que seguiría siendo inaplicable al primer hombre.

Algo parecido sucede con el modelo I. Aquí la validez es una propiedad que se trasmite de norma superior a norma inferior y, si se carece de ella, entonces no existe la norma como tal. La definición de validez del modelo I vale para todas las normas menos para la primera, que es la más importante por ser el fundamento de validez de las demás. La validez y la existencia de esta especie de "norma sin ombligo" se dice entonces que es supuesta. Y, en este caso, vale la misma objeción que en la definición umbilical del ser humano.

De la contingencia de las normas positivas y de su recursividad, algún autor ha inferido la audaz tesis de la "imposibilidad lógica del positivismo jurídico" para concluir afirmando la necesidad de un derecho natural.⁷⁸ Norbert Hoerster ha refutado, en mi opinión con éxito, esta posición.⁷⁹ No es éste el lugar para exponer esta polémica.

Sólo me interesa señalar que el problema de la recursividad aparece también en doctrinas jusnaturalistas como la que se expresa en el modelo III. En este caso, la validez de las normas positivas es referida a la validez de normas supraempíricas cuales son las del derecho natural y las del derecho divino. El último fundamento de validez es la voluntad de un Dios legislador. Pero aquí vuelve a presentarse la duda que planteáramos más arriba. Parecería que la orden de un superior —aunque sea de Dios— no puede fundamentar ningún deber de obediencia (hay que tener en cuenta que en estos dos modelos, validez equivale a existencia y a deber de obediencia). Toda orden, como dice R. M. Hare,⁸⁰ puede ser

⁷⁸ Cfr. C. F. Ophüls, "Ist der Rechtspositivismus logisch möglich?", en *Neue juristische Wochenschrift*, 1968, pp. 1745 y ss.

⁷⁹ Cfr. Norbert Hoerster, "Zur logischen Möglichkeit des Rechtspositivismus", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 56, (1970), pp. 42 y ss.

⁸⁰ Cfr. R. M. Hare, "Can I be blamed for obeying orders?", en *Applications of moral philosophy*. London, 1972, pp. 1 y ss.

traducida en un enunciado fáctico que dice: "X quiere que haga A". Y de este enunciado descriptivo, no se ve bien cómo puede derivarse una prescripción. A menos que admitamos alguna norma que diga, por ejemplo: "Debe hacerse lo que Dios ordena." Pero, en este caso, ¿esta norma es dictada por Dios o debo suponerla dogmáticamente? Si es dictada por Dios, estamos de nuevo frente al mismo problema que queríamos solucionar. Si es supuesta dogmáticamente y si su fundamento de validez ya no puede ser cuestionado, valdrían para ella las mismas objeciones que para la norma supuesta del modelo I. Por consiguiente, los inconvenientes de la recursividad tampoco son superados por la propuesta jusnaturalista. Es esta misma recursividad la que nos remite a un regreso al infinito de la que no nos salva ninguna norma básica supuesta.⁸¹

Desde luego, otra será la situación si se renuncia a considerar que toda norma válida para ser tal ha de tener su origen en otra norma válida o que toda norma que existe es válida y que deben obedecerse las normas o los sistemas normativos.

9. Veamos ahora un sexto modelo. Éste estará basado en la concepción de Georg H. von Wright.⁸²

En este modelo (VI), una norma es válida cuando existe una norma de orden superior que autoriza su creación. La noción de validez que aquí se admite es una noción relativa, no porque la validez de una norma requiera la validez de la otra norma que autoriza su creación, sino porque aquélla depende de la existencia de esta última.⁸³ Se rechaza así el postulado B).

La no equiparación entre validez y existencia permite introducir una nueva noción de invalidez. Una norma será inválida cuando su creación esté prohibida por otra norma. El criterio de invalidez es aquí también la existencia y no la validez de la norma en la que se expresa la prohibición.⁸⁴

Además del concepto de validez relativa, introduce von Wright la noción de validez absoluta, es decir, la validez dentro de un sistema de normas. Su definición requiere algunas precisiones previas.

Cuando una norma ordena o permite la creación de otra y ésta, a su vez, ordena o permite la creación de una tercera, estamos frente a una cadena de subordinación, en la que la tercera norma está subordinada a la segunda y ésta a la primera. Evidentemente, una cadena de subordinación puede contener más de tres miembros; en todo caso, lo que importa es que cada uno de estos miembros sea una norma válida con relación al miembro superior de la cadena. Una norma puede ser remitida a otra cuando existe una cadena de subordinación en la cual esta última es un miembro superior con respecto a aquélla.

⁸¹ Cfr. Carlos S. Nino, *Notas de introducción al derecho*, vol. 3. Buenos Aires, 1974, p. 35.

⁸² Me referiré aquí exclusivamente a su obra *Norm and Action*. London, 1963.

⁸³ *Op. cit.*, p. 196.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 197.

Así pues, por definición, una norma que no pueda ser remitida a otra norma superior o bien es inválida (ya que la cadena de derivación está constituida sólo por normas válidas) o bien no será ni válida ni inválida. Esta norma es llamada soberana.

Toda cadena finita de derivación termina (o comienza, si así se prefiere) o bien en una norma inválida o bien en una norma soberana. Que una norma es absolutamente válida significa que puede ser remitida a una norma soberana. Esta invalidez absoluta es llamada también por von Wright "validez dentro de un sistema".⁸⁵

Con respecto al postulado C), este modelo admite la existencia de normas permisivas y, en ningún caso, pretende equiparar la noción de validez con la del deber de obediencia. Puede suceder, además, que una norma sea válida con relación a una norma de orden superior e inválida con respecto a otra. No hay en ello nada de contradictorio. El único requisito que aquí se exige es que la norma que autoriza la creación de la norma en cuestión y la que la prohíbe, no emanen de la misma autoridad normativa.

Con respecto al postulado D), lo fundamental es que la creación de la norma haya sido autorizada por una norma superior, es decir, que quien la dicta (autoridad normativa) actúe dentro de la competencia normativa que le fija la autoridad superior.⁸⁶

Este modelo acepta el postulado A).

Las conclusiones a las que llega von Wright son las siguientes:

a) Como validez no es equivalente a existencia, pueden existir no sólo normas válidas sino inválidas y normas que no pueden ser ni válidas ni inválidas.

b) La noción de validez absoluta es secundaria o presupone la noción de validez relativa. La situación es aquí inversa a lo que sucede con la verdad de una proposición. La noción de verdad relativa es secundaria o presupone la noción de verdad absoluta. Si se piensa que verdad y validez son términos análogos, se puede llegar a la siguiente falacia: si la validez de una norma es relativa a la validez de otra norma superior, la validez de esta norma superior será relativa también a la validez de otra norma superior y así sucesivamente. Si la cadena de remisión es infinita, el concepto de validez perdería todo significado. Si, por otra parte, es finita, tendrá que llegarse a una norma cuya validez no puede ser referida a la validez de otra y, en este caso, será válida en sí misma o válida absolutamente, de la misma manera que puede decirse que la noción de verdad relativa presupone la noción de verdad absoluta. Pero, en este modelo VI, la noción de validez relativa no requiere la noción de validez absoluta. Aquélla es autosuficiente.⁸⁷

⁸⁵ *Ibidem*, p. 199.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 200.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 197.

c) No hay inconveniente en aceptar conflictos entre los deberes impuestos por dos normas, ambas válidas, emanadas de autoridades normativas diferentes. El esquema del modelo vi es el siguiente:

- A)
- B)
- C)
- D) competencia normativa fijada por autoridad superior.

Este modelo parece tener todas las ventajas del modelo v y no estar sujeto a las objeciones o dudas que planteara en aquél la regla de reconocimiento.

III

1. Llegado a este punto, podría dar por terminada la confrontación de los modelos aquí presentados dejando entrever mi preferencia por el modelo vi; pero es evidente que quedan varios problemas pendientes, algunos de ellos vinculados con precisiones conceptuales, y otros con la posibilidad de formar nuevos modelos sobre la base de los postulados seleccionados. Trataré de referirme a ambos tipos de cuestiones.

Hemos visto que tanto el modelo v como el vi niegan el postulado B) y admiten la existencia de una regla o norma de la que no cabe predicar validez. Puede uno, pues, preguntarse qué significa “existencia” en estos dos modelos.

Según von Wright, una norma ha sido dictada o comienza a existir en el momento en que “el uso del lenguaje prescriptivo conduce o tiene como resultado el establecimiento de esta relación (relación normativa) entre la autoridad normativa y el o los sujetos normativos...”⁸⁸ No expondré aquí en detalle los requisitos que formula von Wright para que se dé esta relación normativa. Baste señalar que, según este autor, la promulgación de la norma (que supone competencia de quien la dicta y observancia de procedimientos formales) es condición necesaria, pero no suficiente para el establecimiento de una relación normativa. Hace falta, además, la posibilidad de llevar a cabo, es decir, realizar, el contenido de la prescripción por parte de su destinatario.

Dice von Wright:

*El que exista una prescripción que ordena o permite una cierta cosa, presupone que el o los sujetos de la prescripción pueden hacer la cosa ordenada o permitida.*⁸⁹ O, dicho de otra manera:

⁸⁸ *Norm and Action*, p. 118.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 111. Los subrayados son de Von Wright.

La existencia de una norma depende lógicamente de hechos acerca de la capacidad.⁹⁰

Pero, además, la existencia de una prescripción no consiste en el hecho de su promulgación sino de su vigencia.⁹¹ Que una prescripción está vigente (*in force*) significa que se mantiene la relación normativa creada por aquélla. La existencia de una norma tiene aquí un sentido fáctico, mientras que validez, un sentido normativo. Validez es, así, sinónimo de legalidad.⁹²

En el caso del modelo v, habrá que distinguir dos tipos de existencia de una regla. Con respecto a las reglas primarias y secundarias (excepto la regla de reconocimiento), el enunciado de existencia puede ser un enunciado interno que no significa otra cosa que “válido según los criterios de validez del sistema”.⁹³ Con respecto a la regla de reconocimiento, la aserción de existencia es un enunciado externo: la “existencia es una cuestión de hecho”.⁹⁴

Dice Hart:

Mientras que una norma subordinada del sistema puede ser válida y en este sentido “existir” aun si no es observada en general, la regla de reconocimiento existe sólo como una práctica compleja, aunque normalmente concordante, de los tribunales, de la parte oficial y de los particulares, en la identificación de la ley con referencia a ciertos criterios.⁹⁵

Así, pues, en el modelo v aparecen dos conceptos de existencia como resultado de la negación del postulado B): uno que vale para todas las reglas del sistema menos para la regla de reconocimiento, y otro que vale para esta última.

Otra cuestión que está estrechamente vinculada con el problema de la validez, en los modelos aquí considerados, es el de la pertenencia de las normas válidas al sistema respectivo. Llamaré a ésta la “cuestión de la membresía”.

Dice Hart: “. . . el *status* de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios proporcionados por la regla de reconocimiento . . .”⁹⁶

Es decir que en este caso membresía equivale a validez. Hemos visto, por otra parte, que por razones conceptuales no puede predicarse validez de la regla de reconocimiento; pero si la regla de reconocimiento no es válida y membresía fuera siempre equivalente a validez, entonces la regla de reconocimiento no pertenecería al sistema cuyos criterios de validez proporciona.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 110.

⁹¹ *Ibidem*, p. 118.

⁹² *Ibidem*, p. 196.

⁹³ *The Concept of Law*, p. 107.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 107.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 107.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 106.

Sin embargo, ésta no parece ser la opinión de Hart y un buen conocedor de su teoría como J. Raz lo dice expresamente: "La regla de reconocimiento es una regla jurídica y pertenece al sistema jurídico."⁹⁷ Parece, pues, que habrá que aceptar aquí también un doble criterio de membresía si es que se quiere sostener la tesis de que la regla de reconocimiento pertenece al sistema y, al mismo tiempo, negar la posibilidad de predicar su validez. Hart no señala expresamente cuál ha de ser este criterio. Pienso que no es aventurando considerar que también aquí la cuestión de la membresía se transforma en una cuestión de hecho similar a la de la existencia de la regla de reconocimiento.

En el modelo I, las nociones de validez y membresía aparecen como sinónimas.

Dice Kelsen:

El orden jurídico es un sistema de normas. Surge la cuestión: ¿Qué es lo que hace que una pluralidad de normas constituya un sistema? ¿Cuándo pertenece una norma a cierto sistema de normas? Esta cuestión está vinculada estrechamente con la de la razón de validez de una norma.⁹⁸

Una norma pertenece, según este modelo, a un determinado sistema cuando su validez deriva de la norma básica del sistema en cuestión. La norma básica es criterio de identidad del sistema y de membresía de sus normas. Ahora bien, si el contenido de la norma básica está "determinado por los hechos"⁹⁹ propios de cada acto de creación de un sistema positivo, parece que primero tengo que identificar el sistema para luego resolver el contenido de la norma básica, y si ésta es, a su vez, criterio de validez y membresía, es indudable que no podemos dejar de experimentar aquí la inquietante insatisfacción que provoca todo círculo vicioso.¹⁰⁰

En el modelo II, la noción de membresía se desarrolla alrededor del dudoso concepto de soberano.

Con respecto al modelo VI, dice von Wright:

Todas las normas que son eslabones en al menos una cadena que se origina en las normas soberanas dictadas por una misma *autoridad* se dirá que pertenecen a la misma *jerarquía u orden o sistema*. Las normas soberanas mismas serán incluidas por definición en el sistema.¹⁰¹

Así, pues, en el modelo VI existen dos criterios de membresía: uno es el de legalidad y otro es el de pertenencia a un sistema por definición. En el primer caso, membresía equivale a validez.

⁹⁷ *The Concept of a Legal System*, p. 198.

⁹⁸ *Reine Rechtslehre*, ed. 1960, p. 196.

⁹⁹ *Cfr. supra*, nota 34.

¹⁰⁰ *Cfr.*, al respecto, J. Raz, *The Concept of Legal System*, pp. 100 y ss.; y Carlos S. Nino, *Notas...*, p. 36.

¹⁰¹ *Norm and Action*, p. 199.

En el modelo III, las nociones de existencia y de membresía (al exigir un determinado contenido de justicia a las normas) hacen referencia no sólo a la legalidad, sino también a la legitimidad de las normas. La cadena de subordinación y derivación: *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex positiva*, legítima las normas del sistema positivo, admite como tales tan sólo a las leyes justas, que son las “verdaderas leyes”.

En el modelo IV, la solución es similar a la del modelo III, ya que la justicia de una norma es condición necesaria de su existencia como derecho. El fundamento de su legitimación es aquí su concordancia con la “naturaleza de las cosas”.

2. La consideración de las nociones de existencia (cuya dilucidación había quedado pendiente en los modelos V y VI) y de membresía (a la que no se había hecho mención expresa en ninguno de los seis modelos) sirve para poner de manifiesto nuevos aspectos del concepto de validez.

Por lo pronto, tanto en el modelo V como en el VI aparecen expresiones que contienen una referencia fáctica que, hasta ahora, no había tenido en cuenta. En el modelo V se dice que la existencia de la regla de reconocimiento es una “cuestión de hecho” y en el modelo VI se habla de la vigencia (*in force*) de una norma.

Hasta ahora me había ocupado de la existencia de las normas individuales, pero ahora surge también la cuestión de la existencia de los ordenamientos jurídicos positivos. La cuestión no es ociosa ya que, de acuerdo con nuestras consideraciones preliminares, debía ocuparme del derecho positivo.

Cuando se trata de la existencia del sistema positivo, todos los modelos, aun hasta los más “formalistas” establecen como condición necesaria la eficacia del sistema.

Así dice Kelsen:

...no puede negarse que un orden jurídico como totalidad, al igual que una norma jurídica individual, pierde su validez cuando cesa de ser eficaz...¹⁰²
Un orden jurídico es considerado como válido cuando sus normas “en general” (*im grossen und ganzen*) son eficaces, es decir cuando son realmente obedecidas y aplicadas.¹⁰³

También en el modelo II, la consideración de la *lex positiva* se hace dentro del marco de un derecho existente en donde cuenta no sólo la promulgación y el contenido de la ley sino también la actitud de los súbditos frente a ella. Así la validez de una ley y su capacidad de obligar desaparece “si de hecho la mayor parte del pueblo no observa la ley”.¹⁰⁴

¹⁰² *Reine Rechtslehre*, 1960, p. 216.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 219.

¹⁰⁴ *De legibus*, libro III, cap. XX, 13. Ver también libro IV, cap. XVI.

El modelo III está concebido para su aplicación al derecho positivo y la idea central del soberano tiene, como hemos visto, un fundamento eminentemente fáctico.

Con respecto al modelo IV, dice Welzel:

El más ideal de los órdenes que no posea este poder de configuración de la realidad no cumple con la característica esencial del derecho, mientras que una ordenación precaria, por más incompleta que sea, siempre tiene una ventaja con respecto al orden ideal: ser derecho. Pertenece a la esencia del derecho el ser real. En el derecho la existencia pertenece a la *essentia*: la existencia al concepto de esencia. Por eso en el derecho, la facticidad está indisolublemente unida a lo normativo.¹⁰⁵

En el modelo V, dice Hart:

Hay por lo tanto, dos condiciones mínimas necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico. Por una parte, aquellas reglas de conducta que son válidas de acuerdo con los últimos criterios de validez del sistema tienen que ser generalmente obedecidas y, por otra parte, las reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica y sus reglas de cambio y de adjudicación tienen que ser efectivamente aceptadas como cánones comunes y públicos de conducta oficial por parte de sus funcionarios.¹⁰⁶ (Además): Quien formula un enunciado interno relacionado con la validez de una regla particular del sistema puede decirse que *presupone* la verdad del enunciado externo de hecho que dice que el sistema es generalmente eficaz.¹⁰⁷

Con respecto al problema de membresía hemos visto que el modelo V plantea algunas dificultades con respecto a la inclusión de la regla de reconocimiento dentro del sistema respectivo. En el modelo VI, se dice que las normas soberanas son incluidas en el sistema por definición. Esto último apunta a algo que me parece importante: el o los criterios que se acepten para determinar la validez (membresía) de las normas de un sistema no pertenecen a él (pretender lo contrario nos plantea la cuestión de la recursividad o de la regla de reconocimiento de Hart). Pueden en este sentido, ser fijados por "definición" como sostiene el modelo VI. Toda definición es desde luego arbitraria; pero si lo que nos importa es obtener una buena definición, entonces debemos exigir que nos sea útil para el tratamiento del problema que nos ocupa. Y como lo que aquí nos interesa es el problema de la validez de las normas de un sistema positivo, me parece que aquí es relevante recoger la nota de efectividad que está presente en todos los modelos considerados.

La definición de validez deberá establecer entonces criterios de existencia y de membresía no para un sistema que exista sólo "en el papel" o que pertenezca al pasado, sino que sea vigente en la actualidad (si es que lo

¹⁰⁵ "Derecho natural y positivismo jurídico", en *Más allá del derecho natural y del juspositivismo*, p. 33.

¹⁰⁶ *The Concept of Law*, p. 113.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 101.

que nos interesa no es un sistema cualquiera de normas sino de normas positivas). Y, en este sentido, me parece que los criterios que menciona Hart cuando habla de la regla de reconocimiento, son aceptables. En este nuevo modelo se trataría, pues, de recoger las ventajas lógicas del modelo VI y aceptar también las sensatas consideraciones jurídico-positivas que están presentes en el modelo V.¹⁰⁸

3. Ha quedado también abierta la cuestión de si, sobre la base de los postulados que he analizado, es posible construir otros modelos fuera de los ya considerados. Para simplificar las cosas, tomaré como base sólo los tres primeros postulados. Al cuarto me referiré por separado, más adelante. Así, pues, si tenemos estos tres postulados que caracterizan los distintos modelos según estén afirmados o negados, es obvio que el número de modelos lógicamente posible es $2^3 = 8$. Veamos cuáles son:

1):	2):	3):	4):	5):	6):	7):	8):
A)+	A)+	A)+	A)+	A)–	A)–	A)–	A)–
B)+	B)+	B)–	B)–	B)+	B)+	B)–	B)–
C)+	C)–	C)+	C)–	C)+	C)–	C)+	C)–

Los modelos I y II satisfacen las condiciones de 1).

El modelo III corresponde a 2).

Los modelos V y VI caen bajo la columna 4).

El modelo IV ha de ser incluido en 5).

Es decir, que de los ocho modelos lógicamente posibles, he presentado ejemplos sólo de cuatro. La falta de los restantes ejemplos puede deberse, desde luego, a mi propia ignorancia. Creo, sin embargo, que ha de ser difícil encontrar ejemplos de 3) y de 7), vale decir, de autores que sostengan que la validez de una norma equivale a deber de obediencia y nieguen que validez y existencia son términos también equivalentes. La razón de esta dificultad reside en que el deber de obediencia (tal como es afirmado por el postulado 3)) responde a una postura jusnaturalista (con la excepción de Kelsen a quien hemos calificado de cuasi positivista, precisamente por aceptarlo) que, por lo tanto, hace hincapié en el contenido de las normas exigiendo para su validez y existencia cierta dosis de justicia. Por consiguiente, sería incongruente, dentro de esta posición, propugnar la obediencia de un sistema jurídico y no referir este deber de obediencia a las normas válidas o sea que “verdaderamente” existen como “derecho”, de acuerdo con las distintas versiones jusnaturalistas (ilustradas por los modelos II y IV).

No conozco tampoco representantes de las posiciones 6) y 8). Pienso que en este último caso debería tratarse de un jurista que adoptara con respecto al postulado A) la posición de J. Searle, por ejemplo (elijo a Searle por ser su posición más neutral a los valores que la de los juristas del modelo IV, lo que permitiría negar también los dos restantes postulados), y siguiera

¹⁰⁸ Cfr. Carlos S. Nino, *Notas...*, vol. 3.

luego una línea de pensamiento similar a la del modelo VI, en lo que respecta a los postulados B) y C).

La inclusión de los modelos I y II bajo la columna 1) podría hacer pensar que ambos son idénticos y que entre los sistemas propuestos por Kelsen y Suárez no hay ninguna diferencia. Mi respuesta sería que esta diferencia aparece cuando consideramos el postulado D) que hace referencia a la justicia de las normas como condición necesaria de su validez. Así, si incorporamos este postulado en la columna 1), tendremos dos modelos diferentes (la negación del postulado D) se entenderá aquí que significa la no consideración de un contenido justo como condición necesaria de validez).

1)':	1)'':
A)+	A)+
B)+	B)+
C)+	C)+
D)—	D)+

La posición de Kelsen sería, pues, la de 1)' y la de Suárez la de 1)''. La columna 2) podría dividirse en:

2)':	2)'':
A)+	A)+
B)+	B)+
C)—	C)—
D)—	D)+

Austin estaría representado por 2)') y me parece difícil encontrar representantes de 2)'', pues no tendría mucho sentido negar C) para luego afirmar D), ya que el contenido justo de las normas es lo que suele aducirse para afirmar su obligatoriedad.

No consideraré las columnas 3), 6), 7) y 8), por las mismas razones señaladas más arriba con respecto a estos casos.

La columna 4) da origen a:

4)':	4)'':
A)+	A)+
B)—	B)—
C)—	C)—
D)—	D)+

Pienso que tanto Hart (a pesar de que en su obra habla de "un contenido mínimo de derecho natural") como von Wright responden al caso 4)'. No conozco representante de 4)'".

La columna 5) puede dividirse en:

5)′:	5)″:
A) —	A) —
B) +	B) +
C) +	C) +
D) —	D) +

La posición de los representantes de la teoría de la “naturaleza de las cosas” responden al caso 5)′. No conozco representante de 5)′.

IV

Pienso que lo que aquí he expuesto o insinuado permite ver con cierta claridad el carácter ambiguo de la palabra “validez”, reflejada en sus sinónimos parciales tales como “existencia de una norma o de un sistema”, “membresía”, “obligatoriedad”, “deber de obediencia”. Esta misma ambigüedad requiere también cierta cautela en la comparación de los modelos presentados. Ellos son, desde luego, simplificaciones esquemáticas, y como tales han de ser tomados para que su comparación pueda ser de alguna utilidad.

Por otra parte, como he tomado como hilo conductor los postulados del modelo kelseniano y me he limitado a modelos referidos al derecho positivo legislado, no hay duda de que esta exposición es fragmentaria y como tal insuficiente para dar cuenta de todos los problemas que se presentan alrededor del concepto de validez. El carácter voluntario de estas delimitaciones puede excusar la limitación de este trabajo.