
A R T Í C U L O S

SOBRE LA VIGENCIA Y LA VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS

I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es hacer una especie de balance de las contribuciones de algunos de los principales filósofos del derecho de nuestro siglo al problema de la vigencia y la validez de las normas jurídicas. Me referiré fundamentalmente a las teorías de Kelsen, Ross y Hart, y aludiré al final al pensamiento de Dworkin como contrapunto crítico del positivismo jurídico, del que, como es sabido, él toma como modelo la obra de Hart. Las expondré sumariamente y, al mismo tiempo, las iré comentando con la intención de determinar qué es lo que, a mi modo de ver, queda claro sobre el asunto después de dichas contribuciones y de las polémicas cruzadas que, de modo explícito o implícito, han supuesto.

Para fijar el alcance del tema es necesario precisar el significado que aquí se atribuye a los términos vigencia y validez. Conforme al uso normal en nuestro lenguaje jurídico utilizaré *vigencia* como sinónimo de existencia. «Norma vigente» significa «norma existente». Ahora bien, las normas jurídicas existen siempre en una sociedad y en un tiempo determinados. Por tanto, por norma vigente se entiende una norma que existe actualmente como tal en una sociedad determinada. Norma no vigente sería una que no existe actualmente en dicha sociedad, bien porque existió en el pasado pero ahora es ya parte del derecho histórico de la misma, bien porque se trata de un mero proyecto, de una norma meramente posible. Por su parte el término *validez* reviste significados diversos tanto en el lenguaje moral como en el jurídico.¹ Aquí será utilizado con un significado análogo a

¹ También en otros contextos lingüísticos, como por ejemplo, cuando se afirma de una teoría que es una teoría válida. No tiene interés reseñar en este momento estos diversos significados. Sí lo tiene, en cambio, aludir brevemente al significado con que el término validez es usado a veces por teóricos y filósofos

aquel con que lo usan los juristas cuando califican ciertos actos jurídicos como válidos o inválidos, en cuyo caso se consideran nulos o anulables. Validez designa la cualidad o *status* de aquellas normas que reúnen los requisitos establecidos en otra norma vigente dentro de un cierto orden jurídico. Una norma jurídica no válida sería aquella que no cumple los requisitos exigidos por el orden jurídico vigente. Existe una clara relación entre la vigencia y la validez de las normas jurídicas. El *status* de válida que se atribuye a una norma implica la presunción de que es vigente. Como más adelante se pondrá de relieve, en virtud de la peculiar estructura del orden jurídico, el que una norma sea válida supone que *prima facie* se la puede considerar como norma vigente dentro de ese orden.

En las páginas que siguen me ocuparé del tema de la vigencia o existencia de las normas jurídicas. La cuestión de la validez sólo será tenida en cuenta en la medida en que representa un aspecto particular de aquel problema más general. De todos modos no es mi propósito ocuparme de todos los aspectos que

del derecho, un significado oscuro porque de acuerdo con el mismo validez designa una propiedad no bien definida de las normas jurídicas, algo que parece involucrar al mismo tiempo su existencia y su obligatoriedad. En efecto, conforme a este significado por validez del derecho se entiende la vinculatoriedad o fuerza obligatoria de sus normas, o bien, para ser más precisos, alguna propiedad por virtud de la cual se considera fundamentada tal fuerza obligatoria. Cfr., a título de ejemplo, F. González Vicén, *El positivismo en la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, 1950, 87 y sigs. L. Legaz, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953, 246-247. R. Maciá, *Reflexiones sobre la validez jurídica*, Oviedo, 1967, 17. J. M. Rodríguez Paniagua, «La validez del derecho desde un punto de vista jurídico, socio-psicológico y filosófico», en *Anuario de Sociología y psicología Jurídicas*, Barcelona, 1975, 49 y sigs.

La utilización del término validez con el significado aludido se debe, a mi entender, a la influencia de la filosofía del derecho alemana y al uso que muchos de sus representantes hacen del término *Geltung*, como predicado de las normas jurídicas. Con *Geltung*, parece designarse la existencia actual de una norma (lo que en nuestro idioma solemos designar con el término vigencia) y, al mismo tiempo, su carácter valioso que se manifiesta en su fuerza vinculante. Por eso, cuando se plantea como problema, se pregunta por el fundamento (*Grund*) de la *Geltung* de las normas jurídicas. (Por otro lado, hay que añadir que para designar la propiedad de una norma jurídica de haber sido establecida conforme a lo preceptuado en la norma anterior los teóricos alemanes utilizan también usualmente el término *geltend* o *gültig*.) Como ejemplos de este uso del término *Geltung* cfr., entre otros muchos, G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 5.^a ed., Stugart, 1956, 174 y sigs. R. Laun «Vom Geltungsgrund des positiven Rechts», en *Grundprobleme des internationalen Rechts (Festschrift für J. Spiropoulos)*. Bonn, 1957, 321 y sigs. H. Welzel, *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Köln und Opiaden, 1966. S. Langer

presenta el mencionado problema cuando se pretende examinarlo de forma completa y detenida. En este sentido dejaré de lado la cuestión relativa a la existencia de un orden jurídico como totalidad, es decir, la pregunta acerca de las condiciones que deben darse para que se pueda afirmar que en una sociedad está vigente un orden jurídico independiente. Partiré del supuesto de que puede afirmarse la existencia efectiva de un orden jurídico y, dentro de ese contexto, me referiré únicamente al problema de la vigencia de normas jurídicas determinadas. Aun así, no me detendré en las múltiples cuestiones laterales conectadas con dicho problema, sino que centraré la atención en lo que podríamos llamar el núcleo del mismo. Concretamente me ocuparé de dos cuestiones estrechamente conectadas pero que considero que se pueden tratar por separado y de forma sucesiva. La primera hace referencia a la noción misma de vigencia de las normas jurídicas, es decir, a la pregunta acerca de lo que significa afirmar,

«Staatliches Gewaltmonopol und ‘Ziviler Ungehorsam’», en *Rechtstheorie*, 17, Bd., 1986, 232.

Al margen de la posible vaguedad del término *Geltung* y del problema de cuál sería la palabra más adecuada para traducirlo a nuestro idioma, considero que no se debe utilizar el término validez con el significado referido. Y ello porque, por un lado, no designa ningún dato o propiedad relevante de las normas jurídicas claramente distinto de su vigencia y de su obligatoriedad; y, por otro, su uso dificulta el planteamiento claro de los problemas relacionados con estos dos términos. En efecto, cabe sostener que toda norma jurídica, por el mero hecho de serlo, ha de considerarse obligatoria en algún sentido; si es así, el problema de la obligatoriedad se disuelve en el problema de la existencia o vigencia: si se prueba que una presunta norma jurídica es una norma vigente, se prueba al mismo tiempo que es obligatoria. En este supuesto basta hablar de vigencia y preguntarse cómo es posible dilucidar si una presunta norma cuenta como norma vigente. Ahora bien, también es posible defender que no cabe atribuir fuerza obligatoria a toda norma jurídica por el mero hecho de ser vigente, de existir como tal, porque sólo puede hablarse de obligatoriedad en sentido moral (o porque, aunque se reconozca una obligatoriedad jurídica, inherente a toda norma de derecho vigente, se piensa que ésta es sólo una obligatoriedad *prima facie*, que desaparece si la norma es moralmente inaceptable). En este segundo supuesto nos encontramos ante dos problemas distintos, Uno es el problema relativo a si una presunta norma jurídica existe como tal, o es vigente. Otro es el problema de si esa norma vigente es también vinculante u obligatoria, para lo que debe reunir algunas cualidades -rectitud o justicia, etc- añadidas a aquellas condiciones y cualidades que se estimen necesarias para considerarla vigente. En ninguno de ambos supuestos el uso del término validez, con el significado a que nos venimos refiriendo, contribuye a aclarar el planteamiento de las cuestiones. Por tanto es aconsejable utilizarlo, como se propone en el texto, con un significado que permita distinguirlo claramente tanto de vigencia como de obligatoriedad y que, al mismo tiempo, se corresponde con nuestro lenguaje jurídico usual.

en general, que una norma jurídica es una norma vigente. La *segunda* se centra en la indagación del procedimiento adecuado para dilucidar si una presunta norma jurídica está vigente en una sociedad o, dicho de otro modo, en la indagación de las condiciones que hacen verdadero el enunciado de que una determinada norma jurídica es una norma vigente.

Por lo que se refiere a *la primera* cuestión, el problema surge cuando se intenta analizar el enunciado en que se afirma que una determinada norma es vigente o existe como tal en una sociedad. Y ello es así porque en dicho enunciado la existencia se predica no de un objeto cualquiera sino de esa peculiar entidad que es una norma y, más precisamente, una norma jurídica. ¿Enunciar que una norma está vigente implica afirmar que la norma de que se trata es vinculante para sus destinatarios, es decir, que éstos deben comportarse del modo como se establece en la misma? La pregunta, que a primera vista puede parecer bizantina, sirve en cierto modo de test acerca del tipo de teoría del derecho y de la ciencia jurídica desde la que se aborda la respuesta. Porque, como se verá, las respuestas a esta pregunta no son coincidentes y aparecen condicionadas por la actitud que se adopta a propósito de otras cuestiones previas. Una de éstas concierne al propio concepto de norma jurídica que se mantiene, según se considere que la vinculatoriedad u obligatoriedad constituye, o no constituye, una propiedad inherente a la norma. Otra se refiere a si la función de informar objetivamente de las normas jurídicas en cuanto vigentes, tal como la lleva a cabo, por ejemplo, el científico del derecho, es compatible, o no lo es, con la utilización de enunciados deónticos, es decir, de enunciados relativos a lo que debe hacerse. Pues bien, para algunos aquello que quiere decir quien, pretendiendo dar cuenta objetivamente del orden jurídico de una sociedad, afirma que cierta norma es vigente, se puede y se debe formular diciendo que dicha norma es vinculante para sus destinatarios, es decir, mediante enunciados en los que se declara que en dicha sociedad, dadas determinadas circunstancias, debe tener lugar cierta conducta. Para otros esta posición es incompatible con un discurso sobre el derecho que, como el que defiende el positivismo, se limite a dar cuenta de éste tal y como es sin pretender justificarlo presentándolo como moralmente valioso y, por eso, como obligatorio. Para éstos cuando se afirma que cierta norma jurídica es una norma vigente se hace referencia simplemente a ciertos hechos que se dan en la sociedad en relación con la citada norma, cuya constatación nos permite verificar el enunciado de que la misma existe como parte del orden jurídico de dicha sociedad.

La *segunda* cuestión, la relativa al procedimiento adecuado para dilucidar si una presunta norma jurídica se puede considerar vigente, está estrechamente conectada con la primera, a que acabo de referirme. Pues en toda teoría se presume que debe existir coherencia entre lo que se entiende que significa afirmar que una norma es vigente y el procedimiento que se propone para verificar dicha afirmación. Ahora bien, si la primera cuestión presenta un carácter predominantemente teórico, esta segunda, aunque también posee una dimensión teórica, se presenta ante todo como un asunto práctico, ya que constituye un problema que se plantea y se resuelve en la práctica jurídica de todas las sociedades. En efecto, tanto los jueces u otros funcionarios al establecer normas jurídicas concretas o al resolver conflictos, como los abogados y otros consejeros al recomendar pretensiones, como también, por supuesto, los simples ciudadanos al ajustar sus conductas recíprocas, cotidianamente han de tener en cuenta las normas jurídicas vigentes. Esto supone discernir cuáles de entre las posibles se encuentran vigentes, para lo que se siguen ciertos procedimientos y utilizan determinados criterios, que pueden no ser idénticos en todas las sociedades. Por consiguiente, la construcción teórica ha de entenderse como una reflexión sobre la práctica jurídico-social con el objeto de comprenderla en sus distintas manifestaciones y describirla de forma coherente.

Esta construcción teórica se lleva a cabo ya en el plano de la ciencia del derecho. Concretamente los cultivadores de la dogmática jurídica la desarrollan cuando exponen el tema de las «fuentes del derecho», es decir, de los distintos criterios utilizables para determinar cuáles son las normas vigentes dentro de un ordenamiento jurídico. Sin embargo, en este plano la construcción teórica aparece condicionada por diversas limitaciones. Ante todo porque normalmente la reflexión se ejercita tomando como referencia tan sólo un orden jurídico determinado. Además también porque el trabajo de la dogmática jurídica no es de naturaleza estrictamente teórica, sino que le guía la intención de contribuir al funcionamiento armónico de la práctica jurídico-social. Por esto sus cultivadores no se limitan a exponer los diversos criterios y procedimientos para decidir acerca de la vigencia de las normas, sino que al mismo tiempo procuran interpretarlos de manera que permitan resolver todos los problemas que se plantean en la vida jurídica real. Por esta misma razón no suelen cuestionarse el *status* de aquellos criterios ni suelen plantearse el problema de cuáles son las razones por las que podemos considerar como vigente la regla última que contiene

los criterios supremos a partir de los que se decide acerca de la vigencia de las restantes normas.

En el plano de la filosofía del derecho la reflexión teórica puede desarrollarse libre de las trabas que condicionan característicamente la dogmática jurídica. En este caso no actúa como determinante aquella intención práctica de contribuir al funcionamiento armónico del orden jurídico. Por otro lado, el objeto que sirve de referencia a la reflexión no es un ordenamiento determinado sino que, al menos intencionalmente, abarca a todo orden jurídico. Es más, un tratamiento adecuado del problema exige tener en cuenta no sólo la fenomenología jurídica, sino, además, la correspondiente a otros órdenes normativos con el fin de elaborar una teoría general acerca del procedimiento para dilucidar qué normas son vigentes que ponga de relieve tanto lo que pueda haber de común con otros tipos de normas sociales como lo específico del ámbito jurídico. Precisamente lo que justifica el tema en cuanto objeto de la filosofía del derecho es esta pretensión de construir una teoría general desde un enfoque que relacione el orden jurídico con otros órdenes sociales. Esto no significa, sin embargo, que los filósofos del derecho deban construir sus teorías al margen del tratamiento de la cuestión en los planos de la ciencia y de la práctica jurídicas. Por el contrario, deben tenerlo en cuenta y tomarlo como punto de partida. Más aún, la corrección de una teoría sobre la vigencia de las normas del derecho hay que medirla, aparte de otros criterios tales como su propia coherencia interna, por el grado en que nos permita comprender y explicar la práctica jurídica en todos sus aspectos y manifestaciones.

Tomando como base este criterio puede avanzarse una valoración preliminar de las teorías de los autores mencionados al comienzo y que después consideraremos. Es indudable que gracias a ellas, y a los comentarios y críticas que han suscitado, se ha progresado decisivamente en el planteamiento correcto y en la solución del problema relativo a la vigencia de las normas jurídicas. Sin embargo, también me parece cierto que, tomada cada una por separado, dichas teorías resultan insatisfactorias, ya que no permiten dar cuenta de una forma completa y coherente de la práctica jurídico-social efectiva. Ello se debe, en último término, como espero se mostrará más adelante, a que como piezas que son de conjuntos doctrinales más amplios reposan sobre presupuestos característicos de opciones filosófico-jurídicas parciales: bien de un realismo polémicamente contrapuesto al normativismo, o viceversa, bien de un positivismo estricto que no concede razón alguna a las posiciones no positivistas, o al

contrario. Se confirma así la idea, sostenida por diversos autores, de que la temática relativa a la vigencia y la validez de las normas jurídicas ocupa una posición crucial dentro de cualquier filosofía del derecho, ya que al abordarla e intentar solucionarla entran en juego necesariamente los presupuestos ontológicos y epistemológicos de la misma. Por esta razón estimo que tiene interés considerar de forma conjunta las teorías aludidas al comienzo, aunque ciertos aspectos parciales de ellas sean bastante conocidos.

II. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LOS ENUNCIADOS EN QUE SE AFIRMA LA VIGENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

1. *La posición de Kelsen*

Si el problema de la vigencia es un problema importante para los cultivadores de la filosofía jurídica, ello se debe en buena medida a la obra de Kelsen, que probablemente fue el primero en asignarle una significación central en una teoría del derecho. La posición de Kelsen acerca de la primera de las cuestiones de que nos vamos a ocupar -qué se entiende por vigencia de una norma, o cuál es el significado del enunciado en que se afirma que una norma jurídica es una norma vigente- es conocida, aunque en ocasiones sólo en sus rasgos más generales. Para el fundador de la teoría pura el término vigencia² designa la existencia específica de una norma, su modo peculiar de existir, que implica, o se manifiesta en, que es vinculante, que los destinatarios deben realizar la conducta establecida en la misma. Puesto que ha de servirnos de punto de partida y de referencia, creo que

² Kelsen utiliza el término *Geltung*. Generalmente se ha traducido por validez, probablemente a causa de ese uso generalizado a que me he referido en la nota anterior. En favor de esta traducción podrían aducirse dos razones: primera, que para el autor austríaco afirmar que una norma es *geltend* implica afirmar que es vinculante u obligatoria; y, segunda, que según su doctrina para considerar que una norma jurídica es *geltend* es preciso probar que ha sido establecida conforme a lo dispuesto en una norma anterior (esto es, que es válida, según el significado que aquí se atribuye a este término). Sin embargo, teniendo en cuenta que Kelsen, de una forma mucho más clara y enérgica que otros autores, insiste en que la expresión «*Geltung einer Norm*» designa, ante todo, al existencia de la norma como tal, y, por otro lado, el significado que en este trabajo se atribuye a los términos vigencia y validez, considero más correcto traducir *Geltung* por vigencia.

es conveniente exponer de forma ordenada, aunque sucinta, esta doctrina.

A través de sus obras Kelsen ha mantenido de forma constante que por vigencia entiende la existencia de una norma. En sus últimos escritos, con el fin de aclarar la idea, ha precisado que el término vigencia no designa una propiedad o cualidad de las normas, como, por ejemplo, el término verdad designa una propiedad de los enunciados declarativos (*Aussage*), sino que designa su misma existencia: una norma no vigente no es tal norma, es decir, no existe como tal.³ También de forma constante ha solido calificar esta existencia de las normas como una existencia peculiar o específica, calificación que explicita progresivamente en sus obras poniendo en relación con el tipo de entidad que él les atribuye. Las normas poseen una entidad peculiar, distinta de la que es propia de los hechos o fenómenos de la naturaleza. Constituyen el sentido o la significación que poseen ciertos actos de voluntad. Les corresponde, por tanto, la entidad propia de un sentido (*Sinn*) o un contenido de sentido (*Sinngehalt*), una entidad puramente ideal. Por eso su modo de existir es también peculiar: se trata de una existencia ideal, no real como la de los fenómenos naturales.⁴ Ahora bien, este modo peculiar de existir característico de las normas se traduce en su vinculatoriedad u obligatoriedad para los destinatarios, de manera que afirmar que una norma existe o es vigente equivale a afirmar que, dadas las circunstancias previstas en la misma, aquéllos deben realizar la conducta establecida en la misma norma.

Merece la pena intentar aquí una breve explicación de este último aspecto de la teoría kelseniana. Según ésta todo acto de voluntad dirigido u orientado a determinar el comportamiento de otro posee el sentido subjetivo de que ese otro debe realizar cierta conducta. Sentido subjetivo porque la conducta en cuestión debe ser, debe tener lugar, sólo desde el punto de vista del sujeto que la exige; sólo para dicho sujeto aparece como debida.

³ Cfr. «Recht und Logik», en *Die Wiener Rechts-theoretische Schule*, Wien, Europa verlag, 1968, Bd. 2, 1472 (publicado primeramente en Forum, XII Jahrgang, Heft 142 und Heft 143, Wien, 1965). *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz-verlag, 1979 (en adelante *ATN*), 2, 22, 136-137, 139, 179.

⁴ Cfr. *Reine Rechtslehre*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1934 (en adelante *RR₁*), 7. *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., Wien, 1960 (en adelante *RR₂*), 10. «Die Grundlage der Naturrechtslehre», en el vol. *Des Naturrecht in der politischen Theorie*, Wien, 1963, 2. «Zum Begriff der Norm», en *Festschrift für H. C. Mipperdey*, München und Berlin, 1965, 66 nota 11. *ATN*, cit., 2, 22, 36, 136 nota en pág. 284, 138, 145.

Sin embargo, cuando se dan determinadas circunstancias, es posible considerar que ese sentido subjetivo propio de aquellos actos de voluntad es también su sentido objetivo. Esto quiere decir que la conducta aparece como debida no sólo desde el punto de vista de quien la exige, sino también desde el propio de la persona de quien viene exigida y también desde el punto de vista de terceras personas no implicadas directamente en la relación.⁵ Objetividad equivale aquí, por tanto, a intersubjetividad. Que una conducta debe ser en sentido objetivo significa que dentro de un contexto social determinado se considera como debida desde un punto de vista intersubjetivo o general. No entramos ahora en la cuestión relativa a qué condiciones deben darse para que sea posible considerar que aquel sentido subjetivo propio de ciertos actos de voluntad es también su sentido objetivo y qué fundamento puede justificar tal consideración. Es un asunto del que trataremos más adelante. De momento lo que importa es constatar que para Kelsen el término norma designa esa significación o ese sentido objetivo que atribuimos a ciertos actos de voluntad (los actos creadores de normas), según el cual cierta conducta debe tener lugar desde un punto de vista general. El que se considere desde este punto de vista que los destinatarios deben realizar la conducta es lo que significa que la norma es vinculante u obligatoria. Que una norma existe en una sociedad significa, según esto, que en dicha sociedad existe un deber ser objetivo relativo a determinada conducta, es decir, que desde un punto de vista intersubjetivo o general se considera que la conducta mencionada debe tener lugar. Si se tienen en cuenta estas consideraciones, se puede entender mejor la doctrina de Kelsen, según la cual afirmar que una norma es vigente, que existe, significa afirmar que es vinculante para sus destinatarios o, lo que es lo mismo, que éstos deben realizar la conducta establecida en aquélla.⁶

Ahora bien, quien afirma esto y se expresa de este modo no cumple por ello la función prescriptiva propia de quien establece normas o recomienda conducirse con arreglo a ellas. El uso de las expresiones apuntadas tampoco implica necesariamente que se valora positivamente la norma, o que se la aprueba desde un punto de vista moral. Conforme al pensamiento de Kelsen tales

⁵ Cfr. *RR₁*, cit., 3-4. *RR₂*, cit., 6-7, 46-47, 110-111. *ATN*, cit., 21-22.

⁶ Cfr. *RR₁*, cit., 62. *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. al castellano de *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945), México, 1983 (en adelante *TGDE*), 35. *RR₂*, cit., 196. *ATN*, cit., 3, 22, 136.

expresiones son las apropiadas para dar cuenta objetivamente o informar de las normas que integran un orden jurídico tal como pretende hacerlo, por ejemplo, el científico del derecho. A la ciencia jurídica no le compete prescribir o establecer normas ni recomendar su observancia, ni tampoco valorarlas, sino únicamente describirlas, dar cuenta de ellas de forma objetiva. Pero para cumplir esta función debe utilizar expresiones o enunciados deónticos, o sobre lo que debe ser (*Sollsätze*), no enunciados sobre hechos, o sobre lo que es (*Seinssätze*). Si se emplearan enunciados sobre hechos, si se afirmara, por ejemplo, que ha tenido lugar un acto de voluntad orientado a determinar la conducta de ciertas personas, acto de voluntad que pretende «crear» una norma, o que la conducta real de esas personas se ajusta a lo expresado en tal acto de voluntad, no se captaría el sentido específico en que consiste la norma misma. Para captar y expresar adecuadamente dicho sentido es necesario utilizar proposiciones que reproduzcan descriptivamente la norma, es decir, enunciados en lo que se declare que si se dan determinadas circunstancias debe tener lugar cierta conducta. Con todo, estas proposiciones o enunciados tienen, según Kelsen, carácter descriptivo y no prescriptivo, constituyen verdaderos juicios susceptibles de ser verdaderos o falsos, pues el «deber ser» que en ellos comparece posee un significado descriptivo y no un significado prescriptivo, que es el que posee cuando forma parte del enunciado expresivo de la norma misma.⁷

Pues bien, según resulta explícitamente de varios pasajes de las últimas obras de Kelsen, tales enunciados sirven también para expresar la vigencia o existencia de las normas. Kelsen no distingue entre constatar y afirmar la vigencia de una norma, describir su contenido, ofrecer una interpretación de la misma, etc., como tareas diferentes, aunque complementarias, de la ciencia jurídica que pudieran requerir el uso de enunciados de naturaleza diferente. Se limita a afirmar que la ciencia jurídica cumple una función cognoscitiva y descriptiva de las normas empleando para ello enunciados deónticos, enunciados en los que al mismo tiempo se afirma la vigencia de las normas en cuestión. En consecuencia, conforme a la teoría kelseniana, los enunciados apropiados mediante los que el científico del derecho -o, podemos añadir, cualquier otra persona que se coloque en su punto de vista- da cuenta de que cierta norma jurídica es

⁷ Cfr. *TGDE*, cit., 192-196. *RR*₂, cit., 73-77, 81-82, 91-93. *ATN*, cit., 121-24.

una norma vigente en una sociedad no pueden ser enunciados sobre meros hechos, es decir, enunciados en los que se afirme que en dicha sociedad se han dado o probablemente se darán ciertas conductas. Han de ser, por el contrario, enunciados deónticos o sobre lo que debe ser, esto es, enunciados en los que se afirme que en esa sociedad, si concurren determinadas circunstancias, deben tener lugar ciertas conductas.⁸

2. Primera crítica de Ross a Kelsen. Valoración de esta crítica

Ross rechaza esta doctrina de Kelsen. Al igual que éste admite sin más dilucidaciones que los enunciados de la ciencia jurídica se refieren a la vigencia de ciertas normas y adoptan la forma siguiente: «D (la norma, o directiva, D) es derecho vigente (en el país X)».⁹ Pero debido a la filosofía en que se inspira, que le conduce a mantener una concepción del derecho y de la ciencia jurídica diferente de la kelseniana, defiende la tesis de que tales enunciados son enunciados sobre hechos o fenómenos sociales, enunciados cuyo significado es que han tenido lugar, o probablemente tendrán lugar, ciertas conductas relacionadas con la norma en cuestión.

Antes de exponer la crítica que formula Ross a la teoría de Kelsen y la concepción alternativa que propone, quisiera aludir por su valor sintomático al reproche que aquél hace a éste por haberse dejado guiar por el pensamiento jurídico ordinario. En efecto, tomando pie en algunas afirmaciones de Kelsen,¹⁰ el

⁸ Cfr. *RR*₂, cit., 77, 81-82, 91-93. *ATN*, cit., 121-123, 178. En esta última obra, póstuma, Kelsen matiza su posición. Admite que los enunciados en que se afirma que una norma es vigente pueden entenderse como enunciados sobre lo que es (*Seinssätze*), ya que en ellos se afirma el *Sein*, la existencia, de una norma. Se trata, por supuesto, del *Sein* de un *Sollen*, de una existencia puramente ideal. Por eso mismo lo que se afirma en tales enunciados puede formularse también mediante enunciados deónticos, sobre lo que debe ser (*Sollsätze*); cfr. *ATN*, cit. 125, 131-132.

⁹ Cfr. A. Ross, «Kelsen, Hans ‘What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays’». (En *California Law Review*, 1957, vol. 45, núm. 4), trad. de G. R. Carrió incluida en el vol. *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, 1969, 41. *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, 1963, 9, 19, 38.

¹⁰ Kelsen afirma reiteradamente que su doctrina sobre la vigencia de las normas jurídicas, concretamente su formulación de una norma fundamental hipotética como fundamento último de la vigencia de un orden jurídico, no representa ninguna novedad metodológica para la ciencia del derecho. Con tal

autor danés sostiene que éste ha tomado la noción de «validez» del pensamiento jurídico común.¹¹ Y lo critica porque dicho pensamiento le parece que no constituye una guía digna de confianza para el teórico, ya que no hay garantía alguna de que el modo corriente de pensar de los juristas no esté impregnado de conceptos ideológicos que un tratamiento verdaderamente científico debe eliminar.¹² Esta desconfianza respecto de las nociones y categorías utilizadas por el pensamiento jurídico ordinario me parece sintomática del trasfondo filosófico que subyace a estas teorías sobre la vigencia de las normas jurídicas. Kelsen, como es sabido, ya rechazó muchas de las nociones del pensamiento jurídico corriente en nombre de la pureza metódica, aunque, en lo que se refiere al tema que nos ocupa, en buena medida se apoya todavía en el entendimiento común de los juristas. Ross se muestra aún más severo en esta labor depuradora: sentando desde el

doctrina la teoría pura no haría sino formular explícitamente lo que todos los juristas presuponen, casi siempre inconscientemente, cuando consideran el orden jurídico positivo, no como un mero conjunto de hechos conectados como causas y efectos, sino como un conjunto de normas vigentes que establecen lo que se debe hacer, sin recurrir, sin embargo, a un presunto derecho natural como fundamento de la vigencia de dichas normas. Cfr- *RR₁*, cit., 67. *TGDE*, cit., 137. *RR₂*, cit., 209.

¹¹ En su obra de 1946 *Towards a realistic jurisprudence. A criticism of the dualism in Law*, (trad. al castellano de J. Barboza, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1961) Ross utiliza el término validez con el significado reseñado en la nota 1, es decir, entendiendo por validez la propiedad de las normas jurídicas por virtud de la cual se considera a éstas como obligatorias. En un trabajo posterior -«Validity and the conflict between legal positivism and natural law», publicado en texto bilingüe en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, IV, e incluido en el vol. *El concepto de validez y otros ensayos*, cit. en nota 9, por donde citamos; cfr. 25-26- distingue tres significados del término validez: a) como predicado de ciertos actos jurídicos, por ejemplo, un contrato o un testamento, para indicar si, por su conformidad con una norma vigente, producen los efectos pertinentes, en cuyo caso se consideran válidos, o no los producen, en cuyo caso se consideran inválidos; b) como predicado de una norma jurídica, o de un orden jurídico completo, significando que existen, o son vigentes; c) como designación de una presunta cualidad de las normas jurídicas, llamada también su «fuerza obligatoria», que implicaría la obligación moral de obedecerlas. Pues bien, cuando critica la teoría de Kelsen, tomando base en que éste sostiene que afirmar que una norma existe equivale a afirmar que los destinatarios deben realizar la conducta prescrita en la norma, le imputa que utiliza validez (*Geltung*) con el último de los significados señalados. Para subrayar este hecho en el texto se pone entrecomillado el término validez cuando se refiere al significado con que según Ross utiliza Kelsen *Geltung*.

¹² Cfr. «Validity and the conflict...», cit., 29. «Kelsen, Hans. «What is...?», cit., 41, 43.

principio como indiscutibles los presupuestos propios de una epistemología estrictamente empirista rechaza, o exige reinterpretar convenientemente, todos los conceptos o categorías que no pasan el filtro de tales presupuestos. De acuerdo con ello niega todo sentido a la noción de obligatoriedad de las normas, anclada en el pensamiento y en el lenguaje jurídico ordinarios, y rechaza, por tanto, toda conexión entre vigencia y obligatoriedad.

La primera crítica de Ross a Kelsen se resume en una acusación de incurrir en ideología: Kelsen abandona el terreno de la ciencia para introducirse en el de la ideología cuando sostiene que afirmar que una norma existe significa que dicha norma es obligatoria, que sus destinatarios deben realizar la conducta establecida en la misma. Y ello porque la noción de obligatoriedad, o «validez», no tiene cabida en una comprensión científica del derecho, ya que no describe ni explica nada que se dé objetivamente en la realidad jurídica. No es más que una noción ideológica que cumple la función de reforzar o respaldar el orden jurídico positivo afirmando el deber moral de cumplir las obligaciones establecidas por el mismo.¹³

Ross ilustra su punto de vista analizando algunas de las expresiones de que se sirve Kelsen. Según éste afirmar que una norma es vigente («válida») significa que sus destinatarios deben comportarse como aquélla establece. Ahora bien, observa Ross, la norma misma, de acuerdo con su contenido inmediato, expresa ya qué es lo que los destinatarios deben hacer. Siendo así, ¿qué sentido tiene decir que éstos deben hacer lo que deben hacer? Parece que ninguno. Sin embargo, sigue diciendo Ross, hay un significado implícito en la concepción de Kelsen que se hace patente al examinar otra de las expresiones que utiliza al hablar de la vigencia («validez») de las normas jurídicas: la de que éstas deben ser obedecidas. Se habla aquí de un deber de obedecer el derecho. ¿Qué significado puede tener este deber? Parece obvio que no se identifica con la obligación o el deber jurídico en sentido técnico derivado de una norma determinada. Por otro lado, sin embargo, aquel deber de obedecer el derecho lo cumplimos al cumplir nuestras obligaciones o deberes jurídicos; afirmarlo no implica que se nos prescriba alguna conducta nueva que no esté ya prescrita por las normas del derecho. Por tanto, la diferencia no radica en la conducta requerida, aquélla a la que estamos

¹³ Cfr. «Validity and the conflict...», cit., 27. «Kelsen, Hans. «What is...?», cit., 35-36, 43.

obligados, sino en el modo o manera en que estamos obligados. Afirmar el deber de obedecer el derecho significa que las obligaciones que resultan de las normas de un sistema de derecho no son meros deberes jurídicos, que derivan de la amenaza de sanciones jurídicas, sino también verdaderos deberes morales. En suma, el deber de obedecer el derecho no es un deber jurídico, conforme al sistema jurídico, sino un deber moral hacia el sistema.¹⁴

Este deber moral que respalda las obligaciones jurídicas, continúa Ross, no puede derivar del propio sistema de derecho, sino de reglas o principios que están fuera del mismo. Según el iusnaturalismo se trata de los principios del derecho natural. De este modo esta corriente de pensamiento al afirmar la fuerza obligatoria del derecho positivo lo respalda moralmente de forma condicionada, en cuanto exige su conformidad con tales principios. Sin embargo, según Ross una serie de autores, normalmente considerados como positivistas, también afirman la «validez» normativa o fuerza obligatoria del derecho positivo, el deber de obedecerlo, sin exigir su conformidad con principios morales o de derecho natural, sino simplemente por ser positivo. Al proceder así proporcionan un respaldo incondicional al orden existente. Tales autores no representan el verdadero positivismo, por lo que deberían ser denominados «cuasipositivistas». Pues bien, concluye Ross, en este punto la doctrina de Kelsen debe ser considerada como una nueva versión o una continuación del cuasipositivismo.¹⁵

¹⁴ Cfr. «Validity and the conflict...», cit., 18-19, 28. «Kelsen, Hans. «What is...?», cit., 42.

¹⁵ Cfr. «Validity and the conflict...», cit., 19, 21, 23-25, 27-29. C. S. Nino (cfr. «Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity», en *ARSP*, LXIV (1978), 357-376 -trad. con leves variaciones en su libro *La validez del Derecho*, Buenos Aires, 1985, 7-27-. *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, 132-40) sostiene a propósito de la doctrina de Kelsen un punto de vista parecido al de Ross. Según el autor argentino la noción kelseniana de vigencia (validez) de las normas jurídicas no es una noción descriptiva, sino normativa, ya que al mismo tiempo que afirma que una norma existe, afirma también que debe ser obedecida. Los enunciados sobre la vigencia de las normas serían prescriptivos y no meramente descriptivos, juicios susceptibles de ser verdaderos o falsos, como pretende Kelsen. Nino no insiste, como lo hace Ross, en que la teoría kelseniana implica la afirmación de un deber moral de obedecer el derecho, pues reconoce que Kelsen, a diferencia del iusnaturalismo, no exige que para considerar vigente una norma sea necesario suponer que es justa o moralmente valiosa, sino únicamente la posibilidad de fundamentarla a partir de una norma hipotética que no condiciona el contenido de las normas fundamentadas a partir de ella. Sin embargo, sí declara que

Que yo sepa, Kelsen no contestó expresamente a esta crítica, probablemente porque no llegó a conocerla.¹⁶ De todos modos su teoría contiene elementos que permiten rechazarla sin mayores dificultades. Desde luego hay que reconocer que en ocasiones Kelsen emplea un lenguaje que no es todo lo preciso que debiera. A veces utiliza expresiones -por ejemplo, «por vigencia se entiende la fuerza vinculante del derecho positivo, la idea de que debe ser obedecido por los individuos cuya conducta regula»-¹⁷ que permiten una interpretación como la sostenida por Ross. Sin embargo, si se consideran los textos no de forma aislada, sino en el contexto adecuado, creo que de su doctrina acerca de lo que significa la aseveración de que una norma jurídica es una norma vigente no puede inferirse la idea de que Kelsen afirma la existencia de un deber moral de obedecer el derecho positivo. Tal idea resulta incoherente con una serie de rasgos fundamentales de su teoría: con la separación estricta que establece entre derecho y moral; con su afirmación reiterada de que la vigencia de una norma jurídica es independiente de su contenido y, más precisamente, del valor o disvalor moral que se atribuya a la misma; y, sobre todo, con la idea, también reiterada una y otra

la teoría pura exhibe en este punto una innegable afinidad con la filosofía jurídica de tradición iusnaturalista, y que el concepto kelseniano de vigencia (validez) no parece compatible con una definición positivista del derecho, pues con él se alude a normas que deben ser reconocidas por ciertos órganos, no a aquellas que son reconocidas por éstos. En apoyo de su punto de vista, Nino aduce sobre todo, además de los conocidos textos en los que Kelsen sostiene que aseverar que una norma es vigente equivale a afirmar que es vinculante, la doctrina kelseniana acerca de la fundamentación de la vigencia de las normas. Para una apreciación de este punto de vista de Nino vid. más adelante nota 53.

¹⁶ Kelsen dedicó expresamente un trabajo («Eine 'Realistische' und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice»), en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1959, Bd. X, Heft 1, 1-25) a contestar polémicamente a aquellos extremos de la teoría de Ross que suponían una crítica de la teoría pura del derecho. En dicho trabajo considera temáticamente dos obras de Ross: *Towards a realistic Jurisprudence*, cit. y *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958 (cit. por la trad. al castellano en la nota 9), y alude de pasada al artículo «Imperatives and Logic», en *Philosophy and Science*, vol. II, 1944. En otras obras posteriores, *RR*₂, cit., *ATN*, cit., Kelsen alude a, y comenta, los libros y trabajos antes referidos de Ross, así como algún otro: *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, y *Theorie der Rechtsquellen*, 1929. Pero en ninguna, que yo sepa, alude a los trabajos de Ross -«Kelsen, Hans, «What is...?», cit., y *Validity and...* cit.- en los que éste formuló la crítica expuesta en el texto, por lo que cabe suponer que Kelsen no llegó a conocerla.

¹⁷ Cfr. «What is the reason for the validity of law», en *Grundprobleme des internationalen Rechts (Festschrift für J. Spiropoulos)*, Bonn, 1957, 257.

vez, de que el deber ser (*Sollen*) que se afirma en las normas jurídicas constituye una mera categoría formal carente de cualquier connotación moral, lo que también vale respecto del deber jurídico (*Rechtspflicht*), de manera que afirmar que una norma existe y, por tanto, que cierta conducta debe tener lugar no es valorarla ni justificarla moralmente. La incoherencia de la afirmación de un deber moral de obedecer el derecho con el pensamiento de Kelsen resulta todavía más patente desde el momento en que éste, revisando posiciones anteriores, admitió de forma explícita la posibilidad de la vigencia simultánea de normas jurídicas y normas morales contradictorias.¹⁸

¹⁸ Para documentar su crítica Ross alega *no sólo* aquellos textos en los que Kelsen sostiene que decir que una norma jurídica es una norma vigente equivale a afirmar que dicha norma es vinculante, es decir, que los destinatarios deben realizar la conducta prescrita en la misma, *sino también* la afirmación kelseniana de que no es posible sostener que cierta norma jurídica es vigente y admitir al mismo tiempo la existencia de una norma moral que nos obliga a una conducta contraria a la prescrita en la norma jurídica. De esta afirmación infiere Ross que para Kelsen el deber que se afirma al aseverar la vigencia de las normas jurídicas es un verdadero deber moral (cfr. «Validity and the conflict...», cit., 27-29). Creo, sin embargo, que esta inferencia se basa en una interpretación incorrecta de la doctrina de Kelsen.

Éste mantuvo durante mucho tiempo que no es posible admitir la vigencia simultánea de normas contradictorias -la contradicción entre normas jurídicas y normas morales es sólo un ejemplo del problema general de la contradicción entre normas-, porque ello haría imposible la tarea del científico del derecho, o del de la moral, que debe ajustarse al postulado epistemológico de que toda ciencia ha de describir su objeto como un todo unitario sin contradicciones. De hecho la contradicción puede darse, y una persona puede experimentar el conflicto entre la obligación proveniente de una norma jurídica y la obligación que deriva de un precepto moral al que se considera vinculado. Pero tal conflicto es una cuestión de hecho, un fenómeno que tiene lugar en la mente de la persona afectada; la contradicción existe sólo en el plano de los hechos psíquicos, como contradicción de representaciones mentales que se hace el sujeto de presuntas normas. Pero es imposible en el plano del conocimiento normativo, o conocimiento de normas. Quien, como el científico del derecho o de la moral, conoce normas y las describe como existentes, ha de hacerlo de forma que constituyan un todo unitario, sistemático, sin contradicciones lógicas, lo que excluye la vigencia simultánea de normas contradictorias. El jurista o científico del derecho al describir su objeto no tendrá en cuenta, no considerará como vigentes, las normas morales que contradicen alguna norma jurídica vigente. Y el moralista o cultivador de la ciencia moral hará lo propio con las normas jurídicas contradictorias de algún precepto moral que considera vigente. [Cfr. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (Charlottenburg, Pan-Verlag Rolf Heiss, 1928), reproduc. en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Wien, 1968, 1, 301-305. *RR*, cit., 84-85, 134-139. *TGDE*, cit., 443-448.] Esta doctrina puede considerarse oscura, o insostenible, pero de ella no puede inferirse que para Kelsen el deber que se afirma al afirmar la vigencia de las normas jurídicas es un verdadero deber moral. Cfr. la discusión de H. Hart, «Kelsen Visited», en 10 *UCLA Lam Review*, 1963, 722-728. En 1960 Kelsen ya considera que la contradicción entre normas no

Creo, en suma, que no es correcto imputar a Kelsen la doctrina conforme a la cual existe un deber moral de cumplir las obligaciones jurídicas basándose en que mantiene que enunciar que una norma jurídica es vigente equivale a afirmar que sus destinatarios deben realizar la conducta prescrita en la misma. Cabría entonces, tal vez, defender la consecuencia alternativa sugerida en la crítica de Ross, a saber, la de que en tal caso esa forma de expresarse para afirmar que una determinada norma es vigente carece de sentido por redundante, ya que en la propia norma se expresa ya qué es lo que los destinatarios deben hacer. Sin embargo, estimo que este otro punto de la crítica (que, por cierto, Ross se limita a sugerir) tampoco es pertinente. Desde luego es cierto que los enunciados de la ciencia jurídica no añaden nada nuevo a lo que se prescribe en las normas, es decir, que

representa una contradicción lógica, ya que los principios lógicos, entre ellos el principio de no contradicción, se aplican a los enunciados pero no a las normas. Pero como aún admite una analogía entre la verdad de los enunciados y la vigencia de las normas, y sigue sosteniendo que toda ciencia normativa, o sobre normas, debe describir su objeto como un conjunto exento de contradicciones, mantiene que el principio de no contradicción se aplica también indirectamente a las normas y, por tanto, que no pueden existir normas contradictorias. Cfr. *RR*₂, cit., 76-77, 209-210, 271 y sigs., 328 y sigs. Finalmente, cuando a partir de 1962 Kelsen reconoce que la vigencia de las normas no constituye una propiedad de éstas análoga a la verdad como propiedad de los enunciados, admite ya expresamente la posibilidad de la vigencia simultánea de normas morales y normas jurídicas contradictorias. Cfr., entre otros trabajos de Kelsen, «Derogation», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, 1962, 351-352. *Recht und Logik*, cit., 1469-1473, 1475-1480. *ATN*, cit., 166 y sigs.

Ross también apoya su crítica en la doctrina kelsemana según la cual el deber, o deber ser, en que consiste una norma, y cuya existencia se afirma al afirmar que la norma es vigente, constituye un deber ser objetivo y no un mero deber ser subjetivo que es el sentido que corresponde a cualquier acto de voluntad dirigido a determinar la conducta de otro, como por ejemplo, la orden de un gángster que nos exige que le entreguemos nuestro dinero. Según Ross esto significa afirmar la existencia de verdaderos deberes, de auténticas o verdaderas obligaciones en el sentido del objetivismo y el absolutismo éticos característicos de la filosofía iusnaturalista (cfr. «Validity and the conflict...», cit., 28-29). Creo que también en este punto la interpretación de Ross es incorrecta. Puede que la distinción que hace Kelsen entre deber ser en sentido subjetivo y deber ser en sentido objetivo, que hemos resumido más arriba (cfr. pág. 8, nota 5) sea inaceptable, u oscura, pero no ofrece apoyo alguno a la conclusión que pretende extraer Ross. Por lo demás, Kelsen rechazó desde muy pronto, de forma explícita y extensa, que el deber ser que significan las normas jurídicas sea el sentido de un deber ético verdadero o absoluto como sostiene el iusnaturalismo. Cfr. *RR*₁, cit., 19 y sigs.

en tales enunciados no cabe afirmar la existencia de obligación o deber alguno que no se encuentre ya contenido en las propias normas jurídicas. En esto coinciden Kelsen y Ross. Según ambos a la ciencia jurídica le compete únicamente una tarea cognoscitiva e informativa: al científico en cuanto científico le corresponde tan sólo conocer el derecho e informar de o describir las normas existentes o vigentes. En este sentido es posible que para una persona que ya conozca las normas vigentes los enunciados de la ciencia jurídica resulten redundantes. Podría entonces ponerse en cuestión la necesidad o la utilidad de una ciencia del derecho concebida de este modo. Pero esto no es lo que aquí se discute, pues también Ross sostiene la necesidad y utilidad de una ciencia jurídica con tal competencia. Lo que se discute es la propuesta de Kelsen, según la cual el significado de los enunciados de la ciencia jurídica en los que se informa de que cierta norma existe o está vigente en una determinada sociedad es que en tal sociedad, en el caso de que se den tales o cuales circunstancias (previstas en la norma), debe tener lugar tal o cual conducta (establecida también en la norma); se discute si tal enunciado tiene sentido, puesto que parece redundante por relación a la norma jurídica. Pues bien, a mi entender, dicho enunciado, que por cierto sólo es sostenible si se verifica el enunciado equivalente de que la norma en cuestión es vigente, no es redundante dado que pertenece a un lenguaje, el de la ciencia del derecho, distinto del lenguaje en que se expresan las propias normas jurídicas, objeto de estudio de aquélla.

3. *Segunda crítica de Ross. Su propuesta alternativa a la doctrina kelseniana*

Aunque a tenor de lo que antecede no parece pertinente criticar la teoría de Kelsen alegando que implica la afirmación de un deber moral de obedecer el derecho, sí podría serlo discutir su concepción de la norma como «deber ser vinculante para sus destinatarios»,¹⁹ así como poner en entredicho que los enunciados informativo-descriptivos de la ciencia jurídica puedan formularse como proposiciones deónticas, sobre lo que debe ser. A ambas cuestiones se refiere la segunda de las críticas que Ross dirige a la teoría kelseniana. Una crítica formulada en términos

¹⁹ «...eine Norm, d.h. ein für den Adressaten verbindliches Sollen...», cfr. *ATN*, cit., 204.

un tanto oscuros, y que se estructura en torno a la acusación de que dicha teoría constituye una construcción metafísica inaceptable desde el punto de vista de la filosofía actual. Tal acusación la extiende nuestro autor a la mayor parte de los filósofos del derecho que le han precedido, al menos a los europeos continentales, porque también ellos sostienen, con uno u otro matiz, que cuando se asevera que una norma jurídica existe o está en vigor no se hace referencia únicamente a un hecho o a un conjunto de hechos sociales empíricamente observables, sino que además se afirma que la norma posee «validez», es decir, que debe ser obedecida. A juicio de Ross esta concepción implica una teoría dualista del derecho. Éste no constituiría algo referido sin más al mundo de los hechos o fenómenos sociales, sino que, en cuanto que se atribuye a sus normas la propiedad de la «validez» o fuerza obligatoria, pertenecería al propio tiempo al mundo de las ideas o de los valores. Pero indudablemente la susodicha «validez» o fuerza obligatoria no es una propiedad empíricamente perceptible; al parecer sólo es susceptible de una intuición directa por la razón. Esto nos muestra el carácter idealista, claramente metafísico, de esta teoría. Ahora bien, continúa Ross, como otras muchas construcciones metafísicas, también ésta que nos ocupa reposa sobre una incorrecta interpretación de determinadas experiencias. En este caso se trata del hecho de que el orden jurídico no constituye un mero orden fáctico, sino un orden que es experimentado o vivido como socialmente vinculante. Sus normas o directivas no son meros hábitos, ni son obedecidas únicamente por motivos interesados; por el contrario, constituye un rasgo esencial del fenómeno jurídico el que sus destinatarios las obedezcan también por motivos desinteresados, porque las sienten o experimentan de forma que creen que es su «deber» obedecerlas. Las teorías idealistas se apoyan sobre este dato, pero llevan a cabo una errónea racionalización de lo que es un fenómeno psíquico, concibiéndolo como una propiedad supraempírica, la mencionada «validez» o fuerza obligatoria, que situaría al derecho por encima del mundo de los hechos.²⁰

²⁰ Cfr. «Kelsen, Hans. 'What is...?'», cit. 41-42. *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., XIII, 18, 37-38, 63-69. Como es sabido para Ross el soporte motivacional que hace posible la existencia del orden jurídico consiste en la interacción inductiva de dos tipos de impulsos que nos llevan a obedecerlo. De un lado, impulsos interesados conectados con nuestros intereses y necesidades; por ejemplo, obedecemos las normas por temor a las sanciones. De otro, impulsos desinteresados, irracionales en cuanto no sólo no están conectados a nuestros intereses, sino que incluso los contradicen; estos impulsos existen en el hombre

Ross piensa que si abandonamos estas teorías, ancladas todavía en la vieja metafísica, es perfectamente posible interpretar los enunciados de la ciencia jurídica acerca de las normas vigentes de acuerdo con los postulados de la epistemología en que se inspira toda verdadera ciencia. Según ésta, aparte las proposiciones puramente analíticas de la lógica y las matemáticas, todo enunciado, o es un enunciado sobre hechos y, por tanto, verificable, o es puramente metafísico. En consecuencia el enunciado de que una determinada norma es derecho vigente hay que entenderlo como una aseveración relativa a ciertos hechos. Decir que una norma jurídica es vigente equivale a afirmar que es efectiva, esto es, que se corresponde con ciertos hechos o fenómenos sociales. Como, según Ross, un orden jurídico constituye un conjunto articulado de normas o directivas que reglamentan el uso de la fuerza por los tribunales, los hechos sociales relevantes son precisamente las decisiones de los jueces. Por tanto, decir que una norma jurídica es vigente significa afirmar que es aplicada por los jueces.

Ahora bien, frente al realismo puramente conductista o behaviorista Ross pone de relieve que a partir de la mera observación de la conducta externa de los jueces no es posible llegar a establecer por inducción cuáles son las normas jurídicas vigentes, pues dicha conducta suele estar determinada también por hábitos, reglas técnicas y otras pautas y motivos. Es preciso, por consiguiente, sin abandonar la conducta externa como factor de contraste, acudir a otro elemento, que no es otro sino la propia vida espiritual del juez, ya que su vivencia de sentirse vinculado por ciertas normas es el dato que nos permite asegurar que las mismas existen como tales al operar como elemento determinante de sus decisiones. En consecuencia nuestro autor propone una formulación que quiere ser más precisa de lo que significa afirmar que una norma jurídica es derecho vigente, que aúna ambos factores o elementos: norma jurídica vigente es aquella que opera en el espíritu del juez porque éste la experimenta como socialmente obligatoria y por eso la obedece (la aplica).

como resultado de una continuada acción persuasiva que el medio social lleva a cabo desde la infancia que le habitúa a actuar en ocasiones, no porque convenga a sus intereses, sino por creencia en el «deber»; según este tipo de impulsos obedecemos las normas jurídicas porque las experimentamos como «obligatorias» en cuanto establecidas por «autoridades competentes». La llamada «validez» u «obligatoriedad» de las normas jurídicas no es, según Ross, más que la seudorracionalización de estos impulsos desinteresados. Cfr. *Hacia una ciencia realista del derecho*, cit., 16, 23, 87-102. *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., 52-56, 346-356.

Con todo, Ross considera que ésta no es todavía la formulación definitiva. Cuando nos preguntamos por el derecho actualmente vigente lo que verdaderamente importa no es saber qué normas han seguido hasta ahora los tribunales al tomar sus decisiones, sino cuáles aplicarán en el futuro inmediato. La respuestas a tal pregunta supone un pronunciamiento acerca de la conducta futura de los jueces, aunque para ello hemos de basarnos en la observación de sus vivencias y decisiones anteriores. A la luz de esta consideración se comprende que tanga sentido pronunciarse sobre la vigencia de una norma recién promulgada que todavía no es efectiva porque los jueces no han podido aplicarla; lo tiene en cuanto que, sobre la base de la observación aludida, pueden existir razones para predecir que los tribunales la aplicarán en los conflictos que se les planteen. En suma, puede concluirse que, según su verdadero significado, los enunciados sobre la vigencia de las normas jurídicas son predicciones acerca de la conducta futura de los jueces; afirmar que una norma jurídica es derecho vigente constituye, en definitiva, una predicción de que, manteniéndose ciertas circunstancias, hay cierta probabilidad de que los jueces la aplicarán.²¹

4. La contestación de Kelsen. Valoración de la polémica entre ambos autores

Kelsen rechazó la crítica de Ross que hemos resumido, criticando, a su vez, la teoría alternativa que propone. A propósito de la acusación de que su teoría es una teoría metafísica señala que le resulta inimaginable qué puede haber de «metafísico» en la afirmación de que el sentido de ciertos actos humanos de voluntad por los que se establecen normas -sentido en el que consisten las normas mismas- es el de que los hombres deben comportarse de determinada manera. Y añade que el propio Ross parece estar de acuerdo en este punto cuando concibe el derecho en los siguientes términos: «... un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales *debe* ser ejercida la fuerza física contra una persona».²² La acusación de metafísica, continúa Kelsen, resulta

²¹ Cfr. «Kelsen, Hans. ‘What is...?’», cit., 39-41. *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., XIII, 9-11, nota 29, 12-19, 34-41, 44-45, 67, 69-72. «Validity and the conflict...», cit. 12-13, 27.

²² Cfr. H. Kelsen, «Eine ‘Realistische’ und die Reine Rechtslehre...», cit., 3, 22. La noción de derecho de Ross a que aquí se refiere Kelsen, y en la que éste subraya el término *debe*, se encuentra en *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., 34.

pertinente a propósito de aquellas teorías que sostienen que las normas del derecho positivo establecen un deber, son vinculantes, porque y en la medida en que por su contenido expresan las exigencias de una idea material de justicia objetivamente válida. Pero es injustificada en relación con la teoría pura que considera que las normas constituyen un deber ser independientemente de cómo valoremos su contenido; el «deber», o «deber ser», es para ella únicamente una categoría formal mediante la que se capta y se expresa el sentido de las normas en cuanto reglas que no describen la conducta que acontece, ni informan de la que más o menos probablemente acontecerá, sino que prescriben una conducta independientemente de si de hecho tiene lugar.²³

Ante la insistencia de Ross en afirmar que la idea de «validez» normativa, de deber u obligatoriedad, no se corresponde con algo que se dé objetivamente en la realidad, que no es más que una falsa interpretación de ciertas experiencias psíquicas, Kelsen acepta la primera afirmación de Ross, si «realidad» se entiende en el sentido de fenómenos empíricamente perceptibles. Pues en el proceso de producción de las normas los fenómenos empíricamente perceptibles son únicamente ciertos actos de voluntad cuyo sentido subjetivo es que determinadas personas deben comportarse de determinada manera. Que, dadas ciertas condiciones, este sentido subjetivo se considere también como objetivo, es decir, como normas vigentes que establecen lo que objetivamente debe ser, es el fruto de una interpretación posible. No se trata de una interpretación necesaria: ciencias como la sociología, u otras orientadas a la realidad natural, no tienen por qué asumirla, aun investigando las mismas conductas que toma en consideración el jurista. Es, sin embargo, la interpretación que desde hace milenios sustentan los juristas y la ciencia jurídica cuando consideran el derecho como un conjunto de normas vigentes, producidas por actos humanos, que establecen lo que objetivamente debe ser. No es acertado calificarla, como hace Ross, de falsa interpretación de ciertas experiencias psíquicas, a saber, de la vivencia de sentirse obligado ante ciertos mandatos; pues en muchas ocasiones tal experiencia no se da en la realidad jurídica. Lo que hay que preguntarse, más bien, es si se trata de una interpretación fundada, o carente de fundamento. La teoría pura responde que es una interpretación fundada si y únicamente si presuponemos una norma fundamental a cuyo tenor determinados actos pueden ser considerados como creadores de una

²³ Cfr. «Eine 'Realistische' und...», cit., 22-23.

norma jurídica. La norma fundamental funciona así como condición epistemológica que hace posible interpretar el sentido de los actos creadores de la Constitución, y el de aquellos otros realizados conforme a la misma, como normas vigentes que establecen lo que objetivamente debe ser. De esta manera para la teoría pura la afirmación de que una norma existe, es vigente, y de que, en consecuencia, debe realizarse tal o cual conducta, es una afirmación que se fundamenta en la presuposición de una norma fundamental hipotética; este carácter hipotético o condicionado de la afirmación, concluye Kelsen, hace particularmente infundado el reproche de especulación metafísica formulado por Ross.²⁴

Por otro lado, añade Kelsen, si concebimos el derecho como un conjunto de normas en el sentido que se acaba de consignar, hay que admitir que los enunciados de la ciencia jurídica deben ser enunciados sobre normas y no sobre hechos. La ciencia jurídica debe dar cuenta de las normas vigentes mediante enunciados en los que se afirma que dadas ciertas circunstancias debe tener lugar cierta conducta, no mediante enunciados en los que afirma que cierta conducta tiene lugar, o tendrá lugar. Ross no lo cree así porque considera que de este modo la ciencia jurídica no se acomodaría al canon de científicidad propio de toda verdadera ciencia empírica. Pero esto se debe, prosigue Kelsen, a que sustenta un concepto indebidamente restringido de ciencia empírica. Para ser empírica la ciencia del derecho no debe intentar lo imposible: describir normas, que establecen conductas que deben ser, con proposiciones acerca de la conducta que es o probablemente será. Una ciencia es «empírica», en contraposición a «metafísica», no solamente si describe el sentido de ciertos actos humanos que tienen lugar en el tiempo y en el espacio.²⁵

Además de defenderse, como hemos visto, de la acusación de que su teoría es una teoría metafísica, Kelsen crítica la identificación que establece Ross de vigencia y efectividad de las normas, considerando que no es coherente una vez que éste en *On Law and Justice* acepta que el derecho consiste en un conjunto de normas o directivas que prescriben lo que se debe hacer. En este sentido, aparte de aludir a una frase de la obra citada en la que se habla de la efectividad como condición de la vigencia,²⁶ se fija

²⁴ Cfr. «Eine ‘Realistische’ und...», cit., 23-25. *RR*₂, cit., 215 y sigs., nota a pie de pág.

²⁵ Cfr. «Eine ‘Realistische’ und...», cit., 4-5, 6-8.

²⁶ Cfr. «Eine ‘Realistische’ und...», cit., 20. La frase a la que se refiere Kelsen se encuentra en la pág. 35 de *On Law and Justice*: «The effectiveness

en el pasaje en el que el autor danés admite que se puede considerar como vigente a una norma recién promulgada que aún no es efectiva porque no ha podido ser aplicada por los tribunales. Como sabemos, para Ross que tal norma se considere vigente significa que se puede predecir con cierta probabilidad que será aplicada. Pero Kelsen comenta que lo que cabe predecir con mayor o menor probabilidad de acierto es la efectividad futura de la norma, no su vigencia o existencia que ya posee, pues no se puede negar que cuando un tribunal la aplique estará aplicando una norma ya vigente. Luego la vigencia es distinta de la efectividad; y lo que es apropiado decir de la norma en cuanto vigente o existente no es que es o será aplicada, sino que debe ser aplicada.²⁷

Esta crítica de Kelsen se apoya en la premisa de que Ross acepta que el derecho consiste en un conjunto de normas o directivas cuya función es prescribir ciertas conductas. Probablemente la crítica sería concluyente si fuera verdad que Ross comparte el concepto kelseniano de norma en general y de norma jurídica en particular. Pero no es este el caso. Para Kelsen la noción de norma implica necesariamente la noción de deber, o deber ser, aunque deber se entienda como una mera categoría formal. La función esencial de una norma es establecer lo que objetivamente debe ser, la conducta debida para los componentes de un grupo. Ahora bien, esta noción de deber, o deber ser, en sentido objetivo, no sólo es extraña al pensamiento de Ross, sino que, como hemos visto, éste la critica y la rechaza abiertamente. Aunque hable de normas o directivas y al referirse a ellas alguna vez utilice el término deber, para él no existe diferencia esencial entre una norma jurídica y la orden o el mandato de cualquier sujeto privado. Subsiste, por tanto, una clara y sustancial diferencia entre ambos respecto del concepto de derecho y de norma jurídica. Y es esta diferencia la que subyace en el fondo de las críticas y contracríticas que se dirigen el uno al otro a propósito de las nociones de vigencia, «validez», obligatoriedad, etc. En resumen, lo que puede decirse a modo de conclusión a la vista de la polémica de la que hemos dado cuenta es que nos encontramos ante dos autores que adoptan presupuestos filosóficos diferentes -el neokantismo, el uno; el empirismo lógico, el otro- desde los que mantienen concepciones distintas acerca del

which conditions the validity of the norms...»; en la versión castellana «effectiveness» es traducido por «los hechos», cfr. *Sobre el Derecho...*, cit., 35.

²⁷ Cfr. «Eine 'Realistische' und...», cit., 19-21.

derecho y de la ciencia jurídica. Y que, como consecuencia de esas diferencias, atribuyen significados diferentes al enunciado en que se afirma que una norma jurídica existe, o es vigente. Para Ross sólo puede significar que se dan, o probablemente se darán, ciertos hechos sociales relacionados con la norma, cuya constatación verifica dicho enunciado. Para Kelsen, aunque ciertamente deben darse ciertos hechos sociales para que pueda afirmarse que una norma jurídica existe, el verdadero significado de tal afirmación es que existe un deber, es decir, que los destinatarios de la norma deben comportarse de determinada manera.

5. La intervención de Hart. La polémica entre Ross y Hart

Hart también participó en la polémica a que nos venimos refiriendo. Inició su participación precisamente sometiendo a crítica la interpretación defendida por Ross de los enunciados en los que se asevera que una norma jurídica es una norma vigente. Además, al situar la discusión en el contexto de la diferencia por él establecida entre enunciados internos y enunciados externos, contribuyó a clarificar un aspecto importante del tema discutido. Pese a todo, su posición no resulta en principio fácilmente comparable con las mantenidas por Kelsen y Ross. Esto se debe, en primer lugar, a que Hart no se planteó de forma explícita el problema en la forma en que lo hicieron Kelsen y Ross, a saber, como la pregunta por el significado que cabe atribuir a los enunciados mediante los que la ciencia del derecho da cuenta de las normas jurídicas como normas vigentes. Se debe también, por otro lado, a que su discusión con el autor danés se vio perturbada por el hecho de que en la versión inglesa de la obra que tomo como referencia -*On Law and Justice*- se tradujo «vigente», «norma vigente», por «válida» «norma válida», y debido a esta circunstancia, cuando Hart criticó la interpretación defendida por Ross de los enunciados que revisten la forma «X es una norma vigente del derecho... (inglés)» Y frente a ella propuso la suya propia, condujo la argumentación como si con tales enunciados no se hiciera referencia al tema de la vigencia o existencia de las normas jurídicas en general, sino al más particular de la validez y de las normas jurídicas válidas. De todas maneras, si se considera atentamente su pensamiento tal como lo expone en distintos momentos, no es difícil inferir, como se intentará mostrar en lo que sigue, cuál es su postura respecto del tema que nos ocupa.

Hart asume la orientación general compartida por los representantes oxonienses de la filosofía analítica y desde ella rechaza la estrecha concepción del empirismo acerca del tipo de enunciados que se consideran racionalmente aceptables. En este sentido en su recensión de *On Law and Justice*, publicada en 1959, critica decididamente la posición de Ross, según la cual los enunciados sobre normas, para ser racionalmente aceptables, han de ser enunciados relativos a ciertos hechos sociales. De forma concluyente escribe: «Si queremos entender las reglas sociales y los usos normativos del lenguaje que constituyen parte inseparable de ese complejo fenómeno de la vida social, es vital no aceptar el dilema de Ross «O interpretar aquéllos como predicciones de la conducta y los sentimientos de los jueces, o como asertos metafísicos sobre entidades inobservables situadas por encima del mundo de los hechos». El lenguaje jurídico posee más dimensiones que las que tal posición permite.²⁸

Para nuestro autor sólo el peculiar dogmatismo que comparte Ross con los demás componentes del «realismo escandinavo» puede explicar esta posición suya de considerar que los enunciados a propósito de normas, o bien son asertos sobre hechos, o bien son metafísicos. De ser así, habría que incluir entre estos últimos a todos los enunciados deónticos, o sobre lo que se debe hacer. Pero estos enunciados, continúa Hart, resultan necesarios para una elucidación aceptable del discurso que se desarrolla allí donde hay normas; y, estudiados con atención, nada se observa en ellos de metafísico, aunque su estructura y su «lógica» sean distintas de las de los enunciados sobre hechos. Constituyen una parte esencial del lenguaje propio de los componentes de un grupo social en el que existen reglas de comportamiento. En efecto, cuando en un grupo existen reglas y no sólo hábitos colectivos cabe, desde luego, situarse en un punto de vista externo a tal fenómeno y formular enunciados (externos) para dar cuenta de regularidades de comportamiento, de reacciones ante conductas divergentes, para hacer predicciones de comportamientos futuros, etc. Pero quienes se sitúan en un punto de vista interno, porque aceptan y usan las reglas en sus relaciones recíprocas, utilizan otro tipo de enunciados, enunciados internos, en los que se hace referencia a las reglas para fundamentar pretensiones, valorar y criticar conductas, justificar sanciones, etc.; y una de las formas más corrientes de formular esa referencia es la que se

²⁸ Cfr. H. Hart. «Scandinavian Realism», en *Cambridge Law Journal*, 1959, 239.

expresa mediante la frase tan generalmente usada: «debes hacer tal cosa», o «no debes hacer tal otra». Por otra parte, lo característico de estos enunciados no radica en que sean expresión de ciertos sentimientos que se experimentan respecto de las reglas, pues la presencia de tales sentimientos no es condición necesaria ni suficiente para su uso correcto en la función valorativa y normativa que les es propia.²⁹

A partir de esta reivindicación de los enunciados internos, normativos, como parte sustancial del lenguaje jurídico, Hart desarrolla su crítica al análisis rossiano de los enunciados sobre la validez de las reglas del derecho y propone su propia interpretación de los mismos. Ross entiende que el enunciado «X es una regla válida del derecho (inglés)» constituye un enunciado externo, sobre hechos, mediante el que se predicen ciertas conductas de los jueces. Sin embargo, argumenta Hart, si nos atenemos a su uso normal y más característico, dicho enunciado representa un tipo peculiar de enunciado interno, normativo. Cuando lo utiliza un juez, por ejemplo, resulta claro que no significa una predicción de su conducta futura, sino el reconocimiento de la regla en cuestión como modelo jurídico de comportamiento y, por tanto, como razón o fundamento de sus decisiones. Y, si en ocasiones es usado como significado predictivo, la base que hace posible tales predicciones es el conocimiento que se tiene de que los jueces y otras personas lo usan en sentido no predictivo sino normativo. El contexto normal en que resulta pertinente formular enunciados de validez, continúa Hart, es aquel que se da allí donde funciona, de forma generalmente eficaz, un sistema normativo en el que además de reglas primarias, que se toman como pautas de conducta, existe también una serie de criterios para identificarlas, que en el caso del derecho se integran en una regla (secundaria) de reconocimiento. Dentro de dicho contexto afirmar que una determinada regla jurídica es válida tiene el significado de que se reconoce a la misma como tal, como modelo jurídico de comportamiento, porque satisface los requisitos exigidos en la regla de reconocimiento del sistema. Ahora bien, en la formulación típica de los enunciados en los que se afirma que una determinada regla jurídica es válida no suele figurar de forma expresa la constatación de que ésta cumple los requisitos contenidos en la regla de reconocimiento. Lo normal, más bien, es que, dando por supuesto que se han cumplido en el caso en

²⁹ Cfr. «Scandinavian...», cit., 236-238. *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, 10-11, nota en pág. 233, 54-56, 86-88.

cuestión, se aluda directamente a la exigencia contenida en la regla de que se trata formulándola como exigencia del orden jurídico correspondiente. Por eso los enunciados de validez, en su forma más simple y usual, se expresan del siguiente modo: «El derecho dispone que...».³⁰

La reacción de Ross ante la crítica expuesta consistió, ante todo, en señalar que se trata de una crítica mal enfocada a causa, probablemente, del malentendido lingüístico a que se hizo referencia más arriba. Mientras que Hart habla de validez y de normas válidas, él se refiere a la vigencia o existencia de las normas jurídicas en general. Si se deshace esta confusión, afirma Ross, se comprueba que no existe un verdadero desacuerdo entre ellos. En el análisis de los enunciados de validez como enunciados internos, defendido por Hart, el término validez posee el mismo significado con que es usado corrientemente por los juristas cuando califican ciertos actos jurídicos -un contrato, un testamento- como válidos o inválidos, es decir, nulos. Con este significado el término cumple una función interna, pues se usa para afirmar algo *según* un sistema de reglas. El enunciado de validez es aquí un juicio jurídico que aplica reglas jurídicas a ciertos actos. Sin embargo, prosigue el autor danés, en la obra criticada por Hart de lo que él se ocupa es de la existencia o vigencia de las reglas. Para referirse a ella puede usarse también el término validez, aunque no se trata de un uso normal en el idioma inglés. Pero en este caso el término adquiere un significado distinto, ya que cumple una función externa: no se utiliza para afirmar algo *conforme a* las reglas, sino *acerca de* las mismas. El enunciado de validez (vigencia) ya no es un juicio jurídico, sino una aserción fáctica, que hace referencia a un conjunto de hechos sociales. Y planteada la cuestión en estos términos, concluye Ross, el desacuerdo con Hart se desvanece, pues también él, cuando habla de la existencia de reglas -de la existencia de la regla de reconocimiento o del sistema jurídico en su conjunto-, considera que se trata de una cuestión de hecho, objeto de enunciados externos que hacen referencia a ciertos hechos o fenómenos sociales.³¹

³⁰ Cfr. «Scandinavian...», cit., 236-239. *The Concept of Law*, cit., 96, 99-102, nota en pág. 247.

³¹ Cfr. A. Ross «Validity and the conflict...», cit., 25-26, 30-32. «Review of Hart's Concept of Law» (en *Yale Law Journal*, 1961-62), trad. italiana, no completa, de R. Guastini, en el vol. *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, 357, 359-360.

Si se tiene en cuenta lo expuesto en las páginas precedentes, parece claro que esta réplica de Ross es acertada sólo en parte. Es cierto que Hart considera que la existencia de la regla de reconocimiento, así como la de un sistema jurídico en su conjunto, es una cuestión de hecho, objeto de enunciados externos que hacen referencia a ciertos fenómenos sociales. También lo es que, a su juicio, los enunciados sobre la validez de una regla jurídica, tomados en su uso central y más característico, son enunciados internos y que en ellos el término validez cumple la función de afirmar algo a partir de una regla del propio sistema. Sin embargo, Ross no acierta porque no advierte, o no quiere advertir, que lo que se afirma en dichos enunciados con el término validez, al predicarlo de determinadas reglas, es justamente su existencia. Hart es absolutamente explícito al respecto: cuando nos encontramos, como ocurre en un orden jurídico desarrollado, ante un sistema de reglas que incluye una regla de reconocimiento, de tal manera que el *status* de otras reglas como parte del sistema depende de que satisfagan los criterios establecidos en aquélla, estamos también ante una nueva aplicación del término «existencia de una regla». Porque el enunciado de que una regla existe ya no tiene que ser, como en los casos en que no contamos con una regla de reconocimiento, un enunciado externo acerca del hecho de que cierto modo de comportamiento es aceptado en la práctica como modelo normativo. Ahora puede ser un enunciado interno que aplica la mencionada regla de reconocimiento y en el que se afirma que la regla en cuestión es válida conforme a los criterios de validez del sistema.³² Así, pues, respecto de ciertas normas jurídicas afirmar que son válidas equivale a afirmar que existen como tales. El desacuerdo entre ambos autores subsiste en cuanto que Ross no reconoce que en los enunciados de validez se afirma la existencia de determinadas normas.³³

³² Cfr. *The Concept Law*, cit., 106-107.

³³ Ross, que utiliza *validez* como predicado de ciertos actos jurídicos -un contrato, un testamento- para indicar si por su conformidad, o no conformidad, con una norma vigente producen los efectos perseguidos, o no los producen, no usa consciente y temáticamente dicho término con un significado análogo como predicado de normas jurídicas. Cfr. en el mismo sentido, L. Hierro, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia, F. Torres, 1981, 298, nota 815. Sin embargo, hay que añadir que al menos de forma incidental utiliza validez con tal significado a propósito de normas en *Lógica de las normas* (trad. de *Directives and Norms*, London, 1968), Madrid, Tecnos, 1971, 93, 113, 123-124.

Ahora bien, Hart no se plantea la cuestión de si son posibles enunciados de validez no normativos, sino meramente descriptivos o informativos, a saber, el tipo de enunciados que podría formular un observador que, sin aceptar personalmente la regla de reconocimiento de un orden jurídico, afirmara que allí donde ésta rige y para aquéllos que la aceptan, la norma X es una norma válida y, por tanto, existente como tal. Estos enunciados podrían incluso adoptar la forma que sugiere Hart como la usual de los enunciados de validez: el observador a que nos referimos podría sencillamente afirmar que, en el país de referencia (el derecho dispone que), en tales o cuales circunstancias, se debe realizar tal o cual conducta. En principio nada parece impedir que puedan darse enunciados de este tipo. Sin embargo, como se ha dicho, Hart no examina tal posibilidad.³⁴ Usualmente se refiere a los enunciados de validez como internos y normativos. Y para mostrar algún caso en que se ponga de relieve de forma paradigmática el sentido de estos enunciados recurre reiteradamente al ejemplo del juez que, en aplicación de la regla de reconocimiento y manifestando con ello su aceptación de la misma reconoce cierta norma como válida y, por tanto, como vinculante.

Ross tomó pie en esta laguna de la construcción de Hart, o, dicho de otro modo, en la simplificación implícita en su distinción de enunciados internos y enunciados externos, para formular una segunda observación en defensa de su doctrina frente al ataque de éste. En efecto, el autor danés recalca que los enunciados internos no poseen naturaleza descriptiva, sino directiva, de modo que, por referencia a las reglas, no informan sobre las mismas, sino que ponen de manifiesto que se las acepta y se las usa. Verdaderamente descriptivos son únicamente los enunciados externos. Por tanto, para informar objetivamente acerca de las reglas, de su vigencia o existencia, sólo son apropiados estos enunciados externos relativos a ciertos hechos o fenómenos sociales. Ross se lamenta, además, de que Hart apenas se ocupe de ellos y de que, cuando lo hace, los considere como la forma de expresión característica de minorías disidentes que rechazan las reglas de su grupo, no cayendo en la cuenta de que el uso más obvio de los mismos es el que lleva a cabo el estudioso del derecho que ni acepta ni rechaza las reglas, sino que simplemente

³⁴ Aunque en alguna ocasión afirma que no parece difícil determinar si un enunciado de validez es «verdadero» o, al menos, «correcto». Cfr. «Scandinavian...», cit., 236.

procura dar cuenta con fidelidad de aquellas que se encuentran vigentes.³⁵

Aparte lo expuesto más arriba -a saber, que para Hart los enunciados de validez, aunque internos o normativos, también dan cuenta de la existencia de reglas-, hay que decir que en este punto la observación de Ross de nuevo sólo es acertada en parte. Es acertado que Hart presta atención prevalente a los enunciados formulados desde el punto de vista interno, lo que le diferencia de Ross y de Kelsen. La preocupación fundamental de éstos fue el *status* epistemológico de la ciencia jurídica, por lo que centraron su atención en los enunciados descriptivos o informativos propios del estudioso del derecho. Hart, por el tipo de filosofía del que parte, extiende su interés a otras formas características del lenguaje jurídico y, con el fin de aclarar una serie de nociones a su juicio todavía oscuras, considera sobre todo los enunciados que formulan quienes aceptan y usan las reglas. A estos enunciados internos, normativos, contrapuso desde el principio los enunciados externos relativos a hechos sociales. Sin embargo, y esto es algo que Ross no podía saber en el momento en que formuló su observación, más tarde matizó esta contraposición primera, de tal forma que acaba aceptando la posibilidad de un tercer tipo de enunciados que, aunque por su estructura formal sean deónticos o normativos, son apropiados para dar cuenta de o informar sobre las reglas existentes.

Ya en *The Concept of Law*, junto a los enunciados característicos del punto de vista externo extremo mediante los que únicamente se constatan o predicen regularidades de comportamiento, reconoce la posibilidad de otro tipo de enunciados externos que sirven para dar cuenta del modo como ven las reglas quienes las aceptan como tales: «Los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden, a su vez, ser de tipos diferentes. Pues el observador puede, sin aceptar él mismo las reglas, afirmar que el grupo las acepta, y referirse así, desde afuera, al modo como ellos las ven desde el punto de vista interno». Con todo, Hart aún sigue considerando que tales enunciados son enunciados sobre hechos: lo que el observador expresa mediante³⁶

³⁵ Cfr. «Review of Hart's *Concept of Law*», trad. italiana citada, 359. Es cierto que en ocasiones Hart se refiere a los enunciados externos como aquellos que usan quienes dentro de un grupo no aceptan las reglas vigentes pero quieren actuar evitando las consecuencias negativas que puedan derivarse de su infracción (Cfr., por ejemplo, *The Concept of Law*, cit., 88); no lo es, sin embargo, que Hart considere que éste es el único uso de tales enunciados.

³⁶ Cfr. *The Concept of Law*, cit., 86-87 (las cursivas son de Hart).

ellos es el *hecho* de que los miembros del grupo aceptan ciertas reglas como modelos de comportamiento y consideran su conducta como exigida o justificada por las mismas.³⁷ Posteriormente algunos autores como J. Raz y N. MacCormick que, al menos en parte, pueden ser considerados como seguidores de Hart, han criticado, directa o indirectamente, su distinción de enunciados internos y enunciados externos como insuficiente y han sugerido la necesidad de reconocer otro tipo de enunciados intermedios para explotar las posibilidades explicativas de su enfoque.³⁸ El propio Hart, por último, ha aceptado estas críticas y sugerencias en algunos de sus últimos escritos, fijando así la que puede considerarse su posición definitiva sobre este asunto. Entre el punto

³⁷ Cfr. *The Concept of Law*, cit. 244, nota a pág. 86. E. Bulygin considera que este tipo de enunciados externos en los que se afirma el hecho de que los miembros de un grupo social aceptan y usan ciertas reglas como tales, enunciados a los que Hart alude pero no considera temáticamente, son los apropiados en el contexto del pensamiento hartiano para dar cuenta o informar de las reglas como existentes. No son apropiados los enunciados externos mediante los que un observador se limita a registrar la existencia de regularidades de conducta entre los miembros del grupo. Pero tampoco lo son los enunciados internos de validez de que habla Hart, ya que éstos son normativos o deónticos, son verdaderas prescripciones, por lo que su uso es incompatible con una actitud ante el derecho como la positivista, que aspira a dar cuenta del derecho tal cual es, sin pretender valorarlo ni prescribir que debe ser obedecido. Aunque Bulygin reconoce que serían posibles enunciados de validez puramente descriptivos o informativos (posibilidad a la que se ha hecho referencia más arriba en el texto; cfr. pág. 27), insiste en que se trataría de enunciados sobre hechos: enunciados que registrarían el hecho de que una norma determinada satisface los criterios de identificación establecidos en la regla de reconocimiento. A juicio de Bulygin, si no queremos incurrir en el error del cuasi-positivismo -término que toma de la discusión de Ross con Kelsen-, hemos de admitir que los enunciados sobre la vigencia (validez) de las normas jurídicas han de ser enunciados de un tercer tipo: que no son enunciados que se limiten a registrar hechos sino que afirman la existencia de deberes, derechos, competencias, etc., sin ser, sin embargo, enunciados propiamente normativos. Cfr. E. Bulygin, «Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici» (trad. de «Norms, Normative Propositions, and Legal Statements», en el vol. *Contemporary Philosophy. A New Survey. III Philosophy of Action*, 1982), en el vol. *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1987, 16-29.

³⁸ Mientras que N. MacCormick (*H. L. Hart*, London, E. Arnold, 1981, 37-40, 43-44) se refiere directamente a Hart cuando propone un punto de vista hermenéutico desde el que sería apropiado formular enunciados característicos, J. Raz (cfr., entre otros trabajos, *Practical Reason and Norms*, Hutchison of London, 1975, 170-177; «Legal Validity», en *ARSP*, 1977, 346-350) con su formulación de los enunciados no comprometidos -*detached normative statements*-, intenta completar la tipología inicial de Hart reinterpretando, con cierta originalidad, la doctrina kelseniana de los enunciados de la ciencia jurídica como enunciados deónticos descriptivos.

de vista externo del observador que se limita a registrar hechos y el interno de quienes aceptan y usan las reglas admite ahora un tercer punto de vista, que, siguiendo a MacCormick, puede llamarse «hermenéutico». Es el punto de vista propio de quien, sin necesidad de aceptar personalmente las reglas existentes en una sociedad, quiere sin embargo dar cuenta objetivamente de ellas y describirlas como tales reglas, para lo que necesita colocarse en la posición o actitud de quienes las aceptan y usan. Para informar adecuadamente de las reglas existentes este observador utilizará un tipo de enunciados que no son internos, pues al formularlos no expresa su aceptación de las mismas o su adhesión a ellas, pero tampoco son externos, ya que con ellos no hace referencia a meros hechos sociales. Se trata de enunciados formalmente normativos -pueden, por ejemplo, revestir la forma: «Según el derecho del país X, en tales circunstancias se tiene el deber o la obligación de hacer tal o cual cosa»- pero que cumplen una función descriptiva-informativa. Hart reconoce que éste es el punto de vista que adoptan y el tipo de enunciados que normalmente usan los estudiosos que pretenden exponer con propósitos teóricos un determinado sistema jurídico.³⁹

6. Valoración de la posición de Hart. Conclusión de esta primera parte

Si se tienen en cuenta estas precisiones últimas de Hart, creo que puede asegurarse que su posición respecto del tema que venimos tratando se acerca claramente a la de Kelsen y se separa de la de Ross. Es cierto que, como se advirtió más arriba, Hart no se propuso de forma explícita dicho tema en la forma en que lo discutieron Ross y Kelsen: como la pregunta acerca de si los enunciados de la ciencia del derecho, en los que se informa de las normas jurídicas como normas vigentes en una determinada sociedad, hay que interpretarlos como una aseveración sobre la ocurrencia actual o futura en dicha sociedad de ciertos hechos relacionados con las normas o, más bien, como una afirmación de que en tal sociedad debe tener lugar la conducta prescrita en dichas normas. Sin embargo, también es cierto que en su obra se encuentran elementos suficientes para inferir cuál sería su respuesta

³⁹ Cfr. H. L. A. Hart, «Legal Duty and Obligation», en sus *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982, 153-155. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, 13-15.

a tal pregunta. Ante todo conviene recordar que de forma parecida, aunque desde luego no idéntica, a como lo hace Kelsen, Hart considera que la vinculatoriedad u obligatoriedad constituye una característica inherente a las normas jurídicas (lo que no significa, obviamente, que sostenga que todas ellas son normas que imponen directamente obligaciones). En este sentido afirma una y otra vez que el rasgo más sobresaliente del derecho en todo tiempo y lugar consiste en que su existencia lleva consigo que ciertos tipos de conducta humana dejan de ser optativos para convertirse en obligatorios.⁴⁰ Por otro lado, diferenciándose de Ross, reivindica, como hemos visto, el uso de enunciados normativos, o sobre lo que debe hacerse, como parte necesaria del lenguaje relativo a normas. Por último, en las páginas inmediatamente precedentes se ha puesto de relieve que Hart acepta que este tipo de enunciados puede y debe ser utilizado no sólo con función normativa, por quienes aceptan y usan las normas para prescribir o recomendar conductas, sino también con función declarativa o informativa, por quienes desde una posición neutral pretenden dar cuenta adecuadamente de las normas vigentes en una sociedad determinada. Creo que en este último paso, unido a los anteriores, se encuentra claramente implícito que Hart aceptaría que el modo apropiado, para un observador neutral como el aludido, de informar de que cierta norma se encuentra vigente en una determinada sociedad sería mediante un enunciado en el que se afirmara que en dicha sociedad debe tener lugar la conducta establecida en la norma en cuestión.

Expuesta la posición de cada autor y considerados los argumentos esgrimidos por cada uno de ellos, estimo que la tesis más aceptable es aquélla que, implícita en Hart, defendió expresamente Kelsen, lo que no quiere decir que comparta sus presupuestos filosóficos ni, por tanto, el tenor preciso de algunas de sus afirmaciones.

Como se ha visto, una cuestión previa y de importancia decisiva para el tema discutido se refiere a la noción misma de norma jurídica. Se trata, en concreto, de si se considera, o no, que las normas del derecho, a diferencia de las meras órdenes o mandatos respaldados por la fuerza, son vinculantes u obligatorias, es decir, dan lugar directa o indirectamente a deberes u obligaciones. Considerar que las normas jurídicas son vinculantes u obligatorias no significa afirmar que todas ellas son normas que imponen directamente obligaciones, pues parece

⁴⁰ Cfr. *The concept of Law*, 6, 79-80.

evidente que junto a éstas existen también otras normas que reconocen derechos y libertades, atribuyen poderes o competencias, etc. Significa más bien reconocer que se trata de normas tales que los efectos previstos en ellas -bien sea el surgimiento de una obligación, reconocimiento de un derecho o la atribución de una competencia, etc.- se producen en el medio social, una vez que se dan las condiciones establecidas en las normas mismas, con independencia del arbitrio de los individuos afectados. Dicho de otro modo, que las normas y pautas que integran un orden jurídico son vinculantes u obligatorias en un medio social quiere decir que, para los miembros del grupo, se constituyen en referencia objetiva -intersubjetiva- para atribuirse y reclamarse recíprocamente deberes y obligaciones, competencias, derechos, etc. Como se ha puesto de relieve con anterioridad ésta es la concepción que, con matices diferentes en los que no es pertinente entrar ahora, comparten Kelsen y Hart, y la que nos parece más aceptable.

La aceptación de tal concepción condiciona en buena medida la respuesta a la pregunta acerca del significado del enunciado en que se afirma que una norma jurídica existe o es vigente en una sociedad, cuando es emitido por un cultivador de la ciencia del derecho, o por cualquier observador que adopte su punto de vista. No cabe duda de que para que dicho enunciado sea verdadero deben darse algunas condiciones, entre las que seguramente figuran ciertos hechos o fenómenos sociales. Y a esto es a lo que se refiere la respuesta de Ross. Desde el estricto empirismo que profesa, lo único que aquel enunciado puede significar, dentro de los límites de lo racionalmente aceptable, es que en la sociedad de que se trate se dan, o probablemente se darán, ciertos comportamientos en relación con la norma cuya vigencia se afirma.⁴¹ También otros autores defienden una interpretación

⁴¹ Debe señalarse, sin embargo, que en diversos lugares de su libro *Lógica de las normas* Ross acepta expresamente que los enunciados mediante los que el científico del derecho, o cualquier persona que se coloque en su punto de vista, informa de la existencia de una norma, del estado de cosas resultante de tal existencia, pueden ser enunciados en los que se afirma que el destinatario de la norma tiene el deber de hacer tal o cual cosa. Cfr. *op. cit.*, 43, 140. Con todo hay que añadir que lo que antecede parece no ser más que una concesión incidental, ya que Ross sigue manteniendo sustancialmente la misma posición que hemos expuesto con anterioridad. Así, sostiene que afirmar que una norma jurídica existe, o está en vigor, significa que tienen lugar ciertos hechos sociales relacionados con ella: que los jueces la aplican porque la experimentan como «válida» u obligatoria (cfr. *op. cit.*, 82-90, 91, 95, 98, 169). Explica la «validez» u obligatoriedad en términos de experiencias de impulsos desinteresados de obediencia (cfr. *op. cit.*, 47-48, 66 nota 17, 83-86,

semejante, porque consideran que es la única compatible con una actitud teórica que, como la del positivismo jurídico, se limite a describir o informar del derecho tal cual es, sin valorarlo ni prescribir que debe ser obedecido. Creo, sin embargo, que la respuesta de Kelsen puede cumplir con esta condición y es más apropiada. Cumple con dicha condición, eludiendo el riesgo de incoherencia y sin perder su intención esencial, si la desprendemos de la doctrina sobre la norma fundamental presupuesta y la insertamos en el marco de la teoría sobre el punto de vista hermenéutico aceptada por Hart en sus últimos escritos.⁴² Para captar adecuadamente aquella intención conviene tener presente que la pregunta acerca del significado del enunciado en que se afirma la vigencia de una norma puede entenderse como una pregunta referida, no a las condiciones de verdad de tal enunciado, sino más bien, dando por supuesto que el enunciado es verdadero, a la situación o estado de cosas que se da en una sociedad como consecuencia directa del hecho de que la norma existe o está vigente. Entendida la pregunta de este modo parece claro que, para dar cuenta en forma objetiva de tal estado de cosas, un estudioso o cualquier otro observador deberá colocarse en la posición o actitud de quienes aceptan y usan las normas como reglas obligatorias. Y, situado en esa perspectiva, el modo apropiado de informar de que cierta norma está vigente en una sociedad, sin que ello signifique valorarla ni prescribir su obediencia, es el de afirmar que en dicha sociedad la norma es vinculante, es decir, que en ella debe realizarse la conducta establecida en la misma.

111-112). Finalmente, mantiene en lo esencial su crítica a la posición de Kelsen (cfr. *op. cit.*, 145-147).

⁴² El propio Hart, que en su trabajo de 1963 «Kelsen Visited», cit., 710-717, intentó una peculiar interpretación de la doctrina de Kelsen sobre los enunciados de la ciencia jurídica como enunciados deónticos descriptivos, reconoce ahora que lo que Kelsen quiere dar a entender coincide sustancialmente con lo que se expresa mediante la idea del punto de vista hermenéutico y de los enunciados que desde el mismo se formulan para dar cuenta de las normas vigentes. Cfr. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., 15. Respecto de la incoherencia dentro de la teoría kelseniana entre la doctrina sobre los enunciados de la ciencia jurídica como enunciados deónticos descriptivos y la doctrina sobre la norma fundamental como presupuesto necesario para fundamentar tales enunciados, vid. *infra* págs. 37 y sigs., y nota 53.

III. SOBRE LA VERIFICACIÓN DE LOS ENUNCIADOS EN QUE SE AFIRMA LA VIGENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

1. *La propuesta «realista» de Ross. Crítica de la misma*

Acabamos de decir que un observador imparcial puede informar correctamente de que ciertas normas jurídicas son normas vigentes en una sociedad determinada mediante enunciados que, aunque contengan expresiones deónticas y por tanto sean formalmente normativos, en realidad constituyen enunciados descriptivos o informativos, es decir, juicios susceptibles de ser verdaderos o falsos. La cuestión que ahora hemos de tratar se refiere precisamente a las condiciones que nos permiten verificar tales enunciados, y puede formularse como la pregunta relativa a cuándo podemos decir que es verdadera la afirmación de que una norma jurídica existe como tal en un grupo humano. Pues bien, del mismo tenor de aquellos enunciados se deriva una primera respuesta, todavía muy abstracta, a esta pregunta: la aseveración de que una norma jurídica es una norma vigente en un grupo social será verdadera si en él se da la situación o estado de cosas aludido en el enunciado correspondiente, es decir, si los componentes del grupo mantienen entre ellos relaciones explicables sólo por referencia a la norma en cuestión. En cuanto este estado de cosas constituye un hecho social, puede decirse que, en principio, la verdad de los enunciados acerca de la vigencia de las normas jurídicas depende de la constatación de ciertos hechos o fenómenos sociales.

A tenor de lo dicho podría considerarse que, desde la perspectiva del tema que ahora tratamos, debe suscribirse la posición de Ross. Como se recordará, éste sostenía que los enunciados sobre la vigencia de las normas se verifican constatando la ocurrencia de ciertos hechos sociales. Formulada de este modo, como una afirmación genérica necesitada de ulteriores precisiones, puede considerarse aceptable. Sin embargo, cuando se intenta precisar, aparecen dificultades que impiden suscribir esta posición de Ross.

Tales dificultades se refieren, *en primer lugar*, a la determinación de los hechos sociales que es preciso constatar como verificación del enunciado en que se afirma que cierta norma forma parte del orden jurídico vigente en un país. Como se puso de manifiesto en la primera parte de este trabajo, para Ross la verdad relativa de cualquier enunciado sobre la vigencia de una norma jurídica, en cuanto predicción de que los jueces la aplicarán,

depende de que se constate que aquéllos vienen aplicando regularmente cierto tipo de normas porque las «sienten» o «experimentan» como socialmente vinculantes. Lo primero que no resulta aceptable de esta tesis es la reducción de los hechos relevantes a la conducta y los sentimientos de los jueces. Tal reducción deriva lógicamente del concepto de derecho u orden jurídico que, bajo la influencia kelseniana, mantiene Ross como conjunto de normas o directrices dirigidas a los tribunales para regular el uso de la fuerza dentro de una sociedad. Sin entrar en el detalle de la cuestión, baste indicar que, como repetidamente se ha puesto de relieve, no existen razones convincentes para sostener esta noción reductiva del derecho. El hecho de que ciertas personas y no otras actúen con éxito como jueces dentro de una sociedad resulta incomprensible si no se tiene en cuenta el acatamiento sostenido de determinadas reglas por parte del conjunto de los ciudadanos. Además, tampoco hay ningún argumento de peso para no considerar como parte sustantiva del derecho aquellas normas que de forma inmediata regulan las relaciones recíprocas entre los ciudadanos, ni la aceptación y obediencia de las mismas por éstos como una forma de realización efectiva del orden jurídico.

Por otro lado, Ross describe los hechos sociales relevantes para verificar el enunciado de que una norma jurídica es vigente aludiendo a dos datos que se dan conectados: primero, que los destinatarios se someten a la norma, que la obedecen porque, segundo, experimentan ante ella un sentimiento que se traduce en un impulso desinteresado a obedecerlos, es decir, en una compulsión a obedecer por creencia en el «deber». Tampoco esta descripción está exenta de críticas. Especialmente acertadas son las aducidas por Hart, quien reiteradamente ha hecho hincapié en que es erróneo interpretar en términos de sentimientos el fenómeno de la aceptación de las normas por parte de los miembros de un grupo. Lo que ha de darse necesariamente en los miembros de un grupo para que sea verdadera la afirmación de que en él existe tal o cual norma no son ciertos sentimientos de compulsión, que pueden faltar, sino una actitud consciente y, en su caso, crítica y reflexiva, de aceptación de la misma como tal norma, es decir, como modelo del comportamiento de unos para con otros.⁴³ En suma, la concepción de Ross resulta desacertada

⁴³ Cfr. Hart, «Scandinavian...», cit., 237-238. *The Concept of Law*, cit., 56; 85-86 nota en pág. 243. Ross rechazó esta crítica de Hart aduciendo que, salvo casos excepcionales, las normas se obedecen por sentimientos socialmente compartidos sin que intervenga una reflexión previa; cfr. «Review of Hart's...», cit., 358. Creo que la razón está de parte de Hart porque, aunque de hecho las cosas ocurran

tanto respecto de los sujetos cuya actitud y conducta ante las normas hay que tener en cuenta, como respecto de la descripción de dicha actitud y conducta. Siguiendo en este punto las observaciones críticas de Hart puede decirse que es verdad que una norma jurídica existe en un grupo social cuando los miembros del mismo, o una parte decisiva de ellos, la aceptan como tal, es decir, como modelo vinculante y obligatorio de su comportamiento recíproco.

Ahora bien, la doctrina de Ross resulta inaceptable, *en segundo lugar*, porque por su mismo punto de partida se cierra el camino para reconocer otro procedimiento de verificación de los enunciados sobre la vigencia de las normas del derecho, distinto de la constatación de ciertas actitudes y comportamientos respecto de las mismas, pese a que lo pone ante la vista la práctica jurídica cotidiana. En efecto, si a los juristas se les plantea la cuestión de si una determinada norma existe como parte de un orden jurídico, normalmente no acuden a comprobar si es de hecho aceptada por estas o las otras personas dentro del grupo. Lo normal, por el contrario, es que la consideren vigente y, por tanto, vinculante si reúne ciertos requisitos establecidos en otras normas ya consideradas existentes, por ejemplo, si ha sido creada de acuerdo con las previsiones contenidas en otra norma; en suma, si es válida. Aunque Ross, como se puso de relieve en la primera parte de este trabajo reconoce en algún momento que se puede llegar a considerar vigente una norma recién promulgada que todavía no ha podido ser aplicada por los tribunales, sin embargo, no tiene temáticamente en cuenta el procedimiento apuntado para comprobar la vigencia de las normas jurídicas. La razón de que así sea no es otra, a mi entender, sino el peculiar «realismo» que profesa y que le lleva a sostener que los enunciados de la ciencia jurídica sobre la vigencia de las normas deben tener la misma estructura y la misma lógica que los de las ciencias empíricas.⁴⁴

usualmente como sostiene Ross, lo que caracteriza el «obedecer una regla», a diferencia de actuar siguiendo un hábito, es que llegado el caso explicamos y justificamos nuestra conducta apelando a la regla.

⁴⁴ La calificación de «realista» que se atribuye a la posición de Ross es susceptible de matizaciones, dado que el significado del término «realismo jurídico» es algo sometido a discusión. El pensamiento de Ross se puede considerar más realista en *Towards a realistic Jurisprudence* (1946), obra en la que intenta explicar el derecho como un hecho socio-psicológico, que en *On Law and Justice* (1959), libro en el que las normas o directivas avanzan al primer plano como elemento integrante del orden jurídico. Sin embargo, en este libro y en sus obras posteriores sigue manteniendo ciertas ideas características del realismo: que el elemento del «deber» ha de ser entendido como mera expresión de hechos psicológicos, que los enunciados de la ciencia jurídica sobre las normas vigentes

Lo que permite considerar a una norma jurídica como vigente comprobando que es válida, que reúne los requisitos exigidos en otra norma, es la peculiar estructura del derecho como sistema de normas, aunque en rigor dicha peculiaridad no sea exclusiva del orden jurídico. De ella daba cuenta Kelsen a través de su afirmación reiterada de que el derecho regula su propia creación y aplicación.⁴⁵ A ella se refería también Hart con su conocida doctrina de que un orden jurídico plenamente desarrollado sólo se da allí donde existe una articulación de normas primarias y normas secundarias, relativas a las primeras, entre las que se encuentra una regla de reconocimiento que contiene los criterios revestidos de autoridad para identificar a las restantes normas.⁴⁶ Se trata, en suma, del llamado carácter institucional del derecho. En las sociedades humanas el derecho se destaca como un orden normativo distinguible de otros órdenes de normas, y especialmente del conjunto de principios y reglas que constituyen la moral social, cuando ciertas personas dentro del grupo son investidas de autoridad. A algunas de estas autoridades se les reconoce competencia para dirimir de forma definitiva, fundándose en el propio derecho, los conflictos entre los miembros del grupo; a otras para derogar normas consideradas obsoletas o inadecuadas e introducir otras nuevas. De este modo, las reglas mediante las que se instituyen tales autoridades establecen al mismo tiempo, de forma directa o indirecta, un conjunto de criterios que permiten identificar las restantes normas a las que los miembros del grupo deben adecuar su conducta y conforme a las que se decidirán los conflictos que puedan surgir entre ellos. La condición para que un orden jurídico exista y funcione normalmente es que una parte decisiva de los componentes del grupo acepten y acaten el entramado de reglas y autoridades aludido y, con ello, los criterios en virtud de los cuales se identifican todas las demás normas que se consideran como vigentes y, por tanto, como vinculantes. Gracias a esta peculiar estructura es posible determinar si una pretendida norma existe como tal sin necesidad de comprobar

son enunciados sobre los hechos, etc. Sobre el significado del «realismo jurídico». Cfr. entre nosotros L. Hierro, *El realismo jurídico escandinavo*, Valencia, 1981, 45 y sigs.

⁴⁵ Cfr., entre otros lugares, *RR*₁, cit., 73-74. *TGDE*, cit., 146. *RR*₂, cit., 73; 228; 260.

⁴⁶ Cfr. *The concept of Law*, cit., 91; 95; etc.

si ha sido aceptada de hecho por sus destinatarios; bastará con constatar que es válida, que se acomoda a los criterios de identificación aludidos. La aseveración de que una norma jurídica es una norma vigente se verifica constatando su validez.

2. La solución característica del «normativismo positivista» kelseniano. Crítica general

Esta forma de enfocar y resolver el problema, pensada como la única posible y desarrollada hasta sus últimas consecuencias, constituye un rasgo característico del normativismo riguroso. Entre las teorías que venimos considerando el ejemplo más claro de normativismo lo representa el pensamiento de Kelsen.⁴⁷ Para entenderlo cumplidamente conviene recordar que para Kelsen la pregunta acerca de si cierta norma jurídica es una norma vigente se plantea normalmente como la pregunta por la *razón* o *fundamento* de tal existencia o vigencia.⁴⁸ La explicación

⁴⁷ Hay que decir que la teoría kelseniana no es *radicalmente normativista*, ya que reconoce que la efectividad constituye una condición necesaria de la validez (vigencia) de las normas jurídicas. De todos modos el normativismo se manifiesta en la doctrina que construye Kelsen sobre este punto: presenta la efectividad como un requisito, previsto en la propia norma fundamental hipotética, que han de reunir las normas jurídicas para continuar siendo válidas una vez que han sido regularmente establecidas; vid. sobre esto *infra*, págs. 48 y sigs., y nota 60. Para un ejemplo, entre otros, de un normativismo radical, que mantiene que las normas del orden jurídico positivo han de considerarse válidas (vigentes) si han sido producidas de acuerdo con una norma anterior sin tener en cuenta para nada si alcanzan o no efectividad, vid. R. Lippold, «Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen», en *Rechtstheorie*, 19, Bd., 1985, 463 y sigs.

⁴⁸ Cfr. *RR*₁, cit., 65. *TGDE*, cit., 129-130. *RR*₂, cit., 46-47; 196-197. *ATN*, cit., 203-204. Aunque lo que Kelsen plantea, cuando trata el tema de la vigencia de las normas jurídicas, es el problema de por qué podemos decir que una norma es vigente, de cuál es la razón o el fundamento de tal vigencia, en ocasiones, sin embargo, se refiere, en contextos distintos, a la cuestión de la verificación de los enunciados en que se afirma que ciertas normas son normas vigentes. Lo hace de forma incidental y brevísima en lugares como «Value judgements in the science of law» (1942), págs. 130 y sigs. de la trad. en el vol. H. Kelsen, *¿Qué es Justicia?* Barcelona, Ariel, 1982. *TGDE*, cit., 56. *RR*₂, cit., 76; y de forma algo más extensa en *ATN*, cit., 143-145; 177. En resumen, viene a decir lo siguiente. La vigencia de una norma no es en sí misma verificable, pero sí lo es el enunciado en que se afirma que cierta norma no es vigente, pues dicho enunciado puede ser verdadero o falso. Será verdadero si se prueba que la norma en cuestión ha sido establecida (*gesetz*) y que no ha perdido su vigencia por haberse establecido una norma derogadora o por haber devenido inefectiva. Puesto que se trata de probar una serie de hechos, podría decirse que los enunciados sobre la vigencia de las normas son

de que sea así se encuentra en el ingrediente neokantiano de su teoría, conforme al cual las normas, el deber ser, hay que concebirlas como constituyendo un ámbito ontológico netamente distinto del ámbito de los meros hechos, o del ser, y de tal manera que entre ambos se da una fractura lógica: de la constatación de meros hechos, de que algo es, no es posible inferir la existencia de una norma, que ese algo debe ser; y viceversa, de la existencia de una norma, de que algo deba ser, no cabe inferir que ese algo sea u ocurra de hecho. De aquí que, para afirmar la vigencia de una norma, lo que implica la afirmación de la existencia de un deber ser objetivo, no baste con constatar la ocurrencia de ciertos hechos (que se ha dado un mandato y que éste es regularmente obedecido) que, en cuanto hechos empíricamente perceptibles, pueden no diferir de los que se dan en situaciones en las que no afirmamos que existan normas vinculantes, por ejemplo, en el caso de las órdenes de una banda organizada de delincuentes. La constatación de tales hechos constituye una condición necesaria, pero no suficiente, para poder afirmar que existe una norma. Es preciso, además, contar con una razón o fundamento. Tal fundamento se encuentra para Kelsen en una norma anterior, en que el mandato está autorizado por una norma anterior. Si es así, el mandato en cuestión puede ser considerado como una norma vigente porque es válida, ya que se adecua a lo establecido en la norma precedente. Ahora bien, respecto de esta última se puede plantear igualmente el problema de por qué la hemos de considerar como norma vigente, y la respuesta será también la misma: hemos de considerarla como tal si es válida por haber sido establecido conforme a otra norma anterior. Se

enunciados sobre hechos. Kelsen rechaza, sin embargo, esta conclusión que, a su juicio, supone confundir los hechos que funcionan como condición de la vigencia (el hecho de la posición de la norma y el hecho de la efectividad de ésta) con la vigencia misma. Y añade que el enunciado en que se afirma la ocurrencia de tales hechos y el enunciado en que se afirma que la norma es vigente son enunciados distintos. Sólo que el segundo únicamente es verdadero si lo es el primero, lo que quiere decir que los enunciados sobre la vigencia de las normas sólo son verificables indirectamente. Sin entrar en pormenores, se trata, a mi entender, de una doctrina que resulta bastante confusa si se la pone en relación con su doctrina, más conocida (la que ofrece como respuesta a la pregunta por el fundamento de la vigencia de las normas), según la cual la vigencia de una norma se fundamenta a través de un silogismo (un silogismo teórico, no práctico, precisa en *ATN*, cit., 203 y sigs.) mediante el que se prueba que la misma ha sido establecida de conformidad con lo previsto en una norma anterior vigente y, en último término, de conformidad con una norma fundamental hipotética.

produce así la conocida cadena de remisión de una norma a otra, que permite a Kelsen sostener que el orden jurídico constituye un sistema porque la fundamentación de la vigencia de cualquiera de sus normas remite a otra norma anterior hasta llegar a una norma fundamental.⁴⁹

Ahora bien, Kelsen es positivista, el suyo es un normativismo positivista. En cuanto positivista sostiene que la determinación de la validez de las normas jurídicas ha de llevarse a cabo al margen de cualquier valoración de su contenido. Según esto la relación de adecuación entre una pretendida norma jurídica y otra anterior, relación en la que se basa la validez de la primera, concierne exclusivamente a la «forma» como ésta ha sido establecida -a la persona u órgano competente y al procedimiento seguido- pero no al contenido de la misma. Para un iusnaturalista, por el contrario, la determinación acerca de si una presunta norma jurídica existe como tal implica una valoración de su contenido. La norma en cuestión se considerará válida y, por tanto, vigente, si su contenido puede deducirse del contenido de otra norma anterior, que ya se considera válida. De esta forma la cadena de remisión según la cual el juicio sobre la validez de una norma remite a otra, el juicio sobre la validez de esta última a otra anterior, y así sucesivamente hasta llegar a una norma fundamental, supone que el contenido de las normas inferiores se deduce del contenido de las superiores, y el de todas ellas del contenido de la norma fundamental. Por eso a juicio de Kelsen, el iusnaturalismo concibe el orden jurídico como un sistema normativo *estático*, en el que la norma básica fundamenta el contenido de las restantes normas del sistema. Esta norma básica aparece, en tal contexto, como una norma que se considera válida (vigente) por su evidente justicia o rectitud en cuanto establecida por la razón, la naturaleza o la divinidad.

Pero para un positivista resulta racionalmente inaceptable la existencia de tal norma básica. No puede considerarla válida por su contenido; tampoco, por definición, porque haya sido establecida conforme a otra anterior, sencillamente tiene que presuponer que es válida. Se trata de una norma meramente supuesta, que nada dispone respecto del contenido de la Constitución, ni

⁴⁹ Cfr. *RR*₂, cit., 196 y sigs. Se trata de una doctrina que Kelsen repite en todas sus obras y que mantiene incluso después de haber llegado a la conclusión de que la norma fundamental es una norma ficticia, lo que supone admitir que la vigencia del orden jurídico se fundamenta en una ficción; cfr. entre otros trabajos de Kelsen, «Die Grundlage der Naturrechtslehre», cit., 119-120; «Zum Begriff der Norm», cit., 63; *ATN*, cit., 205-207, 355.

de las restantes normas del orden jurídico. Constituye simplemente el presupuesto normativo necesario para poder considerar que quienes han establecido la Constitución están «autorizados» para ello y, por tanto, que la Constitución es una norma jurídica válida. Y a partir de aquí las restantes normas se podrán considerar válidas si, sea cual sea su contenido, han sido establecidas por la persona autorizada por una norma anterior y siguiendo el procedimiento previsto en la misma. En un contexto positivista, por tanto, el orden jurídico hay que concebirlo como un sistema normativo *dinámico*, esto es, como un orden jerarquizado de delegaciones de autoridad normativa.⁵⁰

Ciertamente Kelsen se encontró con dificultades para conciliar esta concepción del orden jurídico con algunos rasgos del derecho que reconocía o afirmaba en su teoría. Así, con el dato de que muchas normas jurídicas no se limitan a establecer la autoridad competente y el procedimiento a seguir para imponer otras normas, sino que contienen también prescripciones que limitan el contenido posible de las normas inferiores, prescripciones que en determinadas circunstancias son relevantes para decidir sobre la validez de estas últimas. Así, también, con la idea, que mantuvo hasta muy al final de su vida, de que dentro de un orden jurídico no es posible la vigencia simultánea de dos normas contradictorias, lo que implica admitir que la relación entre el contenido de una norma y el de otra es relevante para la validez de alguna de ellas. Por eso fue rectificando o matizando, más o menos explícitamente, aquella caracterización inicial del orden jurídico como un sistema normativo dinámico.⁵¹ Finalmente, en su última obra Kelsen fijó su posición del siguiente modo: visto desde la norma fundamental, el orden jurídico constituye un sistema dinámico puro, dado que aquella no incluye prescripción alguna acerca del contenido de la Constitución, sino que se limita a instituir, a convalidar, la autoridad del constituyente; sin embargo, visto desde la Constitución y desde otras normas subordinadas, ya no suele ser así, pues es corriente que

⁵⁰ Cfr. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenhurg, Pan-Verlag Rolf Heise, 1928 (págs. 291 y sigs. de la reproduc. en *Die Wiener Rechts-theoretische Schule*, Wien, 1968, I), donde ya contrapone sistemáticamente iusnaturalismo y positivismo como teorías que conciben el orden normativo como un sistema estático la primera y como un sistema dinámico la segunda.

⁵¹ Cfr. a este propósito mi trabajo «El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico», en *Estudios en honor del profesor J. Corts Grau*, Valencia, 1977, I, 176 y sigs.

una norma contenga prescripciones que predeterminan el contenido posible de otras normas inferiores, de tal modo que la correspondencia del contenido de la norma inferior con el de la norma superior es relevante para determinar la validez de la primera. De todas formas conviene resaltar que esta relación de correspondencia del contenido de una norma con el de otra no supone en ningún caso que entre en juego una valoración moral o política de dicho contenido. Kelsen sostiene que se trata de una correspondencia lógica, en el sentido de que se comprueba mediante un silogismo a través del cual las nociones o conceptos en que se expresa el contenido de la norma inferior se subsumen, como lo particular en lo general, en las nociones o conceptos en que se expresa el contenido de la norma superior.⁵²

En resumen, para Kelsen el enunciado en el que se asevera que cierta norma jurídica es una norma vigente se verifica constatando que la norma en cuestión es válida. Respecto de la Constitución esto significa que presuponemos una norma fundamental conforme a la cual podemos considerar que quienes la han establecido están autorizados para hacerlo y, por tanto, que la Constitución es una norma jurídica válida. Respecto de cualquiera de las restantes normas que integran un orden jurídico significa que ha sido establecida conforme a lo dispuesto en otra norma anterior ya válida, lo que quiere decir que es posible subsumir lógicamente a las personas que la han impuesto dentro de la clase de personas autorizadas en la norma anterior, así como lo que han ordenado dentro de las previsiones más generales contenidas en la misma.

Esta forma de resolver la cuestión relativa a la verdad de los enunciados sobre la existencia de las normas jurídicas, característica de un normativismo positivista, no es sostenible. Y no lo es por la misma razón general por la que tampoco lo era la propuesta por el realismo, también positivista, de Ross: porque se trata de una construcción teórica que no permite una comprensión coherente y completa de la práctica jurídica real en toda su complejidad. Bastantes manifestaciones o aspectos de dicha práctica resultan incomprensidos u oscurecidos, o bien han de ser objeto de una interpretación forzada para que encajen en tal explicación teórica. La teoría de Kelsen sería aceptable si fuera verdad que el derecho es capaz de autorregular de forma precisa, exhaustiva y plenamente eficaz la cuestión de la vigencia de sus normas. Esto significaría que los criterios de validez establecidos

⁵² Cfr. *ATN*, cit., 207-215.

por las propias normas jurídicas podrían ser suficientes, suficientemente precisos y efectivos en tal grado que el problema a propósito de si una presunta norma cuenta, o no, como norma vigente de un orden jurídico se resolvería sin excepciones comprobando si se adecua, o no, a tales criterios de validez, y de tal modo que la comprobación no exigiría más que una operación lógica de subsunción. Si fuera así, podría decirse que, desde el punto de vista del tema que nos ocupa, el orden jurídico constituye un sistema normativo netamente separado del resto del orden social, ya que la determinación de los elementos que lo componen no requeriría en ningún caso acudir fuera de las propias prescripciones jurídicas interpretadas conforme a criterios rigurosamente intrasistemáticos. Sin embargo, la observación de las sociedades que conocemos nos muestra que la práctica jurídica real no se ajusta a tal modelo teórico. Es cierto que constituye una característica esencial del derecho, como se dijo más arriba, el establecer criterios revestidos de autoridad para identificar las normas que han de considerarse como vigentes y, por tanto, como vinculantes. Pero estos criterios no son suficientes, o no son suficientemente precisos, o bien no son siempre efectivos. Por eso, en ocasiones, para dilucidar si una presunta norma es una norma jurídica vigente es preciso ponderar su contenido en un proceso argumentativo en el que juegan un papel decisivo aquellas valoraciones político-morales vigentes en el grupo y que subyacen al propio orden jurídico, con lo que la estricta separación de éste respecto de la moral social queda en entredicho. En otros casos para resolver el problema se hace necesario probar el hecho social de que la norma en cuestión es aceptada como tal por sus destinatarios, bien porque el criterio de validez disponible implica la referencia a tal hecho, o porque los criterios normativos de validez no son seguidos en la práctica, o, sencillamente, porque no existe ningún criterio de validez.

Un ejemplo de esto último, de gran trascendencia, lo proporciona el problema que se plantea, en el contexto de la teoría de Kelsen, a propósito de la Constitución (la primera Constitución histórica positiva, como él precisa en alguna ocasión). Parece claro que, por tratarse de una norma última, ya que dentro del orden jurídico no existe por definición ninguna otra norma jurídica anterior que establezca criterios que permitan identificarla, la Constitución no puede ser válida, ni no válida; la cuestión en torno a su vigencia, o no vigencia, no puede resolverse apelando a su validez, o invalidez. Sin embargo, como sabemos, Kelsen insiste en que debemos considerarla válida por referencia a una norma fundamental meramente supuesta. Ésta es una doctrina

inaceptable. Como se ha puesto de relieve repetidamente, y el propio Kelsen no lo niega, la norma fundamental supuesta no proporciona criterio alguno para identificar la Constitución, ni respecto de las personas que pueden establecerla y el procedimiento que deben seguir, ni respecto de su contenido. En verdad es necesario constatar primero la existencia de una Constitución que funciona efectivamente como tal, para que podamos suponer después una norma fundamental relativa a la misma. La norma fundamental en el pensamiento de Kelsen es el presupuesto necesario, no para identificar la Constitución como existente o vigente, sino para poder considerarla como verdadera norma jurídica vinculante, para fundamentarla como tal norma vinculante. Ahora bien, no es necesario compartir la idea kelseniana de que reconocer o afirmar una norma como vigente y, por tanto, vinculante, exija en todo caso fundamentarla o justificarla. Tal idea resulta completamente implausible sobre todo cuando quien sostiene la aseveración de que cierta norma jurídica es una norma vigente es un observador imparcial que, como el científico del derecho, pretende informar de las normas que componen un orden jurídico sin aceptarlas ni rechazarlas personalmente.⁵³

⁵³ Como se apuntó en la nota 15, para Nino la razón más convincente para sostener que la noción de vigencia (validez) de Kelsen no es descriptiva, sino normativa, y que, por tanto, en el contexto de su teoría, los enunciados sobre la vigencia de las normas son prescripciones, se encuentra en su doctrina sobre la norma fundamental como presupuesto necesario para formular tales enunciados. Presuponer la norma fundamental significa afirmar que toda constitución efectiva debe ser reconocida como una norma válida (y por ello vigente) y que debe ser obedecida, y que todas las normas que se creen regularmente a partir de la constitución deben ser también reconocidas como válidas (vigentes) y deben ser obedecidas. Que su teoría de la vigencia de las normas se apoye sobre la suposición de dicha norma fundamental significa, según Nino, que para Kelsen no existe otra normatividad que la normatividad *justificada* (Nino toma esta expresión, si no me equivoco, de J. Raz. Cfr., entre otros trabajos de Raz, «Kelsen's Theory of the Basic Norm», en *Am. Journal of Jurisprudence*, 19, 1974, 94-111), es decir, normas que deben ser obedecidas; de tal manera que para él sería autocontradictorio afirmar que existe una norma pero que no debe ser obedecida.

Ciertamente no puede rechazarse esta interpretación de Nino como carente de todo fundamento. Sin embargo, creo que es necesario matizar alguna de las conclusiones que pretende extraer de la doctrina kelseniana sobre la norma fundamental (matizaciones que también son pertinentes a propósito de las conclusiones a que llega Ross). *En primer lugar*, es cierto que, según lo que antecede, para Kelsen toda norma que existe se considera fundamentada o justificada; pero no lo es que, cuando se trata de una norma jurídica, haya que considerarla como *moralmente* justificada. Kelsen es perfectamente congruente con su doctrina sobre la fundamentación cuando sostiene que

Si se acepta la pertinencia de esta observación, resulta meridianamente claro que no tiene sentido calificar a la Constitución como válida, o no válida, es decir, que la afirmación de que existe como norma vigente sólo puede verificarse comprobando que de hecho es aceptada y usada como tal por sus destinatarios.

3. Matizaciones de Hart a la posición kelseniana

En este sentido se orienta la teoría sobre el orden jurídico de Hart, que en este punto supone una rectificación importante de la kelseniana. Desde un punto de vista funcional la regla de reconocimiento de que habla Hart se puede asimilar, al menos en parte, a la Constitución de Kelsen. Dicha regla funciona

el deber ser en que consiste una norma jurídica positiva no tiene significación moral, aunque desde luego no resulta nada clara su explicación de que se trata de una mera categoría lógica (cfr. a este propósito mi trabajo «Obligatoriedad del derecho y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: el pensamiento de H. Kelsen», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XX, 1 y sigs.).

En segundo lugar, es verdad que el en contexto del pensamiento de Kelsen sería autocontradictorio afirmar al mismo tiempo que una norma es vigente y que no debe ser obedecida. Sin embargo, desde el momento que acepta la posibilidad de la existencia simultánea de normas morales y normas jurídicas contradictorias, puede decirse que acepta que la afirmación de la existencia de una norma jurídica es compatible con la afirmación de que no debe ser obedecida desde el punto de vista de quien reconoce la existencia de una norma moral contradictoria con ella. Por tanto, el deber que aparece implicado en la afirmación de que cierta norma es una norma vigente no es un deber absoluto. Desde luego lo que parece incompatible con el concepto kelseniano de norma es que se puede afirmar al mismo tiempo que una norma es vigente y que nadie tiene el deber de atenerse a la misma. Si alguien afirma que cierta norma jurídica es vigente en una sociedad determinada, esto quiere decir que sus destinatarios tienen el deber de cumplirla. Pero es posible que la misma persona pueda decir con fundamento que simultáneamente existe otra norma que contradice a la primera. En este caso habrá que constatar que se da un conflicto de deberes. Y, de acuerdo con los últimos escritos de Kelsen, si la persona a que nos referimos es un científico (un informador carente de autoridad), no podrá, actuando como tal, resolver el conflicto.

Finalmente, la interpretación de Nino plantea el problema de si la reiterada afirmación de Kelsen según la cual los enunciados de la ciencia jurídica sobre las normas vigentes, aunque revistan la forma de enunciados sobre lo que se debe hacer, son meramente descriptivos o informativos, es conciliable con la idea, implícita en la doctrina kelseniana sobre la norma fundamental, de que cuando se afirma que ciertas normas existen se presupone que éstas se consideran fundamentadas o justificadas. Para intentar elucidarlo conviene, ante todo, llamar la atención sobre la pertinencia del problema de la fundamentación o justificación. Si aceptamos que las normas, a diferencia de las meras órdenes respaldadas por la fuerza, dan lugar a deberes u obligaciones, entonces cuando se afirma la existencia de una norma es pertinente preguntarse por su justificación.

como la base del sistema jurídico en cuanto que establece y ordena jerárquicamente los criterios últimos o independientes de validez (las «fuentes del derecho» últimas o independientes) que deben ser utilizados para identificar las restantes normas del sistema. La existencia de éstas se comprueba verificando que son válidas, que se acomodan a los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento, o en otra regla ya válida. Pero de la propia regla de reconocimiento, en cuanto regla última, ya no tiene sentido predicar que sea válida, o no válida. La existencia de la misma es una cuestión de hecho, el enunciado en que se

Quienes aceptan y usan las normas como referencia intersubjetiva para atribuirse y exigirse recíprocamente «deberes» y «obligaciones», «competencias», «derechos», etc., deben, llegado el caso, dar razón de esa forma de conducirse. Es decir, deben estar dispuestos a fundamentar su afirmación de que existe una norma y de que este hecho constituye base suficiente para reclamarse recíprocamente «deberes», «derechos», etc. La existencia de normas implica, por tanto, algún tipo de justificación de las mismas por parte de quienes las aceptan y usan como tales.

Por otro lado, todo el que, como el científico del derecho, pretende dar cuenta de las normas vigentes como tales normas, y no como meros hábitos o regularidades de comportamiento, debe situarse en la perspectiva de quienes aceptan y usan dichas normas. Desde esa perspectiva el modo apropiado de informar de que cierta norma está vigente en una sociedad es mediante un enunciado en el que se afirme que en esa sociedad dicha norma es vinculante, es decir, que en ella se debe hacer lo establecido en la norma. Este tipo de enunciados, aunque en ellos se utilicen términos deónticos, son meramente descriptivos o informativos. Ahora bien, para llevar a cabo esta tarea el científico del derecho no tiene que suscribir personalmente ningún tipo de fundamentación o justificación de las normas vigentes que él pretende simplemente conocer y describir. Sin embargo, sí necesita situarse como hipótesis de trabajo en la posición o actitud de quienes aceptan y usan las normas, es decir, necesita partir del supuesto de que se trata de verdaderas normas que se consideran fundamentadas o justificadas de algún modo. Creo que la doctrina de Kelsen sobre la norma fundamental como presupuesto que puede ser aceptado o rechazado, pero del que ha de partir todo el que pretende hablar de normas como tales normas, singularmente el científico del derecho que aspira a conocer y dar cuenta de las normas vigentes en un medio social, puede interpretarse en los términos de la explicación que antecede. Sin embargo, el que para Kelsen la adopción de aquel supuesto metodológico signifique la adopción de una *norma* pone de manifiesto, cuando menos, que no dispuso del aparato conceptual ni de la teoría lingüística adecuados para dar cuenta de la posición peculiar de quien pretende conocer las normas vigentes en un grupo e informar sobre las mismas. Por ello es posible hablar de una cierta falta de coherencia en este aspecto de su teoría. En todo caso creo que se puede mantener la intención fundamental de su doctrina sobre los enunciados característicos de la ciencia jurídica insertándola en el marco de la teoría, sugerida por MacCormick y aceptada por Hart, del «punto de vista hermenéutico» como el punto de vista en que debe situarse el cultivador de la ciencia jurídica. Cfr. más arriba, págs. 32 y sigs.

asevera su existencia se verifica comprobando que de hecho es aceptada y usada como regla vinculante por sus destinatarios, especialmente por los tribunales.⁵⁴ Aunque la doctrina sobre la regla de reconocimiento presenta puntos oscuros que han suscitado numerosos debates y discusiones, y que distan de haber sido aclarados de forma plenamente satisfactoria,⁵⁵ parece claro que permite una representación teórica del orden jurídico más aceptable que la kelseniana de la Constitución cuya validez derivaría de una norma fundamental supuesta. Supone un importante correctivo del normativismo riguroso a propósito del tema que nos ocupa, o, si se quiere, una importante concesión al realismo, aunque no se trate exactamente del realismo de A. Ross.

Ahora bien, prescindiendo de este punto sin duda alguna muy importante, la teoría de Hart es, por lo demás, muy similar a la de Kelsen. Conforme a ella, precisamente porque en la base de todo orden jurídico desarrollado funciona una regla de reconocimiento, la comprobación de la verdad de los enunciados sobre la existencia de las restantes normas ya no exige constatar que éstas son aceptadas como tales por sus destinatarios, sino simplemente que son válidas, que se acomodan a los criterios de validez. Por otro lado, Hart es menos explícito que Kelsen respecto del carácter o naturaleza de tales criterios de validez y del tipo de operación implicada en la comprobación de que una pretendida norma jurídica se adecua a los mismos. Generalmente se refiere a criterios relativos a la forma como son establecidas o como se manifiestan las normas jurídicas, y se expresa como si la comprobación aludida consistiera simplemente en la percepción de ciertos caracteres externos de las normas.

Sin embargo, en algunas ocasiones, casi siempre al contestar a observaciones críticas, admite que los criterios de validez pueden hacer referencia al contenido de las normas. La regla de reconocimiento de un orden jurídico determinado podría incluir como criterios de validez ciertos principios morales, formulados bien de forma relativamente precisa, bien de forma genérica (por ejemplo, como exigencia de conformidad con la moralidad, o con la justicia) de manera que las normas subordinadas no se considerarían válidas si no se acomodan a tales principios. Hart matiza en algún momento que la inclusión en la regla de reconocimiento de la exigencia de conformidad de las normas subordinadas

⁵⁴ Cfr., entre otros lugares, *The Concept of Law*, cit., 103-107; 245, nota a pág. 97.

⁵⁵ Vid. el reciente libro de J. A. Ramos Pascua, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989, 181 y sigs.

con la moralidad o justicia, aunque lógicamente posible, introduciría una gran indeterminación en los criterios de validez del orden jurídico. Se cuida, además de puntualizar que la relevancia de la conformidad con ciertos principios morales para dilucidar si algunas normas pertenecen a un orden jurídico es puramente contingente: no se debe al valor per se de tales principios, a que sean correctos o aceptables, sino tan sólo al hecho, que puede darse o no, de haber sido incluidos entre los criterios de validez que establece la regla de reconocimiento de ese orden jurídico.⁵⁶

Sin duda, no debe restarse importancia a los rasgos del pensamiento de Hart a que nos hemos referido, que lo diferencian del de Kelsen (por un lado, la admisión de que, aunque se trate de algo contingente, en algunos órdenes jurídicos la conformidad con ciertos principios morales puede incluirse como parte de los criterios o requisitos a que han de ajustarse las normas para ser consideradas como normas válidas; por otro, y sobre todo, el reconocimiento de que la regla básica del sistema jurídico no puede ser calificada como válida, o no válida, lo que quiere decir que la verificación del enunciado en que se afirma su existencia requiere constatar el hecho de que es aceptada por sus destinatarios como tal regla vinculante). Sin embargo, desde el punto de vista del tema que nos ocupa, son más relevantes las semejanzas entre ambos. En este sentido conviene insistir en que Hart concibe el orden jurídico como un sistema en el que, a partir de una regla de reconocimiento, es posible identificar todas las restantes normas que lo integran comprobando que son válidas, es decir, que se adecuan a ciertos criterios de validez que pueden referirse exclusivamente a la procedencia y/o a la forma de manifestarse las normas. Es una posición más matizada, más moderada, que la kelseniana, pero que en lo sustancial sigue manteniendo los rasgos característicos de un normativismo positivista. Por ello puede dirigirse contra ella la crítica general que páginas más arriba formulábamos a propósito de la teoría de Kelsen: que se trata de una teoría que no permite una comprensión adecuada y una explicación coherente de diversos aspectos o manifestaciones de la práctica jurídica real. Precisamente algunos de los reparos de mayor envergadura formulados contra la construcción

⁵⁶ Cfr. *The Concept of Law*, cit., 97-98, 199, 205. «Lon L. Fuller ‘The Morality of Law’», en *Harvard Law Review*, 78, 1965, pág. 361 de *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, donde es reproducido y por donde citamos. «El nuevo desafío al positivismo jurídico», en *Sistema*, 36, 1980, 7-8, 14.

teórica de Hart se orientan en este sentido. Insisten en que un análisis cuidadoso de la práctica jurídica desmiente la tesis de Hart conforme a la cual es posible, a partir de la regla de reconocimiento, identificar como existentes a todas las demás normas probando que son válidas porque cumplen ciertos requisitos exclusivamente relativos a su procedencia y/ o su forma de manifestarse. Tal análisis muestra, por el contrario, que, en ocasiones, no sólo a propósito de la regla de reconocimiento sino también a propósito de otras normas, probar la verdad del enunciado en que se afirma que son normas vigentes dentro de un determinado orden jurídico requiere constatar que de hecho son aceptadas por sus destinatarios; en otras ocasiones, tal prueba implica valorar el contenido de las normas mostrando su coherencia con determinados principios políticos-morales.

4. Manifestaciones de la práctica jurídica que no explica el normativismo positivista; la teoría de Dworkin sobre los principios del derecho vigente

No es posible examinar aquí con detalle todas las manifestaciones de la práctica jurídica que se aducen como prueba contra la teoría del normativismo positivista que hemos expuesto, relativa al reconocimiento de las normas integrantes de un orden jurídico como normas válidas. Por eso me limitaré a aludir brevemente a los ejemplos más relevantes procurando agruparlos y presentarlos en una secuencia ordenada.

A) Un primer ejemplo es el que se nos ofrece en aquellas situaciones en las que se constata que los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento, o en alguna otra norma, no son efectivos, no son seguidos en la práctica. En tales situaciones nos encontramos ante un conflicto entre la validez y la efectividad de ciertas normas jurídicas.

Una forma de tal conflicto se presenta cuando una norma válidamente establecida se revela inefectiva en el sentido de que a lo largo de un período de tiempo suficientemente prolongado no es obedecida por los ciudadanos ni aplicada por los jueces. Se plantea entonces la cuestión de si puede ser considerada como existente o vigente. Se trata del problema de la *desuetudo*, de si el desuso continuado cancela la vigencia que inicialmente se podía predicar de una norma válidamente establecida.

Hart sólo toca el tema de pasada. Afirma que no hay conexión necesaria entre la validez de una norma y su efectividad, entendida como el hecho de que es más frecuentemente obedecida

que desobedecida, salvo que la propia regla de reconocimiento, como en ocasiones ocurre, incluya entre los criterios de validez la previsión de que las normas no deben considerarse válidas si hace mucho que han dejado de ser efectivas.⁵⁷ Parece inferirse que, a no ser que se dé esa previsión explícita por parte de la regla de reconocimiento, una norma establecida conforme a los criterios de validez debe de considerarse como existente aunque se haya mostrado completamente inefectiva a lo largo del tiempo. Sin embargo, esta conclusión respecto de la postura Hart parece que debiera matizarse a la luz de la siguiente consideración acerca del modo como concibe la regla de reconocimiento. Como es sabido, Hart sostiene que, aunque en ocasiones se encuentre formulada explícitamente al menos en parte, el verdadero tenor de la regla de reconocimiento, es decir, el verdadero alcance de los criterios de validez que estatuye sólo se hace patente en la práctica de los tribunales al identificar las normas que aplican.⁵⁸ Si esto es así, una norma inefectiva en el sentido aquí establecido, que no sólo no es obedecida por los ciudadanos sino que tampoco es aplicada por los jueces, habría que considerarla como inexistente porque no sería válida según los propios criterios de la regla de reconocimiento. La conclusión sería en este caso que la previsión acerca de la *desuetudo*, como inaplicación continuada de una norma por parte de los tribunales, en cuanto causa de invalidez formaría parte necesaria de la regla de reconocimiento.

Por su parte, Kelsen es más explícito. Admite claramente, al menos a partir de un determinado momento, que la *desuetudo* cancela la existencia de normas inicialmente válidas.⁵⁹ De aquí resultaría que en este tipo de conflictos entre la validez y la efectividad de las normas jurídicas, esta última primaria sobre la validez. Sin embargo, Kelsen disuelve el conflicto conforme a la lógica del normativismo mediante el expediente teórico de sostener que no sólo el orden jurídico en su conjunto sino también cualquier norma concreta pierde su validez si duraderamente deja de ser efectiva, porque la efectividad es una condición de la validez.⁶⁰

⁵⁷ Cfr. *The Concept of Law*, cit., 100, 107, 247.

⁵⁸ Cfr., entre otros lugares, *The Concept of Law*, cit., 98-99, 105, 119, 148-150.

⁵⁹ Lo admite ya, aunque con alguna vacilación, en 1945. Cfr. *TGDE*, cit., 140-141 y 144. En obras posteriores ya sin ninguna vacilación, cfr. *RR*₂, cit., 220. *ATN*, cit., 113.

⁶⁰ Desde las primeras obras en las que fue adquiriendo forma definitiva su teoría del derecho Kelsen mantuvo que la efectividad del orden jurídico como

Otra forma de presentarse el conflicto que nos ocupa es aquella que se da cuando una norma inicialmente inválida, porque ha sido establecida por personas no competentes según las previsiones de una norma anterior o con un contenido que contradice al de ésta, consigue sin embargo efectividad duradera. También en este caso hemos de preguntarnos si la norma en cuestión debe ser considerada como vigente, o no. Hart, que yo sepa, no contempla explícitamente este supuesto. Podría pensarse que su posición tendría que ser la de declarar que una norma que no se adecua a los criterios de validez establecidos no puede considerarse como existente. Sin embargo, dado el modo como concibe la regla de reconocimiento, cabe de nuevo una interpretación alternativa: puesto que la efectividad implica aplicación regular por los tribunales, si éstos aplican de forma regular una modificación en la propia regla de reconocimiento de acuerdo con la cual aquella norma debe considerarse válida.

Kelsen, a su vez, viene a reconocer que toda norma que consigue efectividad debe ser considerada como existente. Sin embargo, también en este caso elabora una doctrina tendente a mantener la lógica del normativismo, mostrando que una norma efectiva no puede estimarse inválida. A primera vista puede parecernoslo porque, a nuestro entender, contradice lo preceptuado en una norma anterior. Pero en el mundo del derecho tal

totalidad constituye una condición necesaria para que pueda ser considerado como un orden jurídico vigente. Sólo de este modo se asegura que un orden jurídico vigente es siempre un orden positivo. Por eso la constatación de esa efectividad general del orden jurídico es condición necesaria para presuponer la norma fundamental hipotética, a partir de la cual puede ya determinarse la validez (y por tanto la vigencia) de todas y cada una de las normas que lo componen. Cfr. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 94 y sigs. (cito por la reproducción por Scientia Verlag, en 1960, de la 2.^a edic. de 1928, que a su vez reproduce sin modificaciones la 1.^a edic. de 1920). *Teoría General del Estado*, 23-24 (cito por la trad. de L. Legaz, Edit. Labor, 1934, de la *Allgemeine Staatslehre*, de 1925). *RR*₁, cit., 67-72. Sin embargo, por lo que se refiere a cada una de las normas en particular, Kelsen sostuvo inicialmente que se pueden considerar vigentes si son válidas, es decir, si han sido establecidas de acuerdo con una norma anterior vigente, sin considerar como requisito necesario de tal validez la efectividad de la norma en cuestión. Sólo tardíamente (cfr. nota anterior) desarrolló la doctrina según la cual una norma inicialmente vigente, por haber sido válidamente establecida, deja de serlo si deviene inefectiva. Por último, la efectividad de cada norma la eleva a condición o requisito de su propia validez, de forma que es la propia norma fundamental la que establece que sólo pueden considerarse válidas aquellas normas que, establecidas de conformidad con lo preceptuado en otra norma anterior, no pierdan su efectividad. Cfr. «Eine 'Reakistische' und...» (1959), cit., 10. *RR*₂, cit., 212, 219.

contradicción no existe porque así lo parezca a alguien, sino sólo cuando así lo establece el órgano competente según el propio derecho. Si dicho órgano declara la contradicción y anula la norma, ésta deja de existir. Pero si la norma permanece efectiva, porque no es anulada o porque no se ha previsto un órgano competente para anularla, entonces esa norma tiene que ser considerada como una norma válida. Para ello sólo es necesario interpretar la norma anterior, con la que ha de corresponderse, del único modo correcto en este supuesto. Los preceptos de ésta relativos a la creación de normas inferiores hay que entenderlos en forma de una alternativa: tales normas pueden ser establecidas, bien como explícitamente se prescribe, bien como ha sido establecida la norma efectiva. De este modo, ésta debe ser considerada como una norma válida y el conflicto entre validez y efectividad se revela como un conflicto tan sólo aparente.⁶¹

De las consideraciones precedentes creo que puede concluirse que normas inicialmente válidas no pueden considerarse vigentes, si devienen duraderamente inefectivas, y que normas no válidas, si llegan a ser efectivas, han de considerarse vigentes. Esto significa que el enunciado conforme al cual, con la sola excepción de la norma básica del sistema, afirmar que una norma es válida quiere decir que es vigente sólo es verdadero *prima facie*, pues en los supuestos conflictivos en que los criterios de validez no son seguidos en la práctica, verificar la afirmación de que cierta norma es una norma vigente requiere constatar el hecho de que es aceptada como tal por sus destinatarios. Se impone, por tanto, la necesidad de reconocer que la capacidad del derecho para autorregular a través de una serie de criterios de validez la constatación de las normas que han de considerarse vigentes es una capacidad limitada.

Tanto la interpretación de la doctrina de Hart sobre la regla de reconocimiento como una regla que, al manifestarse en la práctica de los tribunales, puede considerarse en permanente evolución, permitiendo así considerar como válida a toda norma efectiva, como la doctrina de Kelsen, según la cual la efectividad es entendida como una condición para la validez y toda norma efectiva debe ser considerada válida conforme a una anterior debidamente interpretada, constituyen expedientes teóricos para justificar la tendencia de los juristas a representarse el orden jurídico de forma que sea posible reconstruir siempre de nuevo su coherencia interna. Pero no pueden usarse para ocultar que en ciertas ocasiones, y no sólo a propósito de la norma básica, probar

⁶¹ Cfr. *RR*₂, cit., 212-215, 271-280.

la afirmación de que una norma es vigente requiere constatar el hecho de que es aceptada, aunque ello contradiga los criterios de validez establecidos. Lo contrario significaría desarrollar un discurso normativo interno a un orden jurídico determinado, como en muchos casos hacen los cultivadores de la dogmática jurídica, pero no una teoría que pretenda dar cuenta de la realidad del derecho tal como la ve un observador imparcial.

B) El derecho consuetudinario nos ofrece otro ejemplo en que la práctica jurídica muestra que, no sólo a propósito de la regla de reconocimiento sino también de otras normas, la prueba de que se trata de normas vigentes requiere constatar el hecho social de su aceptación.

En ocasiones verificar la afirmación de que ciertas costumbres cuentan como parte de un orden jurídico vigente conduce al problema a que nos hemos referido en las páginas precedentes: el del conflicto entre la validez y la efectividad de las normas jurídicas. Tal ocurre cuando conforme a los criterios de validez establecidos no se reconoce a la costumbre como «fuente del derecho», pese a lo cual ciertas costumbres funcionan efectivamente como pautas jurídicas y los tribunales las aplican llegado el caso. Kelsen se hace cargo de esta cuestión: si la Constitución no reconoce a la costumbre, además de la legislación, como hecho creador de normas jurídicas, pero los ciudadanos se atienen a costumbres y los tribunales las aplican regularmente para resolver conflictos, entonces hay que admitir que ciertas costumbres constituyen verdaderas normas jurídicas. Sin embargo, Kelsen no reconoce que en este caso nos encontramos ante normas cuya existencia como tales se basa en el hecho de su aceptación social aunque no se acomoden a los criterios de validez establecidos, sino que de nuevo, fiel a su posición normativista, sostiene que tales normas deben ser consideradas como normas válidas. La explicación que ofrece en este sentido es la ya aludida páginas más arriba: basta con interpretar adecuadamente, en forma de una alternativa, la norma anterior de manera que sea posible considerar que en ella la costumbre es reconocida como hecho creador de normas jurídicas; sólo que en este caso la reinterpretación que es necesario llevar a cabo de la Constitución implica una reformulación de la propia norma fundamental supuesta.⁶² Este problema no se plantea como tal para Hart. Dado el modo como concibe la regla de reconocimiento, si se constata que los tribunales aplican regularmente ciertas costumbres, eso quiere decir que la regla de reconocimiento contiene un criterio de validez

⁶² Cfr. *RR*₂, cit., 229, 232-233, 238.

conforme al cual esas costumbres han de considerarse como normas jurídicas válidas.

Ahora bien, ¿cuál podría ser la formulación de tal criterio de validez? La pregunta plantea una cuestión interesante, pues nos obliga a reconocer que el criterio de validez utilizable no puede ser lo suficientemente preciso como para evitar la necesidad de constatar el hecho social de la aceptación de ciertas costumbres como prueba de la afirmación de que las mismas forman parte de un determinado orden jurídico. Supongamos, en efecto, que la Constitución, en la teoría de Kelsen, o la regla de reconocimiento, en la de Hart, contienen un criterio de validez según el cual ciertas costumbres deben ser reconocidas como normas integrantes de un determinado orden jurídico. ¿A qué rasgos o características cabe hacer referencia para identificar tales costumbres? Desde luego es posible señalar algunos, como por ejemplo, que se trate de prácticas consuetudinarias más o menos antiguas. Pero ésta y otras características similares son insuficientes para distinguir las costumbres jurídicas de otras costumbres que también posean tales caracteres externos. Si se quiere diferenciar las costumbres jurídicas de los meros hábitos sociales, parece necesario que el criterio de validez debe incorporar una indicación en el sentido de que sólo se considerarán como normas jurídicas a aquellas prácticas consuetudinarias que se observan como vinculantes u obligatorias. Pero de este modo tampoco se conseguiría identificar las costumbres jurídicas, pues también existen prácticas morales y no jurídicas. Parece, en definitiva, que el criterio de identificación que puede establecerse habría de tener una formulación parecida a la siguiente: se considerarán como normas jurídica válidas a aquellas prácticas consuetudinarias que, además de poseer tales o cuales rasgos externos, sean aceptadas y usadas en el medio social como pautas jurídicamente vinculantes. Ahora bien, un criterio de validez de un tenor tan poco preciso no parece que pueda cumplir la función para la que tendría que servir según la doctrina normativista: a saber, la de permitir identificar las normas que integran un orden jurídico sin necesidad de acudir, fuera de las propias prescripciones jurídicas, a valoraciones morales o, como ocurre en este caso, a la constatación del hecho de que las normas son aceptadas como tales por quienes han de obedecerlas o aplicarlas.⁶³

⁶³ En este sentido cfr., entre otros, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 3.^a impresión, 1981, 41-43. R. S. Summers, «Toward a better general theory of legal validity», en *Rechtstheorie*, 16. Bd. (1985), 75.

C) Finalmente hay ocasiones en que para determinar si ciertas pautas o normas pueden ser consideradas como parte de un orden jurídico vigente es preciso desarrollar una argumentación en la que se valora su contenido y en la que juegan un papel decisivo ciertas pautas político-morales vigentes en el medio social.

Tal ocurre, por ejemplo, en nuestro país a propósito de la costumbre, ya que el propio criterio de validez aplicable (CC. art. 1.º 3) establece que sólo regirán aquellas costumbres que no sean contrarias a la moral.

También puede darse esta situación a propósito del derecho legislado. Bastantes constituciones contemporáneas, entre ellas la española, contienen no sólo reglas competenciales y procedimentales, sino también preceptos sustantivos que establecen una serie de principios y derechos fundamentales. Para considerar una ley como válida y, por tanto, vigente, es necesario probar su concordancia con tales preceptos constitucionales. Ahora bien, algunos están redactados en forma tan genérica o abstracta que la prueba requerida exige desarrollar un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social, pues sólo apoyándose en ellas es posible atribuir un significado preciso a aquellos preceptos; un examen de algunos de los fallos de nuestro Tribunal Constitucional probaría cumplidamente lo que aquí se afirma.

En el derecho anglosajón cabe aludir a las normas basadas en los precedentes judiciales. Es cierto que existe una serie de criterios para decidir cuándo la norma o regla contenida en un fallo judicial precedente es vinculante para otros jueces. Sin embargo, tales criterios no son lo suficientemente precisos, claros e indiscutidos como para permitir la identificación de todas y cada una de las normas o reglas de ese tipo que forman parte del orden jurídico, constatando simplemente ciertos rasgos externos o formales de las mismas, sin entrar para nada en una valoración de su contenido. La práctica cotidiana muestra, por el contrario, que en muchos casos la valoración del contenido de la presunta norma es determinante a efectos de considerarla como una norma vigente, es decir, vinculante. Dada la vaguedad en bastantes aspectos del criterio de validez utilizable y la naturaleza de las normas basadas en decisiones judiciales precedentes, las consideraciones de los jueces sobre si la aplicación de una presunta norma daría lugar a soluciones convenientes o inconvenientes, equitativas o inicuas, moralmente aceptables o inaceptables, resultan normalmente decisivas en orden a reconocer a la norma

en cuestión como parte del derecho vigente que los propios jueces están obligados a aplicar.⁶⁴

Alguien podría argüir, en el sentido de la doctrina de Hart resumida páginas más arriba, que los ejemplos aludidos prueban únicamente el valor contingente que corresponde a las pautas y valoraciones morales en el proceso de determinación de la vigencia de las normas jurídicas. Dichas pautas y valoraciones tienen relevancia a la hora de decidir sobre la vigencia de las normas jurídicas sólo porque la propia regla de reconocimiento de los órdenes jurídicos a que se refieren los ejemplos les otorga tal relevancia. Pero éste es un hecho contingente, característico tan sólo de algunos órdenes jurídicos, que no puede servir de base para ninguna afirmación de carácter general sobre el papel de las valoraciones morales en la determinación de las normas que integran un orden jurídico vigente. Sin entrar a discutir si este tipo de defensa del normativismo positivista es aceptable respecto de los ejemplos a que me he referido, creo que resulta muy difícil de admitir cuando se utiliza en relación con los principios jurídicos como parte del derecho vigente y del papel que desempeñan las valoraciones de carácter moral en la identificación o individualización de los mismos. Como es sabido, éste es el flanco principal por el que se ha orientado la crítica de R. Dworkin a la teoría de Hart, a su idea de que se da una separación estricta entre orden jurídico y orden moral. No es posible, ni pertinente, exponer aquí con la extensión requerida la crítica del teórico norteamericano. Por ello me limitaré a esbozar el esquema de su argumentación en relación con el punto que nos ocupa.

La argumentación de Dworkin se inicia poniendo de relieve el importante papel que corresponde a los principios en la vida jurídica. Y aunque para ello se sirve de un análisis de la actividad jurisprudencial en los países anglosajones, principalmente en los Estados Unidos, hace constatar, sin embargo, que en la mayor parte de los órdenes jurídicos modernos, desarrollados, los principios permiten a los jueces cumplir su función de forma sustancialmente análoga a como la llevan a cabo los tribunales norteamericanos. Al resolver los conflictos y decidir sobre los derechos y obligaciones de las partes los jueces no utilizan únicamente reglas -leyes, normas basadas en precedentes, costumbres...-, sino también principios. El papel de éstos se muestra

⁶⁴ En este sentido cfr., entre otros, A. W. B. Simpson, «The Common Law and Legal Theory», en *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2.^a serie, Oxford, Clarendon Press, 1973, 86-88, 99. R. S. Summers, «Toward a better...», cit., 74-75.

sobre todo en aquellos casos que no tienen una solución fácil, porque no se cuenta con una regla válida que indudablemente les sea aplicable. En tales situaciones los principios se utilizan, ante todo, en la interpretación de las reglas para determinar su aplicabilidad o no aplicabilidad al caso planteado. La utilización de los cánones interpretativos para decidir, conforme a un entendimiento extensivo, que la regla es aplicable o, por el contrario, que lo correcto es la no aplicación, según una lectura restrictiva, implica el manejo de una serie de principios, tanto de principios relativos a la concreta institución en que se enmarca la regla como de principios constitucionales que permitan explicar y justificar el mayor o menor alcance que se atribuye al tipo de regla o «fuente de derecho» cuya aplicabilidad se discute. En otras ocasiones la solución del conflicto planteado sólo puede alcanzarse a través de la utilización directa de un conjunto de principios, de entre los cuales el juez tendrá que decidir, a la vista de las características del caso, cuál, o cuáles, poseen más «peso» en la formulación de la solución. Los principios, en suma, cumplen una función importante en la práctica jurídica, bien como instrumentos para determinar la aplicabilidad, o no aplicabilidad, de las reglas y, por tanto, su verdadero y concreto significado normativo, bien como pautas de las que directamente se desprende la solución de algunos conflictos.

Pese a que Dworkin aborda explícitamente la tarea de establecer una diferenciación lógica (estructural) entre principios y reglas, es poco lo que dice sobre lo que podríamos llamar la «naturaleza» de los principios. En ningún lugar, que yo sepa, ofrece un concepto de los mismos, ni tampoco una clasificación de los diversos tipos de principios actuantes en la práctica del derecho. En lugar de un concepto general ofrece ejemplos de algunos principios utilizados por los tribunales norteamericanos y señala ciertas características que atribuye genéricamente a los principios jurídicos. De entre tales características interesa aquí resaltar una, a la que se refiere al contestar a una observación crítica formulada a su doctrina:⁶⁵ los principios jurídicos se pueden caracterizar como principios morales siempre que se entienda bien el sentido con que se utiliza este término. No se quiere decir que los principios sean siempre moralmente buenos o correctos,

⁶⁵ Dworkin explicita la idea de que los principios jurídicos son formalmente principios morales, idea ya implícita en sus trabajos anteriores, al contestar a D. A. J. Richards, «Rules, Policies and Neutral Principles: the Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication», 11, *Georgie Law Review*, (1977), 1096. Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights...*, cit., 342-343.

sino que formalmente se asemejan a los principios morales por el papel justificativo que desempeñan. Los principios subyacen a las instituciones y reglas que componen un orden jurídico en cuanto nos permiten comprenderlas y explicarlas. Pero no explicarlas como las explicaría un historiador o un sociólogo, aludiendo sin más a ciertos precedentes o a ciertas fuerzas sociales que presuntamente se encuentran en el origen de las normas. Explicación aquí implica justificación. Puesto que las instituciones y reglas del derecho funcionan como fundamento inmediato para resolver situaciones litigiosas reconociendo derechos e imponiendo obligaciones, los principios a que se acuda para interpretarlas y completarlas han de ser aquellos que nos permitan dar cuenta de las mismas justificándoles, es decir, ofreciendo la mejor justificación posible de la solución del litigio a que dan lugar. En este sentido se puede decir que los principios del derecho son (o funcionan como) principios morales.

Para Dworkin no cabe duda de que los principios deben ser considerados como parte integrante del derecho, del orden jurídico vigente. Ciertamente en algunas ocasiones puede ser discutible si un determinado principio pertenece o no a un orden jurídico, o si es aplicable a un caso o posee respecto del mismo más fuerza o menos que otros principios, hasta el punto de que personas sensatas e informadas pueden sustentar sobre ello opiniones diferentes. Pero esto no constituye razón suficiente para situarlos fuera del derecho como pautas metajurídicas. Dada la importante función que cumplen en la práctica jurídica, no hay razón, salvo que se parta de una delimitación estipulativa de lo jurídico, para negar que los principios forman parte del derecho vigente al que los jueces están vinculados. De hecho las decisiones judiciales que no los aplican, o que aplican a un caso principios no pertinentes, se consideran incorrectas y son criticadas y revocadas.

Ahora bien, si los principios forman parte del derecho, ¿cuáles son los que pueden considerarse como pertenecientes a un determinado orden jurídico? ¿De qué criterio podemos servirnos para decidirlo? Con esta pregunta se formula la cuestión a propósito de la cual se manifiesta de la forma más clara la discrepancia con Hart, ya que Dworkin, al mismo tiempo que sostiene que tal criterio existe, sostiene también que se trata de un criterio que no entra dentro de la clase de los criterios de validez que integran la regla de reconocimiento. En efecto, como se expuso más arriba, Hart considera que, salvo variaciones estrictamente contingentes, esta regla básica contiene únicamente criterios relativos a la procedencia y/o a la forma de las normas, pero no a

su contenido, a su concordancia con pautas de naturaleza política o moral. Por el contrario, la aplicación del criterio a que alude Dworkin para dilucidar qué principios son aplicables como parte del derecho vigente implica en muchas ocasiones un proceso valorativo en el que entran en juego pautas de esa naturaleza.

Dworkin sostiene que cabe considerar como parte de un orden jurídico a todos aquellos principios que son congruentes con las reglas e instituciones que explicita e indudablemente pertenecen al mismo, aquellos que nos permiten explicarlas y justificarlas, aquellos, en suma, que cuentan con suficiente «apoyo institucional». En ocasiones siguiendo este criterio resultará relativamente fácil determinar que ciertos principios forman parte del orden jurídico porque se encuentran formulados con mayor o menor precisión en el texto de las normas constitucionales, o de otras normas, en el preámbulo de disposiciones normativas, en las discusiones parlamentarias previas a la aprobación de una norma, o porque han sido ya aplicadas por los jueces de forma reiterada en la solución de casos previos, etc. Sin embargo, en otras muchas ocasiones no se contará con el apoyo de datos como los que acabamos de mencionar, y la prueba de que cierto principio pertenece al derecho vigente y puede aplicarse en la resolución de un caso puede resultar compleja y difícil. En la práctica la cuestión se planteará cuando nos enfrentemos a un caso difícil para cuya solución se discute si es aplicable esta o la otra regla, o no es aplicable ninguna de las que a primera vista parecen serlo. En esta situación será necesario echar mano de principios, y serán aplicables todos aquellos que sean congruentes con las reglas que se toman en consideración, aquellos que las explican y justifican. Ahora bien, probar que un principio es congruente en el sentido indicado implica un proceso discursivo orientado a mostrar que, a partir del mismo, es posible formular la interpretación más convincente de la regla de que se trate, a la luz de las convicciones políticas y morales vigentes en la sociedad que se considera que están en la base de dicha regla.

Por otro lado, en este tipo de situaciones la discusión sobre la interpretación más correcta de una regla remite normalmente a un contexto más amplio en el que se toman en cuenta otras reglas, conectadas sistemáticamente con la primera y, sobre todo, las disposiciones constitucionales relativas al fundamento y las limitaciones de la «instancia normativa» de la que emana la regla cuyo tenor se discute. Ahora bien, establecer en una situación polémica cuál es el significado preciso de ese conjunto de reglas y disposiciones requiere, a su vez, la utilización de principios

que permitan defender la interpretación que se ofrece como la más correcta desde el trasfondo de tradiciones y convicciones morales de la comunidad que les sirve de fundamento. De manera que la discusión sobre si un determinado principio cuenta como parte del derecho vigente ha de sustanciarse en una argumentación orientada a probar que puede integrarse coherentemente dentro de un conjunto más amplio de principios capaces de ofrecer una explicación de las reglas de dicho derecho y una justificación de las mismas en conexión con las valoraciones morales socialmente vigentes. Expresado en términos generales, y según la formulación del propio Dworkin, el criterio para determinar qué principios forman parte de un orden jurídico vigente puede enunciarse del siguiente modo: un principio pertenece a un orden jurídico si figura en la teoría o concepción del derecho más sólida, o mejor fundada, que pueda formularse como justificación de las reglas sustantivas e institucionales que explícitamente integran dicho orden jurídico. Se trata, como resulta claro, de un criterio de naturaleza distinta a la que es propia de los criterios de validez que, según Hart, integran la regla de reconocimiento. Pues no es un criterio que pueda aplicarse mecánicamente para identificar los principios mediante la mera constatación de hechos, rasgos formales y concordancias lógicas. Por el contrario, su puesta en práctica supone el desarrollo de un proceso argumentativo en el que juegan un papel determinante pautas y valoraciones integrantes de la moral institucional de la comunidad, con lo que la estricta separación entre lo jurídico y lo moral a la hora de determinar qué cuenta como derecho vigente no resulta sostenible.⁶⁶

Se comprende fácilmente que estas ideas de Dworkin, que suponen un fuerte ataque a la concepción del orden jurídico de Hart, hayan suscitado una amplia polémica.⁶⁷ Por lo que se refiere al asunto concreto que a nosotros nos ocupa, las reacciones

⁶⁶ En diversos lugares Dworkin expone el procedimiento que permite determinar si un principio cuenta como parte del derecho vigente que debe aplicar un juez al resolver un caso, y en algunas ocasiones subraya expresamente que tal procedimiento no es asimilable a la aplicación de un criterio de validez del tipo de los que integran la regla de reconocimiento tal como la entiende Hart. Cfr., entre otros lugares, *Taking Rights...*, cit., 40-44, 64-68, 106-118, 340-342. «A Reply by Ronald Dworkin», en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, 1984, 254. *A Matter of Principle*, Harvard Univ. Press, 1985, 143, 158 y sigs. *Law's Empire*, Harvard Univ. Press, 1986, 227 y sigs., 239, 249-250.

⁶⁷ Vid. información en la obra, ya citada, de J. A. Ramos Pascua, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, 209 y sigs.

orientadas a defender el núcleo de la concepción hartiana -en cuanto concepción positivista- han seguido dos direcciones principales. Conforme a una de ellas los principios que no son fácilmente identificables a partir de los criterios de validez integrados en la regla de reconocimiento no formarían parte del derecho, aunque sean utilizados en la práctica judicial; serían más bien pautas extrajurídicas a las que pueden recurrir los jueces para resolver discrecionalmente aquellos casos no previstos en las normas propiamente jurídicas⁶⁸. No parece que ésta sea una solución defendible, salvo que se mantenga un concepto de derecho estipulativamente fijado, que no alcanza a dar cuenta de elementos que juegan un papel no despreciable dentro de la práctica jurídica. Según otra dirección no se niega que los principios constituyan pautas propiamente jurídicas, sino que se intenta defender la idea de la regla de reconocimiento haciendo ver que ésta podría contener un criterio de validez a partir del cual sería posible identificarlos como parte del derecho vigente. Se recuerdan en este sentido diversos lugares de la obra de Hart en que éste advierte que la regla de reconocimiento puede ser compleja, e incorporar criterios de validez menos simples que aquellos a los que él alude normalmente a título de ejemplo. Recogiendo esta sugerencia algunos autores han apuntado que el criterio aplicable podría ser uno que estableciera que se considerarían como principios jurídicos aquellos que se encuentran implícitos en la tradición y en la práctica Judicial del orden jurídico de que se trate, o aquellos que cuentan con suficiente apoyo institucional. Ahora bien, el propio Dworkin ha puesto de manifiesto que un criterio de validez de este tenor no salvaría la intención fundamental de la teoría de Hart, ya que sólo ofrece una indicación muy vaga o abstracta cuya concreción en la práctica, como se ha indicado más arriba, conduciría, más allá de meras cuestiones de hecho, a un proceso argumentativo en el que son inevitables las valoraciones político-morales.⁶⁹

⁶⁸ Además del propio Hart (cfr. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., 7, 106-107, 156), cfr., entre otros, G. R. Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, 66-67. H. J. M. Boukerna, «Hard Theories and Hard Cases. A Refutation of R. Dworkin's Attack on Legal Positivism», en *ARSP*, 65, 1979, 264.

⁶⁹ Cfr., entre otros, R. Sartorius, «Social Policy and Judicial Legislation», en *American Philosophical Quarterly*, 8 (1971), 155-156. D. A. J. Richards, «Rules, Policies and Neutral Principles...», cit., 1095-1096.

5. Conclusión

De lo expuesto hasta aquí creo que puede derivarse la conclusión de que es necesaria, y está por elaborar, una teoría sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas -y sobre los diversos modos de dilucidar qué normas integran un orden jurídico vigente- que haga plena justicia a la práctica jurídica real de modo que ningún aspecto de la misma quede oscurecido o ignorado. Pues a estas alturas de la exposición se confirma, a mi entender, la valoración avanzada al comienzo: que las teorías que hemos analizado han contribuido decisivamente a poner al descubierto los distintos aspectos del problema y han propuesto soluciones bien articuladas y atrayentes; pero que tomada cada una por separado, resultan ser teorías parciales, construidas en cada caso a partir de un concepto de derecho que, determinado por ciertas premisas epistemológicas o de otra índole, no permite explicar cumplidamente la práctica jurídica.

En este sentido es una teoría parcial la del normativismo riguroso que concibe al derecho como un sistema en el que, a partir de una norma básica, es posible determinar cuáles son todas y cada una de las pautas y reglas que lo integran sin más que aplicar los criterios de validez establecidos por el propio derecho sin que sea necesario tener en cuenta el hecho de la aceptación social de dichas pautas y reglas. Pero tampoco es aceptable el realismo de aquellos autores para los que la afirmación de que una norma existe como parte del derecho vigente sólo puede considerarse verdadera si se prueba en cada caso que la norma en cuestión es efectivamente aplicada, o que es verosímil la predicción de que será aplicada por los tribunales. Esta teoría desatiende el dato característico de que, debido al carácter institucional del orden jurídico, en un conjunto central de casos es posible considerar *prima facie* como vigentes a aquellas normas que reúnen ciertos requisitos establecidos en otras, es decir, que son válidas, y que este juicio normalmente resulta definitivo.

Por otro lado, frente al positivismo estricto Dworkin ha puesto de relieve que en ciertos casos la determinación de si estas o las otras pautas forman parte del derecho vigente y, en consecuencia, son aplicables en la resolución de un conflicto, requiere de un proceso argumentativo en el que juega un papel decisivo el conjunto de convicciones morales vigentes que sustentan a las instituciones jurídicas. Según esto la separación tajante entre orden jurídico y orden moral, entre el derecho vigente en un medio social y las convicciones político-morales predominantes en ese mismo medio, no resulta sostenible. Hasta aquí, en cuanto crítica

del positivismo de estricta observancia, la argumentación de Dworkin me parece convincente. Creo, sin embargo, que no ha conseguido elaborar una teoría alternativa, suficientemente completa y articulada, sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas, ni tampoco un concepto de derecho suficientemente definido para enfrentarlo al que combate.

En ocasiones rechaza tajantemente la teoría que denomina del *derecho existente*, aquella que concibe el derecho como un sistema de reglas, o de reglas y principios, ya dados y que pueden ser exhaustivamente identificados y catalogados de manera que el orden jurídico quedaría perfectamente definido y diferenciado de cualquier otro orden normativo. Frente a este enfoque subraya que una teoría atenta a la práctica debe buscar la naturaleza del derecho en la actividad cotidiana de los tribunales al reconocer derechos e imponer obligaciones a las personas procurando hacer justicia, aunque a veces resulte controvertible lo que exige la justicia; y añade que, desde esta perspectiva, cualquier principio de la moralidad vigente en la comunidad puede llegar a ser un principio jurídico, es decir, un principio aplicable por los jueces.⁷⁰ Podría parecer, según esto, que Dworkin suscribe una especie de realismo moralista, cercano al iusnaturalismo clásico, para el que la frontera entre derecho y moral se difumina. Sin embargo, en otras ocasiones rechaza expresamente que su doctrina sea catalogada como iusnaturalista y subraya que es erróneo sostener que en filosofía jurídica sólo cabe ser o positivista o iusnaturalista. En este sentido, afirma que, aunque en muchas ocasiones la resolución de cuestiones jurídicas requiere apelar a pautas morales, no siempre lo que es derecho coincide con lo que se considera moralmente correcto, o más justo, pues es necesario atenerse a los datos institucionales, a las reglas indiscutiblemente válidas, y los principios a los que cabe recurrir han de ser congruentes con dichas instituciones y dichas reglas.⁷¹ En suma, la obra de Dworkin está llena de esbozos y sugerencias que apuntan hacia una teoría del derecho que pretende conjugar dos ideas. Por un lado, la idea de que el derecho constituye un cierto sistema, ya que supone la institucionalización de ciertas autoridades y cauces de manifestación de reglas para decidir sobre lo lícito y lo ilícito, sobre los derechos y deberes de los ciudadanos, sin que la vinculación a tales reglas requiera probar en

⁷⁰ Cfr., entre otros lugares, *Taking Rights...*, cit., 293, 337-338, 343-344. *Law's Empire*, cit., 413.

⁷¹ Cfr., entre otros lugares, *Taking Rights...*, cit., 326-327, 339, 341-342. *Law's Empire*, cit., 400-403.

cada caso su moralidad. Por otro, la idea de que, a diferencia de otros sistemas normativos, el derecho, por el tipo de cuestiones que regula, no puede constituirse ni funcionar como un ámbito netamente distinto y separado del mundo de la vida social cotidiana y de las pautas y valoraciones que lo estructuran, de manera que las convicciones dominantes acerca de lo conveniente y lo inconveniente, lo justo y lo injusto, influyen insoslayablemente en la práctica jurídica. Sin embargo, como decía líneas más arriba, creo que Dworkin no ha conseguido hasta ahora movilizar un arsenal de categorías y conceptos, disponiéndolos de modo que resulten suficientes y suficientemente definidos en orden a responder al conjunto de problemas que requeriría ser abordado y resuelto para que su pensamiento pueda presentarse como una teoría alternativa a la teoría positivista que combate.⁷²

⁷² Una observación similar formula Hart a propósito del pensamiento de Dworkin en el vol. *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 36-40. Para una reciente interpretación del pensamiento de Dworkin, vid. C. Bittner, *Recht als interpretative Praxis (Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts)*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.