

CAPÍTULO VIII

LA VALIDEZ JURÍDICA

1. Su naturaleza.....	187
2. Validez sistemática.....	192
3. Enunciados desde un punto de vista.....	196
4. Validez y positivismo	201

CAPÍTULO VIII

LA VALIDEZ JURÍDICA*

1. *Su naturaleza*

Normas,^a órdenes, contratos, testamentos, compra-ventas, matrimonios y muchas otras cosas pueden ser jurídicamente válidas o inválidas.¹ La siguiente explicación se limitará a la validez jurídica de normas, pero muchas de sus conclusiones se aplican con igual fuerza a otros casos de validez jurídica.

Una norma que no es jurídicamente válida no es en absoluto una norma jurídica. Una disposición jurídica (*a law*) válida es una disposición jurídica, una disposición jurídica inválida, no lo es. Similarmente, una norma válida es una norma y una norma inválida no es en absoluto norma. Este último punto es discutible. Muchos sostienen que una norma inválida es una norma que no posee la propiedad de ser válida (¿acaso posee la propiedad de ser inválida?). Esta concepción es particularmente apropiada si las normas se identifican con proposiciones o enunciados o algunos análogos normativos de ellos, *e.g.* imperativos, prescripciones, o proposiciones deónticas. Dentro de este punto de vista una norma jurídicamente obligatoria tal como 'los padres tienen que mantener a sus hijos'

* Publicado anteriormente en *Archiv für Rechts-und Sozial philosophie*, Bd. LXIII/3, 1977, pp. 339-353.

^a Si en alguna ocasión hemos traducido '*rule*' como 'disposición jurídica' ahí donde ocurría como sinónimo de '*a law*', en este caso hemos preferido traducirlo como 'norma'. De esta forma resultan más claras las explicaciones del autor. N.T.

¹ ¿Son todas las normas jurídicamente válidas o jurídicamente inválidas? Voy a asumir que sí. Las normas anulables son frecuentemente válidas, hasta que son anuladas —lo que es una forma especial de derogación—. Algunas veces, al ser anuladas, estas normas son derogadas retroactivamente. En otras ocasiones, algunas de sus consecuencias son mantenidas para proteger los intereses de las personas que habían confiado en ellas, de buena fe o por otras razones. Pienso que es mejor considerar todas estas consecuencias como resultado de la operación de algunas otras normas las cuales se aplican a alguno de los casos de esta especial derogación por vía de anulabilidad.

es una proposición deóntica la cual es aceptada o respaldada dentro de un cierto sistema jurídico. El respaldo a una proposición deóntica (o a imperativos —en diferentes teorías—) se concibe de alguna manera, como análogo a creer, con respecto a proposiciones ordinarias.

No quiero negar que las personas (aunque, quizás, no los estados u otras organizaciones) pueden tener actitudes hacia las proposiciones deónticas o hacia los imperativos las cuales son análogas a creer, si no idénticas. Sin embargo, todo esto no tiene nada que ver con las normas. Las normas, no las proposiciones, son razones para actuar ('lo hice en virtud de la norma que prohíbe esto y aquello', pero no 'lo hice en virtud de una proposición deóntica —o del imperativo— de que esto y aquello').² Las normas, no las proposiciones ni los imperativos, pueden ser razones para creer o apoyos de algunas proposiciones o imperativos ('creo que debo mantener a mi madre en virtud de la norma —pero no en virtud de la proposición deóntica— de que los hijos deben respetar a sus padres').

Tales consideraciones sobre el papel de las normas como razones pueden sugerir que las normas, aunque no las proposiciones ni los imperativos, son hechos, puesto que los hechos son razones tanto para la acción como para creer. La existencia de una norma es, indiscutiblemente, un hecho. Podemos decir 'es un hecho que existe una norma que...' y si tal enunciado es verdadero, entonces es un hecho de que tal norma existe. Sin embargo, aun cuando cada enunciado deóntico verdadero o justificado enuncia un hecho^b ('el hecho de que uno debe ϕ -r, etcétera'), no se sigue que todo enunciado de este tipo sea un enunciado de una norma. Por el contrario, es claro que esto no es el caso. Considérense los tres enunciados siguientes: (1) todos deben de mantener sus promesas. (2) Las mujeres deben mantener sus promesas. (3) Juan debe darme cinco libras (puesto que lo prometió). Es claro que únicamente el primer enunciado enuncia una norma. (Estoy asumiendo que los tres son verdaderos, correctos o justificados.) Los otros dos son verdaderos en virtud de la norma enunciada por el

² Estrictamente hablando no es la norma sino el hecho de que ésta exista, *i.e.*, de que sea válida, lo que constituye una razón.

^b Aun cuando la expresión más apropiada para traducir '*...states a fact*' sería '*...establece un hecho*', hemos preferido la expresión: '*... enuncia un hecho*' puesto que el uso de '*establecer*' podría entenderse como un acto de creación normativa (o su resultado), lo que no es el caso, N.T.

primero. Estos últimos por sí mismos, no afirman normas; aplican una norma a situaciones generales o concretas.

No es parte de mi intención explicar aquí por qué algunos enunciados afirman normas y otros no.³ Para nuestro propósito podemos confiar en nuestras intuiciones lingüísticas, las cuales nos dicen que únicamente a algunos enunciados deónticos podemos anteponerles 'es una norma que', manteniendo el valor de verdad de la oración.⁴ Sobre la manera de aplicar esa distinción posiblemente en el caso del derecho disponemos de una más clara situación que cuando tratamos con algunos otros tipos de normas. La razón es que las disposiciones jurídicas son, normalmente, producto de actos *autoritativos* (ya sea de creación legislativa o judicial). Por ello sentimos, en última instancia, que los enunciados que describen cuidadosamente el producto de uno o más actos *autoritativos* tienen mejor derecho para ser considerados enunciados de una norma que aquellos que aplican la norma a circunstancias particulares. Este criterio no se aplica a normas no institucionalizadas tales como las normas morales o consuetudinarias, donde diferentes consideraciones realizan un papel similar.

Las normas, por tanto, no son enunciados ni prescripciones, aun menos prescripciones o enunciados justificados o verdaderos. Las normas son cosas cuyo contenido es descrito por algún enunciado normativo y tales enunciados son verdaderos si las normas existen, *i.e.* si son válidas; y no son verdaderos si las normas no existen, *i.e.* si no son válidas. De ahí se sigue nuestra observación original de que una norma inválida no es una norma: una piedra no existente no es una piedra, aunque podamos hablar de tales piedras y des-

³ En mi libro *Practical Reason and Norms*, en el capítulo II, sostengo que no todos los enunciados de razones para actuar son enunciados de normas, en base a que las normas juegan un papel especial en el razonamiento práctico, papel que es significativamente diferente del de las razones ordinarias. Mi presente argumento tiene mejor alcance e implica que no todo enunciado de razón basado en una norma es un enunciado de una norma. La explicación de esta distinción es la función de la doctrina de la individuación de normas. He delineado una doctrina de la individuación de las normas jurídicas en *The Concept of a Legal System*, pero sus conclusiones no pueden ser extendidas a otras normas. [El autor se refiere a la edición de 1970 de *The Concept of a Legal System*; sin embargo, en la edición de 1980, esto es, posterior a la aparición de este libro, el autor agregó un apéndice (*Postscript*): *Fuentes, normatividad e individuación*, en el cual varias de sus tesis sobre la individuación son reformuladas.]

⁴ Cuando se habla del derecho el operador relevante es 'existe una disposición jurídica que' —y no 'el derecho es que'.

cribir alguna de sus propiedades, como lo podemos hacer de las normas inválidas.

Tales observaciones pueden conducirnos a concluir que explicar lo que es la validez jurídica equivale, ni más ni menos, a explicar lo que es derecho. Esto, sin embargo, es un error. La naturaleza del derecho se explica, primordialmente, al explicar qué son los sistemas jurídicos. La validez, por el otro lado, se refiere a las normas del sistema. Si podemos decir del sistema mismo que éste es válido, es sólo en el sentido de que sus normas son válidas.⁵ Pero, ahora, otra proposición puede, a su vez, sugerirse. Puesto que es claro que un sistema jurídico consiste de normas jurídicas válidas⁶ ¿no podría ser acaso que la validez jurídica significara simplemente membresía a un sistema jurídico? Cuando preguntamos por la naturaleza de la validez jurídica preguntamos, siguiendo esta sugerencia, por los criterios de membresía a un sistema jurídico.

No obstante su atractivo inicial, esta sugerencia, sin embargo, tiene que ser rechazada. Aun si asumimos que 'jurídicamente válido de conformidad al sistema *S*' y 'una disposición jurídica del sistema *S*' son necesariamente coextensivas, no podemos concluir que signifiquen lo mismo. La cuestión es: ¿qué es una razón para qué? ¿Una norma es parte del sistema porque es válida o es válida porque es parte del sistema? Parece intuitivamente claro que hay dos diferentes respuestas a estas cuestiones. Aquellos que quieren explicar la validez como membresía a un sistema sostendrán, presumiblemente, que, no obstante nuestras intuiciones, los dos términos son idénticos en significado y ambas cuestiones deben ser contestadas negativamente. Esto es erróneo aunque únicamente lo sea por la simple razón de que no toda norma jurídicamente válida es parte del sistema jurídico conforme al cual es válida.

Por supuesto, es bien conocido que la mayoría de los sistemas jurídicos reconoce y aplica muchas normas que no son parte del

⁵ O bien que son sistemáticamente válidas, es decir, válidas en virtud de que pertenecen a tal sistema. Véase *infra* inciso 2 de este capítulo.

⁶ Aquí y en todo el capítulo, uso 'normas' ('rules') incluyendo principios y todos los otros tipos de normas aun las disposiciones jurídicas no normativas. [Aquellas disposiciones jurídicas que, aunque no regulan el comportamiento humano directamente, afectan el alcance y existencia de las normas propiamente dichas, un ejemplo de estas disposiciones no normativas podría ser, según el autor, una norma derogatoria. N.T.] Por otro lado, estoy considerando en este capítulo únicamente sistemas jurídicos momentáneos. (Cfr. *supra*, capítulo 1). Pequeños ajustes obvios son necesarios para que las conclusiones se apliquen a sistemas jurídicos no momentáneos.

sistema. Las normas del derecho internacional privado de un sistema jurídico *S* son disposiciones jurídicas que establecen las condiciones bajo las cuales disposiciones jurídicas extranjeras deben ser tenidas por jurídicamente válidas de conformidad a *S*. Los sistemas jurídicos frecuentemente reconocen el derecho de varios grupos religiosos para regular ciertos aspectos de la vida de sus miembros de acuerdo a sus disposiciones religiosas. Reconocen el derecho de varios grupos étnicos o tribales a gobernarse, en ciertos aspectos, por sus costumbres.

Asimismo, reconocen el derecho de asociaciones voluntarias para crear normas que regulen algunas actividades de sus propios miembros. En todos estos casos las normas reconocidas y aplicadas en *S* son jurídicamente válidas de conformidad a *S*, pero no son, por ello, parte del sistema jurídico *S*.⁷

Puesto que validez conforme a derecho es más amplio que membrecía a un sistema jurídico, ya que aunque todas las disposiciones jurídicas son jurídicamente válidas, no toda norma jurídicamente válida es una disposición jurídica del sistema, es claro que la noción de membrecía a un sistema jurídico no puede explicar completamente la validez jurídica. Las dos nociones, aunque relacionadas, son parcialmente independientes una de la otra.

El mejor camino para el entendimiento de 'jurídicamente válido' es atendiendo al hecho de que se usa de manera intercambiable con 'jurídicamente obligatorio'.⁸ Una norma válida es la que tiene efectos normativos. Una norma jurídicamente válida es la que tiene efectos jurídicos.⁹ Para evitar malentendidos tales enunciados deberían, quizá, ser complementados de forma a decir: una norma jurídicamente válida es aquella que tiene en derecho los efectos normativos que pretende tener. Si hay una norma jurídica cuyo propósito sea imponer una obligación a *X*, entonces *X* está bajo tal obligación en virtud de que la norma es una norma jurídica. Si hay una norma cuyo propósito sea conferir un derecho

⁷ Para una más amplia explicación al respecto véase mi *Practical Reason and Norms*, *cit.*, pp. 152-154.

⁸ Fuera del derecho, 'obligatorio' ('binding') se usa más extensamente que 'válido'. Hablamos, por ejemplo, de normas morales obligatorias más que de normas morales válidas; de promesas obligatorias, no de promesas válidas. Usaré, 'válido' en el sentido de ser intercambiable con 'obligatorio' y el análisis ofrecido está hecho para aplicarse a ambos. La diferencia entre 'obligatorio' y 'válido' en todos estos contextos no afecta su significado normativo.

⁹ En cuanto a la fuerza precisa de 'jurídicamente' en tales contextos, véase el final del siguiente inciso.

o facultad a *Y*, entonces *Y* tiene tal derecho o facultad en virtud del hecho de que la norma es una norma jurídica.

Es evidente que esta concepción de la naturaleza de la validez de las normas puede fácilmente extenderse para explicar la validez de contratos, compra-ventas, testamentos, matrimonios, etcétera. Todos son válidos si, y sólo si, tienen las consecuencias normativas que pretenden obtener.

A aquellos familiarizados con la obra de Kelsen, les será claro que hasta aquí, no es, sino simplemente adaptado y explicado, la noción kelseniana de validez. Kelsen identifica la validez de las normas con su existencia y afirma que decir de una norma que es válida es decir que debe ser obedecida. He tratado simplemente de explicar y generalizar esto diciendo que el hecho de que una norma sea válida significa que tiene las consecuencias normativas que pretende tener. Pero tan pronto uno afirma este punto de vista, sus dificultades inherentes aparecen.

En el viejo debate entre iusnaturalistas y positivistas, los primeros adoptaron la concepción de que 'una norma válida' significa una norma justificada, una norma que uno está justificando, verdaderamente requerido, a observar y respaldar. Los positivistas, por otro lado, tradicionalmente sostienen que la validez o, al menos, la validez jurídica de una norma, significa no su justificación sino que ésta es reconocida como aplicable por los criterios establecidos en un sistema jurídico eficaz, una norma que, de hecho, es obedecida, con independencia de si debe serlo o no. Al seguir a Kelsen hemos adoptado la concepción del derecho natural sobre el significado de 'validez'. Esto plantea dos cuestiones: ¿Cómo podría reconciliarse tal concepción con el hecho de que el derecho regula su propia validez, es decir de que puede, y efectivamente establece, criterios sociales y fácticos de validez completamente diferentes a aquellos que determinan la validez de las normas morales? En segundo lugar: ¿Cómo puede ser que al afirmar lo que es derecho no estemos respaldando su mérito moral?

2. *Validez sistemática*

Parece razonable identificar la validez moral de las normas con su justificación e identificar la justificación con la existencia de una norma moral. La validez moral es presumiblemente estable-

cida por argumento y la forma de argumentar que una norma es moralmente obligatoria o válida es mostrando que está justificada, que los requerimientos y restricciones que impone deben ser observados. Aquí validez y justificación parecen particularmente cercanos. Pero el derecho es diferente. La validez jurídica de una norma es establecida no por argumentos sobre su valor y justificación, sino, más bien, mostrando que se conforma a criterios de validez establecidos por algunas otras normas del sistema, las cuales pueden ser llamadas reglas de reconocimiento.⁹ Tales criterios se refieren normalmente a la forma en que la norma fue legislada o establecida por la autoridad judicial. La validez jurídica de las reglas de reconocimiento es determinada de forma similar, excepto la validez de las últimas reglas de reconocimiento la cual es cuestión de hechos sociales, es decir, las reglas últimas de reconocimiento que son obligatorias son aquellas que son efectivamente practicadas y seguidas por los tribunales.¹⁰ Para entender cómo el carácter social y fáctico del derecho puede ser reconciliado con la idea de validez como justificación, tenemos que considerar el sentido en el cual el derecho es un sistema *social*.

Existe un sentido obvio por el cual el derecho es social. Un sistema jurídico puede estar en vigor en una cierta comunidad o puede no estarlo. Está en vigor si es efectivamente seguido, observado y aplicado dentro de la comunidad. Para nuestro propósito, no es pertinente construir aquí un criterio para determinar cuándo se encuentra en vigor en una cierta comunidad un sistema jurídico. Es suficiente con que todos acepten que su vigencia es resultado de la eficacia del derecho en tal sociedad. Sin embargo, como quiera que esta consideración funcione, lo mismo es verdad para las normas morales. Estas pueden ser observadas, seguidas y aplicadas por una cierta comunidad (y no quiero decir que sean aplicadas jurídicamente), o bien pueden ser ignoradas y violadas con mayor frecuencia de lo que no lo son. El criterio preciso

⁹ No obstante que hemos traducido 'rule' por 'norma', hemos conservado la expresión 'regla' en 'regla de reconocimiento' por ser ésta el nombre de una muy conocida doctrina de Hart a la que aquí se alude. N.T.

¹⁰ Sigo aquí la doctrina de Hart de la regla de reconocimiento en forma un poco modificada. Véase Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 92-107 (Cfr. *El concepto de derecho*, cit., pp. 117-137) y mi artículo 'Legal Principles and The Limits of Law', en *Yale Law Journal*, vol. 81, núm. 5, 1972, pp. 823-854. Véase también, el capítulo IV como un intento de conciliación entre las tesis de Kelsen y Hart sobre las normas jurídicas últimas.

para la vigencia del derecho difiere de aquel por el cual juzgamos si un cierto código moral es el código moral de una comunidad, por una cuestión: la moral, a diferencia del derecho, no reposa en instituciones legislativas y judiciales. Pero, en esencia, así como podemos hablar de las disposiciones jurídicas de Inglaterra o Alemania, igualmente podemos hablar de la moral de los ingleses o de los alemanes y los criterios, en cualquiera de los casos, son criterios de la eficacia social de las normas.

Hay, sin embargo, una segunda manera en la que el derecho es un hecho social. Todas las disposiciones jurídicas tienen una fuente. La validez de toda disposición jurídica está condicionada por la existencia de ciertos hechos: ciertos actos del parlamento o de un ministro o de un consejo municipal, ciertas decisiones de los tribunales, un patrón general de comportamiento del grueso de la población que da cuenta de la existencia de una costumbre, etcétera. Estos son hechos creadores de derecho. La existencia de toda disposición jurídica depende, también, de la no existencia de hechos derogatorios de derecho. "El derecho regula su propia creación", dice Kelsen. El propio derecho determina qué actos crean disposiciones jurídicas y qué actos las abrogan.

La concepción del derecho como un hecho social, como un método de organización y regulación de la vida social, se mantiene o cae con las dos tesis mencionadas. En su núcleo yacen las tesis: (1) que la existencia de un sistema jurídico es una función de su eficacia social, y (2) que toda disposición jurídica tiene una fuente. La importancia obvia de la primera tesis no debe oscurecer la igual importancia de la segunda. Esta última es vital para la concepción del derecho, ya que, por sí sola, puede garantizar que el contenido del derecho pueda ser determinado en forma objetiva y valorativamente neutra. Ahora bien, puesto que la validez de una disposición jurídica depende de su fuente, y dado que la fuente es una acción o una serie de acciones, las dudas y discusiones sobre la validez de las disposiciones jurídicas giran alrededor de cuestiones fácticas, alrededor de cuestiones susceptibles de determinación objetiva a las cuales las opiniones morales o políticas de uno son esencialmente irrelevantes.

Explicar la función e importancia de la tesis de las fuentes no ayuda, sin embargo, a reconciliarla con la concepción de la validez como justificación. No puede afirmarse que la visión justificativa de la validez implique la tesis de las fuentes. Pero es claro que

las dos son compatibles. Cuando se considera la validez de una disposición jurídica como tal uno considera aquellas razones para adherirse a la norma las cuales dependen de que ésta sea una disposición jurídica, *i.e.* de que sea parte de un sistema jurídico en vigor en cierta comunidad. La validez jurídica de las disposiciones que prohíben el robo no reposan en argumentos referidos al derecho a la propiedad y a lo malo que es infringirlo. Reposan en la necesidad de tener derecho efectivo y la autoridad justificada de aquellos que lo crean.

Permítasenos distinguir entre la validez de una disposición o una norma que significa que ésta debe ser obedecida por una u otra razón y su validez sistemática como disposición jurídica, en tanto norma jurídica, que significa que ésta debe ser obedecida en virtud de que es parte de un sistema que se encuentra en vigor en el país respectivo. Mientras que la validez directa (*i.e.* no sistemática) de una norma ve hacia los fines y valores que ésta sirve o daña, su validez jurídica, sistemática, depende del hecho de que ésta pertenece a un sistema jurídico dado y que, como tal, está justificada. De ahí que probar que el derecho descansa en una fuente que es reconocida por el sistema es parte esencial del argumento para su validez jurídica, tal y como, precisamente, esperábamos que fuera. Que la validez dependa de fuentes fácticas no es único al derecho. Un hijo debe obedecer los mandatos de sus padres. Sus mandatos dirigidos a él son válidos. Algunos son directamente válidos, en ocasiones hay buenas razones para comportarse como se le ordena. Sin embargo, independientemente de si ése es o no el caso, todos los mandatos de los padres son válidos sistemáticamente, *i.e.*, válidos en virtud de que son emitidos por una autoridad legítima, porque tienen una fuente y porque hay razones para seguir las órdenes emanadas de tal fuente.

Para concluir; una norma de derecho es válida si, y sólo si, tiene las consecuencias normativas que pretende tener. Es jurídicamente válida si, y sólo si, es válida en virtud de que pertenece a un sistema jurídico en vigor en un cierto país o es aplicable en él, *i.e.*, si es sistemáticamente válida. Similarmente, una obligación es una obligación jurídica y un derecho subjetivo es tal si, y sólo si, son obligaciones o derechos en virtud de una norma que es jurídicamente válida. La validez presupone membrecía y aplicabilidad. Los juicios de membrecía y de aplicabilidad son juicios

sobre hechos sociales. Los juicios sobre la validez jurídica son juicios normativos parcialmente fundamentados en tales hechos.

3. *Enunciados desde un punto de vista*

He mostrado cómo la concepción justificativa de la validez jurídica es compatible con que la validez jurídica dependa de fuentes fácticas. Resta examinar la otra dificultad que enfrenta la concepción justificativa: la interpretación de enunciados jurídicos imparciales (*detached*).

Un enunciado jurídico imparcial es un enunciado sobre el derecho, sobre qué derechos u obligaciones jurídicas tienen los individuos, no un enunciado sobre las creencias, actitudes o acciones de los individuos ni tampoco acerca de sus creencias, actitudes o acciones hacia el derecho. Sin embargo, un enunciado normativo imparcial no contiene la fuerza normativa completa de un enunciado normativo ordinario. Su emisión no compromete a quien lo dice a las opiniones normativas que su dicho expresa.

Los consejos de los abogados a sus clientes, las exposiciones de los profesores de derecho ante sus estudiantes frecuentemente pertenecen a esta categoría. No estoy implicando que los abogados o los profesores de derecho no creen en la validez (*i.e.* justificativa) del derecho que tratan, únicamente que, frecuentemente, no se comprometen a tales creencias cuando actúan en su actividad profesional.

Como ya hemos observado, el análisis de los enunciados normativos imparciales es un criterio crucial para cualquier teoría positivista del derecho. Su existencia es, por otro lado, la fuente principal de su vigor. Muestra que el lenguaje normativo puede ser usado sin completa fuerza o compromiso normativo. Sin embargo, por el otro lado, no es fácil ni remotamente explicar qué sentido tienen las expresiones normativas cuando no contienen su completa fuerza normativa. La respuesta de Bentham fue negar que tales expresiones constituyeran expresiones normativas. 'X tiene el deber de ϕ -r' significa 'X es responsable de una sanción si no ϕ '. 'Una disposición jurídica requiere que X ϕ ' significa 'un soberano ordenó a X ϕ -r. Posteriores positivistas admitieron que 'disposición jurídica', 'deber', 'derecho', etcétera tienen sus usos normativos pero presuponían que contenían un sentido puramente

fáctico cuando eran calificados por el adjetivo 'jurídico' o precedidos por el operador 'el derecho es que' y sus equivalentes. De esta manera cualificados, no significaban más que la norma o el deber es reconocido por un sistema jurídico generalmente eficaz. Pero esto, esencialmente no es más que una versión más sofisticada de la opinión de Bentham. El derecho es identificado no necesariamente como producto de la legislación, sino como práctica de los tribunales y de otros funcionarios y esto incluye no sólo normas que son directamente reconocidas por ellos, sino, también, aquellas con las que están implícitamente comprometidas según su práctica existente.

H. L. A. Hart reconoció que aun la versión sofisticada de Bentham distorsiona la naturaleza de muchos enunciados jurídicos.¹¹ Hart llama a los enunciados, a los que este análisis se refiere, enunciados externos, e insiste en la importancia de los enunciados internos en el análisis del derecho. La mayoría de los enunciados ordinarios acerca del derecho hechos por los ciudadanos, los agentes de policía, abogados, jueces, profesores y estudiantes de derecho son, según Hart, enunciados internos. Los enunciados externos sobre el derecho son enunciados sobre las prácticas y acciones de las personas, sobre sus actitudes y creencias con referencia al derecho. Los enunciados internos son aquellos que aplican el derecho, usándolo como patrón por medio del cual evalúan, guían o critican el comportamiento. Los enunciados internos son, de esta manera, enunciados normativos genuinos. Hacer enunciados internos es, de esta forma, un signo de respaldo a la norma respectiva. Uno respalda una norma si la usa regularmente al guiar, evaluar y criticar aquellas acciones a las cuales la norma se aplica. El respaldo de una norma incluye, por tanto, la disposición de hacer enunciados internos.¹² Es crucial para el entendimiento de la postura de Hart tener presente que su noción de aceptación o respaldo de una norma no implica aprobación moral. Un hombre puede tener a una norma por moralmente justificada y puede respaldarlo por esta razón. Pero, igualmente, un hombre puede respaldar y seguir una norma por cualquier otra razón o por ninguna razón.

¹¹ Uso 'enunciados jurídicos' de forma poco rigurosa para mencionar todo tipo de enunciados sobre el derecho. Algunos de tales enunciados se encuentran propiamente analizados en el sofisticado modelo de Bentham.

¹² Aunque, por supuesto, el mero recurso ocasional a enunciados internos no vale como respaldo.

Me parece que Hart está en lo cierto al decir que los jueces y otros funcionarios regularmente involucrados en la aplicación y ejecución del derecho efectivamente lo aceptan y siguen. Pueden tener reservas con respecto a la justificación moral del derecho, pero, no obstante, ellos lo aceptan y lo aplican por sus propias razones (salario, contexto social, etcétera) o por ninguna razón.¹³ Sus enunciados jurídicos normalmente reflejan esta actitud. Son enunciados normativos internos, enunciados normativos completamente comprometidos. Cuando afirman la validez jurídica de una norma, quieren efectivamente significar que afirman su fuerza obligatoria, aunque no necesariamente su fuerza moral.¹⁴

El interés de Hart por los enunciados internos es, parcialmente, resultado de su tesis de que un sistema jurídico está en vigor en una cierta comunidad sólo si, al menos, los funcionarios del sistema y normalmente muchos otros en la comunidad, aceptan sus disposiciones y las siguen; siendo dicha aceptación manifestada típicamente por el uso de enunciados internos. Su dicotomía entre enunciados internos y externos lleva, sin embargo, a oscurecer la existencia de una tercera categoría de enunciados. De la existencia de éstos se percató Kelsen puesto que es crucial para cualquiera que sostenga su tesis sobre el significado de 'validez' y rechace, al mismo tiempo, el derecho natural.¹⁵

Si los enunciados internos son típicos del juez y de los ciudadanos que respaldan el derecho, este tercer tipo de enunciados es característico del abogado y del profesor de derecho (quienes, por supuesto, frecuentemente hacen, también enunciados internos y externos), toda vez que no están primordialmente ocupados en aplicar el derecho a ellos mismos o a otros, sino en advertir a otros lo que deben hacer de conformidad al derecho. En un esclarecedor párrafo Kelsen contrasta la conducta del anarquista actuando como un ciudadano que hace enunciados internos completa-

¹³ Es importante distinguir (cosa que no hago en mi libro *Practical Reason and Norms*) entre aquel que respalda completamente una norma, i.e. que cree que sus súbditos deben seguirla, y aquel que débilmente la acepta, i.e. que cree que debe seguirla él solo (ambos coinciden en el caso de normas personales). Hart sostiene que los jueces aceptan la regla de reconocimiento, al menos, débilmente. Un juez que la acepta sólo en forma débil tiene que pretender, parece, que la respalda completamente. De ahí que sus enunciados sean completamente normativos.

¹⁴ Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 55-56 y 86-88 (Cfr. *El concepto de derecho*, cit., pp. 70-72 y 110-113).

¹⁵ Un problema que Hart, en razón de su diferente explicación de 'validez', no enfrenta.

mente normativos, con el anarquista que actúa como un jurista o un estudioso:

El ejemplo que anteriormente escogía para ilustrar que la presuposición de la norma fundamental es sólo posible y no necesaria: el de que un anarquista no presupone la norma fundamental, es equívoco. El anarquista emocionalmente rechaza el derecho como orden coactivo, lo desaprueba, desea una comunidad sin coacción, una comunidad constituida sin un orden coactivo. El anarquismo es una actitud política que se funda en un cierto deseo. La interpretación sociológica, que no presupone una norma fundamental, es una actitud teórica. Igualmente un anarquista, si fuera jurista, podría describir el derecho positivo como un sistema de normas válidas sin aprobarlo. Muchos libros de texto en que es descrito el orden jurídico capitalista como un sistema de normas que establecen obligaciones, facultades, derechos, competencias, fueron escritos por juristas que políticamente desaprobaban tal orden jurídico.¹⁶

Los estudiosos del derecho —incluyendo abogados postulantes— pueden usar un lenguaje normativo cuando describen el derecho, pueden hacer enunciados jurídicos sin por ello respaldar la autoridad moral del derecho. Hay un tipo especial de enunciado jurídico que, aunque es hecho usando términos normativos ordinarios, no contiene la misma fuerza normativa de un enunciado jurídico ordinario. Para examinar su naturaleza debemos concentrar nuestra atención en la actividad de los juristas. Sin embargo, sería un error pensar que este tipo de enunciados es propio de abogados o de contextos jurídicos. Se encuentran siempre que una persona aconseje o informe a otro sobre su situación normativa en contextos en los cuales se hace claro que el consejo o información es dado desde un punto de vista o en base a ciertas presuposiciones que no son necesariamente compartidas por el expositor.

Imagínese un judío ortodoxo, aunque relativamente mal informado, que pide consejo a su amigo, católico; pero experto en la ley rabínica. '¿Qué debo hacer?' pregunta el judío, entendiéndose

¹⁶ *Reine Rechtslehre cit.*, p. 224, nota **. (El autor transcribe de *The Pure Theory of Law*, p. 218, n. 82). Cfr. *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 2229, nota 133 (en la versión española el traductor omite del ejemplo la referencia al orden jurídico capitalista).

claramente qué debo hacer de acuerdo a *mi* religión no a la tuya. El amigo le dice que debe hacer esto y aquello. El argumento es que ambos saben que esto no es lo que el amigo piensa que él debe realmente hacer. Su amigo está simplemente señalando cómo son las cosas desde el punto de vista de la ortodoxia judía. Es importante no confundir tales enunciados desde un punto de vista con los enunciados sobre las creencias de otras personas. Una de las razones es que puede no haber nadie que tenga tal creencia. El amigo de nuestro ejemplo puede estar expresando una muy rara opinión sobre una cuestión obscura de la ley rabínica.

Podría ser que, de hecho, la ley rabínica no hubiera sido respaldada o practicada jamás por nadie, ni siquiera por el judío inquisidor. Tampoco pueden tales enunciados ser interpretados como condicionales: 'si tú aceptas este punto de vista, entonces debes... , etcétera'; más bien los enunciados establecen lo que es el caso desde el punto de vista relevante, como si fuera válido o sobre la hipótesis de que lo es —como Kelsen lo expresa—, pero sin respaldarlo efectivamente.

Mucho del discurso sobre el derecho cae, según Kelsen, en esta categoría, la cual denomino enunciados desde un punto de vista.¹⁷ Esto es especialmente verdad de los enunciados de los juristas prácticos y teóricos actuando en su capacidad profesional. La principal diferencia entre tales contextos y el de nuestro imaginado ejemplo es que en aquéllos está ausente la presuposición obvia de que mientras el católico no comparte el punto de vista en base al cual se expresa, el judío efectivamente lo comparte. El jurista —académico o práctico— puede creer o no en la validez moral del derecho. Su lector o cliente puede compartir o no tales creencias. Tales cuestiones son irrelevantes para la interpretación de dichos enunciados, aun cuando las respuestas a ellas —como en nuestro ejemplo— puedan ser conocidas en algunos casos.

El análisis de los enunciados desde un punto de vista, ofrecido aquí, es incompleto. Kelsen no tiene una explicación completa de tales enunciados. De hecho, lo que he expuesto aquí es ya una adaptación de la postura de Kelsen. Estamos aún en espera

¹⁷ Aquí presento esta tesis, más que defenderla. Para una más detallada defensa de esta interpretación de Kelsen y un más amplio examen de la forma en que esa doctrina se integra en su teoría general del derecho, véase el capítulo anterior. En cuanto a mis propios desarrollos sobre este tema véase mi libro *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 170-177.

de un análisis completo de tales enunciados. Sin embargo, Kelsen merece el crédito por haber llamado nuestra atención hacia esta clase de enunciados de los más importantes. La discusión sobre la naturaleza del discurso normativo se hubiera salvado de muchas confusiones y equívocos de no haber descuidado la relevancia de tales enunciados.

4. *Validez y positivismo*

Si los enunciados desde un punto de vista son verdaderamente un tipo distinto de enunciados, entonces nuestra visión de la controversia tradicional entre iusnaturalistas y positivistas se transforma radicalmente. La principal fuerza de la postura positivista reside en su insistencia en que el derecho es esencialmente una forma de organización social. La principal afirmación de los iusnaturalistas es que el derecho es esencialmente moral. Tales formulaciones sugieren que las dos posturas no son, necesariamente, recíprocamente excluyentes. El derecho puede tener más de una propiedad esencial. Eso no niega, sin embargo, que muchas de las teorías propuestas del derecho natural son incompatibles con el positivismo.¹⁸ Esta impresión de incompatibilidad mutua es aumentada por dos tesis semánticas que son generalmente respaldadas por los iusnaturalistas: primera, que términos normativos tales como 'un derecho', 'un deber', 'deber ser', son usados en el mismo sentido en enunciados jurídicos, morales o en otro tipo de enunciados normativos. Segunda, que los enunciados jurídicos son enunciados morales. Por ejemplo, cuando uno afirma 'es deber jurídico de Juan pagar la deuda' uno está afirmando que Juan tiene un deber (moral) de pagar la deuda originada en el derecho.

Los positivistas rechazan la segunda tesis semántica. Aún si el derecho es esencialmente moral —diría un cauto positivista— es claro que establecer el mérito moral de una disposición jurídica es un proceso diferente, el cual reposa en diferentes consideraciones, de aquel que establece su existencia como un hecho social. Para el positivista la identificación del derecho y de los deberes y derechos (subjetivos) a que da lugar, es una cuestión de hecho

¹⁸ En mi libro *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 162 y ss., he tratado de distinguir entre dos tipos de teoría del derecho natural: aquellas que son compatibles con el positivismo y aquellas que no lo son.

social. La cuestión de su valor es una cuestión ulterior y separada. Puesto que uno puede saber lo que es el derecho sin saber si está justificado, tiene que haber la posibilidad de hacer enunciados jurídicos sin implicar compromiso con respecto a su justificación. El positivista no necesita negar que muchos enunciados jurídicos efectivamente contienen tal compromiso. Primeramente se admite que esté o no justificado realmente el derecho, si éste está vigente, es tenido como tal por algunos de sus súbditos y ellos están prestos a hacer enunciados completamente comprometidos. Segundo, el derecho —a diferencia de las amenazas del saltador de caminos— pretende legitimidad para sí. El derecho se presenta así mismo como justificado y demanda de sus súbditos no sólo obediencia sino lealtad. El positivista no necesita negar que el tipo primordial de enunciados jurídicos es el de enunciados comprometidos —los enunciados internos de Hart—, pero concedería, como hemos observado, la posibilidad de enunciados no comprometidos, enunciados imparciales, *i.e.* aquellos que, aunque no comprometidos son, sin embargo, normativos. De esta manera, el positivista está obligado a rechazar la segunda tesis semántica del iusnaturalista.

Se podría pensar que esto implica, también el rechazo de la primera tesis. Puesto que si los términos normativos son regularmente usados en su sentido ordinario en contextos jurídicos ¿no acaso los enunciados hechos son, por su uso, siempre enunciados comprometidos? Pero, de hecho, mis argumentos muestran, hasta aquí, que la primera tesis semántica no es esencialmente una tesis iusnaturalista. Es una tesis que los positivistas pueden y deben adoptar, puesto que únicamente a través de ella y de la doctrina de los enunciados desde un punto de vista podemos entender la posibilidad de enunciados imparciales los cuales son, de todos modos, normativos y no meramente enunciados sobre las acciones o creencias, etcétera, de otras personas. Cabe admitir, que los enunciados desde un punto de vista son parasitarios de los enunciados normativos genuinos. Esto es, normalmente no es el caso de hacer enunciados desde un punto de vista salvo en relación con una sociedad en la cual las personas se encuentran frecuentemente prestas a hacer enunciados genuinos. Si no hay nadie de cuyo punto de vista se trate ¿por qué debemos estar interesados en él? Esto muestra cómo la segunda tesis del iusnaturalista es modificada más que abiertamente rechazada. Si éste es otro indicador de que el abismo entre iusnaturalistas y positivistas no necesita ser tan in-

franqueable, como algunas veces se imagina, entonces por esta razón es también, bienvenido.