

# ¿ES NECESARIA UNA NORMA POR ENCIMA DEL SISTEMA JURÍDICO? LAS TEORÍAS DE LA NORMA BÁSICA DE Kelsen Y Hart\*

ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA\*\*

## RESUMEN

Este artículo presenta, en una primera parte, las dos principales y más conocidas teorías que recurren al modelo que en general puede denominarse de la *norma básica*: la de Hans Kelsen sobre la *norma fundamental* y la de H. L. A. Hart sobre la *regla de reconocimiento*. Después de esta rápida presentación, una segunda parte está consagrada a desarrollar algunas observaciones críticas que es posible plantear frente a los argumentos y consideraciones de tales teorías.

**PALABRAS CLAVE:** Validez, norma fundamental, ordenamiento jurídico, regla de reconocimiento, legitimidad, eficacia.

## INTRODUCCIÓN

Diversas tesis que explican la unidad y la validez de los sistemas jurídicos han sido propuestas a lo largo de la evolución del conocimiento sobre el derecho. Sin embargo, una de ellas, expuesta por la corriente de la teoría jurídica conocida como "positivismo normativista", ha sido el objeto de un interés considerable, ya sea porque ha sido respaldada por varios autores, ya sea porque ha sido intensamente criticada. La formulación general de esta tesis comienza afirmando que los sistemas jurídicos son jerárquicos en el sentido de que la validez de una norma depende de la validez de otra que es superior a aquella. Al final, existe una norma muy particular, pues la validez de todas las normas del sistema se fundamenta directamente o indirectamente sobre ella, pero dicha norma no fundamenta su validez sobre otra norma que sería superior. Su forma puede ser bastante simple, por ejemplo: "la norma N (la inferior en la jerarquía) es una norma válida". La validez de las normas del sistema jurídico reposa sobre esta norma y no se plantea esta cuestión más allá de ella. Por esta razón recibe el nombre de norma básica, suprema, fundamental, última, etc. Sea como fuere, constituye el criterio último de validez y explica la unidad del sistema jurídico.

\* Este artículo desarrolla algunos aspectos tratados en la monografía titulada *Unidad y validez de los sistemas jurídicos: problemas de las diversas teorías sobre la norma básica*, que recibió la mención "Tesis laureada" de la Universidad Nacional de Colombia (Resolución No. 045, acta no. 5, del 5 de agosto de 1998, Consejo Académico).

\*\* Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

El propósito de este texto es presentar, en una primera parte, las dos principales y más conocidas teorías que recurren al modelo que en el general puede denominarse de la norma básica: la de Hans Kelsen sobre la norma fundamental y la de H. L. A. Hart sobre la regla de reconocimiento. Después de esta rápida presentación, impuesta por los límites que impone un artículo, una segunda parte estará consagrada a desarrollar algunas observaciones críticas que es posible plantear frente a los argumentos y consideraciones de tales teorías.

## I. LAS TEORÍAS DE LA NORMA BÁSICA

### I.1. LA NORMA FUNDAMENTAL DE KELSEN

1. La teoría de la norma fundamental (*Grundnorm*) de Kelsen no puede ser entendida sin tener en cuenta una clasificación que este mismo autor plantea. Se trata de la distinción entre sistemas dinámicos y estáticos de normas. En el primer caso, el contenido de las normas que constituyen el sistema estático es inmediatamente evidente en virtud de su dignidad intrínseca. De esta manera, las normas inferiores del sistema se deducen de las superiores como lo particular se deduce de lo general. En el caso del sistema dinámico, las normas no son deducidas las unas de las otras. Aquí, ellas son creadas por un órgano competente y mediante el procedimiento previsto por una norma de grado superior.

Kelsen afirma entonces que "el sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico"<sup>1</sup>. El derecho tiene este carácter porque las normas hacen parte de este sistema —es decir, son válidas— en la medida en que son producidas siguiendo la forma y por la autoridad previstas por otra norma de este mismo orden. La norma que explica finalmente la validez de todas las otras normas del sistema y que no fundamenta su validez en otra norma del mismo ordenamiento es la norma fundamental. El carácter fundamental de esta norma se explica porque, de una parte, no ha sido dictada por una autoridad reconocida del sistema y no se deriva de otra norma y, de otra parte, porque explica —directa o indirectamente— la validez de todas las normas del sistema, frente a las cuales está en una relación de superioridad. Por consiguiente, todas las normas que tienen su fundamento de validez en una misma y única norma fundamental constituyen un solo orden normativo.

En un orden jurídico, la norma fundamental se encuentra en una posición directa de superioridad frente a la norma positiva más importante de este orden, la cual explica la validez de las demás normas positivas inferiores del sistema. Específicamente, ella se encuentra por encima de la constitución, y si se trata de una constitución promulgada a partir de la reforma a una constitución anterior, esta norma fundamenta la primera constitución histórica estatal. La concepción, o mejor la arquitectura mediante la cual

<sup>1</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (traducción de la segunda edición de *Reine Rechtslehre* (1960) por Roberto J. Vernengo). México: editorial Porrúa, 1995, p. 205. En adelante esta obra será citada como T. P.

Kelsen describe el sistema jurídico puede ser entendida a través del proceso de fundamentación de la validez que comienza en las normas inferiores del sistema y que culmina en el último peldaño ocupado por la norma fundamental<sup>2</sup>.

2. Como principales características de la norma fundamental pueden presentarse las siguientes: 1) ella pone fin a la pregunta sobre el fundamento de validez de las normas del sistema jurídico, en la medida en que el proceso de justificación de la validez de una norma en relación a otra no puede extenderse indefinidamente; 2) la norma fundamental no es una norma positiva pues no existe una norma superior que regule su creación, de tal manera que la validez de dicha norma sólo puede ser supuesta como condición "lógico-trascendental" de una ciencia del derecho positiva que no recurra a entes metafísicos para explicar la validez de los sistemas jurídicos<sup>3</sup>; 3) la norma fundamental no es objeto de un acto de voluntad de una autoridad creadora de derecho, razón por la cual, de una parte, no se trata de una norma querida por alguien, pues no es la significación subjetiva de un acto de voluntad, y, de otra parte, tampoco se trata de una norma querida por la ciencia jurídica, dado que su función no es la de ser una autoridad normativa sino la de llegar a un conocimiento objetivo del derecho, consecuencia de lo cual es la afirmación de Kelsen de que la norma fundamental es una norma pensada por la ciencia del derecho; 4) la función de la norma fundamental tiene una doble dimensión en el sentido de que, por una parte, ella tiene la función específica dentro del orden jurídico de conceder el poder de creación del derecho al acto del primer legislador y a los otros actos fundados sobre éste y, por otra parte, la norma fundamental es una hipótesis a la vez lógica y trascendental: lógica porque es epistemológicamente necesario formular esta hipótesis para poder considerar un conjunto de normas determinado como un orden jurídico, trascendental porque la norma fundamental es concebida como una proposición externa y, si se puede decir, ubicada en un nivel metalingüístico; 5) el contenido específico de la norma fundamental –aplicable a todos los ordenamientos jurídicos– hace referencia a la facultad de creación de normas jurídicas obligatorias que tiene la autoridad que ha promulgado la primera constitución. "La norma básica de un orden jurídico establece que hay que conducirse en la forma prescrita por los 'padres' de la constitución y por los individuos directa o indirectamente facultados (mediante delegación) por la constitución misma"<sup>4</sup>.

## 1.2. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO DE HART

1. Hart configura la teoría de la regla de reconocimiento utilizando dos caminos: a través de la descripción de la evolución del derecho en dos etapas principales y por medio del análisis de la estructura del sistema jurídico. Con respecto al primero, de acuerdo con este autor han existido o existen comunidades reguladas por normas que se limitan a prohibir u ordenar determinadas conductas sin ningún tipo de institución.

2 T. P. p. 207 y 208.

3 T. P. p. 209.

4 Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado* (traducción de *General Theory of Law and State* (1945) por Eduardo García Máynez), México: UNAM, 1988, p. 136.

Para Hart se trata de una "estructura de reglas primarias de obligación"<sup>5</sup> cuya existencia esta condicionada por dos hechos: el primero, que sus normas deben poseer restricciones al uso de la violencia, al robo y al engaño; el segundo, que la mayor parte de los miembros de la comunidad deben tener un *punto de vista interno* frente a sus normas, haciendo que el número de quienes se conforman a tal orden por simple temor a la reacción sea minoritario. A pesar de la posible existencia de este tipo de estructura, ella sufriría de ciertos defectos: el primero de ellos se refiere al hecho de que el cambio de las reglas que lo constituyen es un proceso lento y complejo que no permite su adecuación a la evolución de las circunstancias sociales. El segundo defecto hace referencia al problema de la reacción a la transgresión de las normas, al no ser lo suficientemente efectiva, ya sea en lo concerniente a la determinación de tales transgresiones como a la aplicación de sanciones. Finalmente, el tercer defecto consiste en la imposibilidad de establecer con toda certitud cuales son las reglas primarias de obligación que hacen parte de esta estructura simple.

El paso siguiente en la argumentación de Hart es el de encontrar las soluciones a estos defectos, lo cual se logra completando la estructura de reglas primarias de obligación con otro tipo de reglas: las reglas secundarias, que se distinguen de las primarias y que difieren entre sí. Estas reglas ocupan un nivel diferente al de las reglas primarias, dado que mientras éstas regulan el comportamiento de los individuos, aquellas tienen como objeto estas reglas primarias<sup>6</sup>. La solución al carácter estático de las reglas de la estructura primaria es la introducción de una o varias reglas secundarias de cambio (*rule of change*)<sup>7</sup>, las cuales determinan la forma y las personas que tienen la facultad de promulgar nuevas reglas y eliminar las precedentes. El remedio para el segundo defecto es la inclusión de las reglas de adjudicación (*rule of adjudication*) que, de una parte, habilitan a ciertos individuos para que resuelvan de manera definitiva las eventuales transgresiones a las reglas primarias y que, de otra, determinan el procedimiento que debe seguirse para establecer si se produjeron tales transgresiones. Además, estas reglas pueden definir las reacciones a las violaciones a las normas y designar las personas que aplicarán las sanciones. La solución a la incertidumbre a propósito de la determinación de las reglas que hacen parte del orden consiste en la introducción de una regla secundaria de reconocimiento (*rule of recognition*) que "especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce"<sup>8</sup>.

Aparte de esta evolución de una estructura simple de reglas primarias de obligación a un sistema complejo que incluye además las reglas secundarias, Hart plantea un segun-

5 Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho* (traducción de la primera edición de *The Concept of Law* (1961) por Genaro R. Carrió), Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992, p. 114. En adelante esta obra será citada como C. D.

6 C. D. p. 117.

7 C. D. p. 119.

8 C. D. p. 117.

do camino mediante el cual explica la existencia de la regla de reconocimiento. Se trata de una construcción que tiene varios aspectos comunes con aquella que utiliza Kelsen a propósito de la norma fundamental y que recorre todo el sistema hasta llegar a dicha regla. De esta manera, Hart se refiere a "una cadena muy familiar de razonamiento jurídico", que comienza con la explicación de la validez de una norma inferior del sistema jurídico inglés y termina con la regla de reconocimiento del mismo<sup>9</sup>.

2. Como en el caso de la norma fundamental de Kelsen conviene señalar también de forma esquemática las principales características de la regla de reconocimiento: 1) en primer lugar esta regla constituye tanto el criterio supremo como el criterio último para establecer la pertenencia de una norma al sistema jurídico: es, por un lado, el criterio supremo en la medida en que las normas identificadas utilizando esta regla continuarán perteneciendo al sistema, a pesar de que ellas contradigan otras normas identificadas a través de otros criterios, las cuales no serán entonces parte del mismo, y es, por otro lado, el criterio último porque la regla de reconocimiento permite establecer las reglas que hacen parte del sistema, sin que esté subordinada a ningún otro criterio de pertenencia, lo que explica su ubicación en el extremo de la cadena de la cual habla Hart y el hecho de que no pueda ser sometida a la operación que tal regla permite respecto de las normas del sistema; 2) la regla de reconocimiento, en la mayor parte de los sistemas jurídicos existentes, no está formulada expresamente, es decir, no es objeto de un enunciado explícito como los de las normas positivas<sup>10</sup>, al tiempo que el contenido de tal regla sólo puede establecerse con respecto a un sistema jurídico particular, tal y como Hart lo hace respecto al derecho inglés<sup>11</sup>; 3) una tercera característica se desprende de las dos anteriores: según Hart, si la existencia de la regla de reconocimiento es puesta en duda, la respuesta no puede encontrarse ni en otra norma, ni en la aplicación de los criterios de pertenencia que ella contiene, puesto que esta respuesta se halla en su carácter fáctico que se manifiesta en la práctica efectiva de los particulares, los tribunales y los funcionarios cuando la utilizan como el criterio supremo y último para determinar qué normas hacen parte del derecho. La existencia de esta regla depende entonces de su uso efectivo y su aceptación como el mecanismo de identificación de las reglas del orden<sup>12</sup>. Por lo tanto, una doble dimensión caracteriza esta regla: ella es "derecho" en tanto que permite identificar las normas del sistema y es, al mismo tiempo, "hecho" en tanto que su existencia consiste en una práctica efectiva relativa a su utilización como criterio supremo y último de determinación de las normas del sistema.

## 2. OBSERVACIONES CRÍTICAS

A pesar de las cualidades teóricas y argumentativas de las dos teorías de la norma básica, se mantienen ciertos problemas cuya respuesta ha sido omitida o poco satisfactoria según la opinión de algunos autores y comentaristas. Un análisis en tres partes facilitará la comprensión de tales problemas.

<sup>9</sup> C. D. p. 133.

<sup>10</sup> C. D. p. 127.

<sup>11</sup> C. D. p. 133.

## 2.1. LA AMPLITUD DE LOS FENÓMENOS JURÍDICOS FRENTE A LA NORMA BÁSICA

1. En la *Teoría pura del derecho* de Kelsen el principio de legitimidad y el principio de efectividad mantienen siempre su independencia cuando se aplican a las normas individualmente consideradas al interior del sistema jurídico. Esto, en principio, no supondría muchas dificultades porque a este nivel la validez formal, es decir el principio que define que una norma es válida cuando ha sido creada según el procedimiento y por la autoridad definidos en otra norma superior del sistema, puede ser conceptualmente separada de la eficacia, es decir del hecho de la obediencia a la norma y de la aplicación de la sanción prevista en caso de transgresión. Por consiguiente, los problemas sólo aparecerían en el nivel general del sistema jurídico. Lo que debería establecerse entonces es si un orden jurídico ineficaz de manera general, donde la mayor parte de las normas no son observadas por sus destinatarios, puede considerarse como un sistema válido que contiene normas válidas. El primer paso de la respuesta de Kelsen a esta pregunta es aproximar, en este nivel, el principio de legitimidad y el principio de efectividad. Sin embargo, las características de los sistemas jurídicos existentes obligan a este autor a plantear una excepción al principio de legitimidad: cuando se trata del problema de la validez de todo el ordenamiento jurídico, esta propiedad solamente puede ser afirmada si el ordenamiento es generalmente eficaz. De ahí que Kelsen asegure que "el principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad"<sup>13</sup>.

De esta forma, Kelsen explica el lazo entre un sistema jurídico que es al mismo tiempo válido y eficaz y la norma fundamental de tal sistema. En la *Teoría pura*, nuestro autor se pregunta porqué no se supone la norma fundamental de un orden normativo que aparece en el mismo dominio territorial de validez de un sistema jurídico (específicamente, propone el ejemplo de la "banda de ladrones" tomado de San Agustín<sup>14</sup>) y, al contrario, se supone la norma fundamental del orden jurídico. "Ésta es la pregunta decisiva"<sup>15</sup> afirma el autor. "No se la presupone porque, o mejor, cuando, ese orden no tiene aquella efectividad duradera sin la cual no se supondría una norma fundamental a él referida, que sea fundamento de su validez objetiva"<sup>16</sup>. La conclusión más importante de esta respuesta dada por Kelsen es la relación indispensable de la teoría de la norma fundamental a un orden jurídico eficaz de manera general. La suposición de la norma fundamental no puede ser hecha si no se supone también que ella se refiere a un ordenamiento jurídico eficaz. Demasiadas suposiciones comienzan a plantearse. La elaboración teórica de la norma fundamental es desarrollada por Kelsen bajo la condición de referirse siempre a un sistema eficaz. De esta manera, la validez de la norma fundamental, su existencia específica, depende de una suposición hecha por el jurista cuando pretende describir objetivamente el derecho como un orden constituido por normas positivas. Pero este jurista debe suponer, a su turno, que el ordenamiento jurídico al

12 C. D. p. 137.

13 T. P. p. 219.

14 T. P. p. 57 y s.

15 T. P. p. 60.

16 Ídem.

cual la norma fundamental sirve de fundamento es generalmente eficaz. Esta suposición indirecta en la serie de suposiciones de la norma fundamental es lo que permite ver que la realidad, entendida en términos de eficacia, termina siendo el punto de apoyo de toda la construcción de esta teoría.

Alf Ross considera que en la medida en que la norma fundamental recurre al sistema que pretende explicar, existe una descripción circular que va del derecho a los hechos y de los hechos al derecho<sup>17</sup>. Sin embargo, no habría ni siquiera esta circularidad. La norma fundamental no puede depender sino de una referencia a un sistema jurídico eficaz. Tratar de explicar la norma fundamental del *ancien régime* en Francia, del régimen de los Estados Unidos de Colombia de 1863 o de la "banda de ladrones" tiene tan poco sentido para Kelsen que para cualquier jurista. La teoría de la norma fundamental llega a la suposición de ciertos fenómenos y sólo regresaría al sistema para explicar la validez de sus normas. Pero, para explicar su propia naturaleza, la única opción que tiene es la de ir a buscar un sistema eficaz que pueda fundamentar.

Uno de los continuadores del pensamiento kelseniano, Norberto Bobbio, reconoce los problemas que la tensión entre el principio de legitimidad y el de eficacia implica para la norma fundamental. "Como es sabido, al llegar a la norma fundamental que cierra el sistema, Kelsen se ve en el caso de precisar que, pese a la norma fundamental, el orden jurídico en su totalidad sólo es válido si es también eficaz, es decir si los que tienen el poder de crear normas del sistema tienen también el poder de hacerlas observar, y si en consecuencia las normas del sistema son observadas en general"<sup>18</sup>. Sin embargo, Kelsen, en la elaboración de la teoría de la norma fundamental, pretende evitar el obstáculo de la derivación del derecho de los hechos, esto es, superarlo proponiendo una separación total entre las dos esferas. Aún así, como no puede separar completamente la validez del sistema jurídico de su eficacia, más bien evita enfrentarse al problema a través de una excepción, pero sin darle una solución. De todas formas, habría una en la medida en que Kelsen hace derivar la validez de la norma fundamental de la suposición de su aplicación a un sistema jurídico eficaz. Ello significaría finalmente que existe una norma del ordenamiento cuya existencia –su validez– depende de la realidad de su eficacia, lo que no corresponde por completo a los principios iniciales de la *Teoría pura*.

2. Para no tener el problema de la oposición entre validez y eficacia en el nivel del sistema jurídico tomado como un todo y en el de la norma básica que lo explica, Hart desarrolla su análisis a partir del concepto de existencia del sistema y de la aceptación de la regla de reconocimiento, de forma tal que supera el concepto de validez. En primer término, de acuerdo con este autor, la existencia de un sistema jurídico consiste en ciertos fenómenos de obediencia y aceptación de las reglas primarias y

<sup>17</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (traducción de *On law and justice* (1958) por G.R. Carrió), Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, pp. 68 y 69.

<sup>18</sup> Bobbio, Norberto, "Kelsen y el poder político", en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi (eds.), *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 91.

secundarias que lo conforman<sup>19</sup>. En segundo lugar, el problema de la validez de la regla de reconocimiento no se plantea porque, de una parte, tal regla contiene los criterios de validez del sistema y no sería coherente aplicarle un criterio que ella misma establece y que está dirigido a las otras normas del sistema y, de otra parte, porque ella no es ni válida ni inválida, sino una norma cuyos criterios de validez son utilizados para identificar las reglas, éstas sí válidas, al interior del sistema. El concepto de validez es entonces completamente abandonado en lo que respecta a la regla de reconocimiento. "Sólo necesitamos la palabra 'validez', y así la usamos comúnmente, para resolver cuestiones que surgen dentro de un sistema de reglas, donde el status de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento. No puede presentarse una cuestión de este tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios"<sup>20</sup>.

Esta superación del concepto de validez con respecto a la regla de reconocimiento tiene como principal consecuencia el carácter fáctico de su existencia. Tal regla existe entonces como una práctica compleja y habitualmente concordante de los tribunales, los funcionarios y los particulares que consiste en la identificación de las normas del sistema jurídico a través de los criterios de validez en ella contenidos. No obstante, esta definición se enfrenta a dos problemas. El primero es la reducción de una regla a una práctica, lo cual podría ser visto como un retroceso si se compara con la estricta distinción entre los dominios del "ser" y del "deber ser" elaborada por el positivismo jurídico kelseniano. Sin embargo, Hart no se interesa mucho en este problema pues no analiza la regla de reconocimiento como un enunciado normativo<sup>21</sup>. Por un lado, la regla de reconocimiento no es una prescripción, como aquella contenida en la norma fundamental de Kelsen. Ella no ordena obedecer a las autoridades que dictan la norma más importante de la jerarquía del sistema. Por el contrario, se trata de una regla secundaria que identifica las reglas de obligación del sistema (las reglas primarias) sin que ella misma sea una regla de obligación. Una de las características de la regla de reconocimiento como regla secundaria es entonces la de hacer referencia y distinguirse de estas reglas primarias. Por otro lado, el significado esencial de dicha regla no es el de imponer una obligación cualquiera, sino el de permitir la determinación de las reglas del sistema definiendo los actos que tienen como consecuencia la existencia de ciertas normas jurídicas. La regla de reconocimiento no prescribe entonces una obligación, sino que determina ciertas condiciones que deben ser llenadas por las normas del sistema. Por esta razón, no sería oportuno examinar la regla de reconocimiento como un estricto enunciado normativo de la esfera del deber ser porque, si es observada desde esta perspectiva, será imposible percibir su naturaleza específica que la diferencia del resto de normas del sistema. Es necesario cambiar de óptica y concebirla como

19 C. D. p. 144.

20 C. D. p. 135.

21 Para el caso del sistema jurídico inglés, el enunciado normativo de la regla de reconocimiento sería "los tribunales, los funcionarios y los particulares deben identificar como reglas del sistema aquellas que son promulgadas por la Reina en el Parlamento".

una regla cuyo carácter esencial es el de existir como una práctica compleja de aceptación y de utilización de sus criterios de validez<sup>22</sup>.

El segundo problema se relaciona con la práctica que constituye la regla de reconocimiento que es, en efecto, como Hart mismo lo subraya, una práctica compleja. Se podría decir que es muy compleja. El dilema es si en el desenvolvimiento de esta práctica compleja aparece de una manera u otra la representación de algo como una regla de reconocimiento, si los tribunales, los funcionarios y los particulares, cada vez que identifican las normas válidas del sistema, tienen en mente una regla de reconocimiento que les permite realizar tales juicios de validez, si ellos utilizan efectivamente este tipo de regla como un modelo de determinación de las normas jurídicas. La regla de reconocimiento podría ofrecer un modelo teórico para determinar cuáles son las normas del sistema. La cuestión es si ella tiene las mismas virtudes para describir las prácticas complejas de identificación de normas. Se trata de una pregunta que Hart no responde explícitamente porque este autor se ubica siempre en la perspectiva que le permite exponer la regla de reconocimiento y buscar en ciertos fenómenos la explicación de su existencia. Sin embargo, Hart no se pregunta, desde el punto de vista de los hechos, si los fenómenos relacionados con el derecho permiten observar la utilización de una regla de este tipo. Ello sería en alguna medida concebible si a la pregunta "¿porqué la constitución es una norma válida?", un juez respondiera: "la constitución es una norma válida del sistema porque una práctica general la identifica como tal", siendo, además, esta práctica concebida en términos de una regla.

Encontrar una práctica que corresponda a la aceptación y a la utilización de la regla de reconocimiento no es una tarea fácil. En una sociedad regida por un sistema jurídico moderno pueden encontrarse un número infinito de fenómenos relacionados con las normas del sistema: fenómenos de obediencia, de creación de otras normas, de aplicación de sanciones, de atribución de competencias, hasta fenómenos de transgresión, de violación premeditada de normas, etc. No obstante, no parece ser una tarea realizable la de extraer de diversos fenómenos de identificación una sola y única regla de reconocimiento que determine de manera clara y definitiva las normas del sistema. Todo esto explicaría la advertencia de Hart mediante la cual afirma que la unión de reglas primarias y secundarias y, por esta vía, la regla de reconocimiento, están "en el centro del sistema jurídico"<sup>23</sup>. Entonces, el problema sería que, si se mira con atención los fenómenos de identificación de las reglas de derecho, la utilización de un modelo al estilo de una regla de reconocimiento no aparece claramente. De esta manera dicho centro es poco a poco reducido y se convertiría en una especie de núcleo esencial que dejaría por fuera la mayor parte de realidades de identificación, de aceptación y de aplicación de las reglas de derecho.

<sup>22</sup> Juan R. de Páramo sí otorga un carácter prescriptivo a la regla de reconocimiento al afirmar que "es una regla que exige a los funcionarios la aplicación de reglas identificadas por criterios de validez incluidos en la propia regla de reconocimiento". Páramo, Juan R. de, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 276.

<sup>23</sup> C. D. p. 123.

Por lo demás, el problema de la identificación de las reglas válidas del sistema jurídico se manifiesta claramente si la atención es puesta en la práctica que define a la constitución como norma jurídica, como la norma jurídica más importante de una jerarquía tradicionalmente aceptada en los sistemas jurídicos actuales. ¿Existe de manera general la representación de una regla constituida por una práctica detrás de los actos de identificación de las normas constitucionales válidas? La pregunta se plantea, de una parte, buscando una regla siempre presente en la práctica de identificación y, de otra parte, remarcando el carácter esencial que posee esta identificación en relación con la existencia del sistema jurídico. La realidad nos muestra que se trata de una práctica compleja (todavía más compleja de lo que Hart dejaría creer) conformada por una inmensa cantidad de hechos diferentes. Reunirlos bajo una sola norma básica con la simplicidad de la regla de reconocimiento tal como es descrita por Hart parece una fórmula forzada que, finalmente, se alejaría de la realidad que esta teoría pretende explicar.

3. Frente a este análisis crítico de las teorías de la norma fundamental y de la regla de reconocimiento ligado a la eficacia y a las prácticas de identificación del derecho, es posible reiterar una tesis que, por más obvia que parezca, en ocasiones parece ser olvidada: es preciso tener en cuenta las relaciones que el derecho siempre mantiene con la realidad social que constituye su contexto normal de evolución. "Si es cierto que el derecho se propone el establecimiento de un orden estable, que garantice la seguridad jurídica, la uniformidad (la igualdad frente a la ley) y la previsibilidad, nunca puede ser separado del contexto social en el cual está destinado a desenvolverse"<sup>24</sup>. La presencia de este contexto social es aún más imprescindible si el objetivo es explicar la existencia del derecho como un conjunto de normas que constituyen un sistema. En este caso, el concepto de validez sería inapropiado y oscurecería el carácter esencialmente fáctico de tal existencia. Se trata entonces de constatar ciertos fenómenos que se producen al interior de la sociedad: una serie ilimitada de hechos que son, ellos mismos, muy complejos: la aceptación de las normas, la obediencia, la crítica moral y política, la transgresión, la utilización de competencias, la aplicación de las normas, las sanciones, la creación normativa, etc. Son estos hechos, y aún muchos más, los que permiten afirmar que un sistema jurídico existe y que sus normas son eficaces de manera general.

## 2.2. LA COMPLEJIDAD DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y DE LOS VALORES RELACIONADOS CON EL DERECHO

Otras dos constataciones pueden ser agregadas a las que acaban de ser indicadas: de un lado, la existencia de los principios como una categoría especial al interior de los sistemas jurídicos, del otro, la influencia, que no es posible dejar de lado, de las normas de otros órdenes sobre el contenido del derecho, particularmente de las normas de la "moral social" y de los preceptos de la justicia. Cada una supone problemas complicados y las teorías de la norma básica enfrentarían dificultades considerables cuando tratan de darles solución.

<sup>24</sup> Perelman, Chaïm, *Le raisonnement et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 71. La traducción es nuestra.

1. Es importante subrayar, en primer lugar, la inclusión en los sistemas jurídicos actuales de ciertos principios, particularmente en los textos constitucionales, que habían sido considerados como normalmente pertenecientes a la moral jurídica o al llamado "derecho natural". En este caso, la identificación de estos principios a través de una norma básica como la que propone Kelsen o Hart no supondría, en principio, mayores problemas, en la medida en que la norma fundamental y la regla de reconocimiento incluyen dentro de los criterios de validez la formulación expresa de estos principios en el texto de la constitución o de otras normas, lo que es perfectamente compatible con la elaboración de tales teorías. Otros problemas surgen cuando los jueces definen la juridicidad de un principio que no estaba enunciado explícitamente en ningún texto constitucional o legislativo. Para Ronald Dworkin, uno de los grandes críticos del positivismo hartiano, buena parte de los principios, contrariamente a las reglas, no se originan en los actos o las decisiones particulares de las autoridades de creación jurídica, como los tribunales o las legislaturas. El que ciertos estándares surjan como principios del sistema de Derecho (por ejemplo el principio de la buena fe, en caso de que no estuviera contenido explícitamente en alguna norma del sistema) sólo es posible si al interior de la sociedad, especialmente por parte de los jueces y los abogados, se desarrolla un sentido de conveniencia o de oportunidad respecto a tal principio, del cual depende la continuación de su poder directivo. Siguiendo con el ejemplo, si dejara de parecer injusto el que las personas en sus actos jurídicos obren mediante artimañas para engañar a los demás, entonces el principio de buena fe dejaría de ser desempeñar su función prescriptiva, aunque nunca hubiera sido derogado o rechazado expresamente. Según Dworkin, una regla de reconocimiento no puede determinar la pertenencia al Derecho de principios que no tienen un origen en la decisión de una autoridad jurídica, pues sus criterios se basan en nociones de derivación jerárquica o en que la norma de que se trate posea cierto linaje o "pedigree", lo cual no hace posible que se incluya en la regla la idea de conveniencia u oportunidad que suponen los principios<sup>25</sup>.

Una de las respuestas a esta objeción desde el punto de vista de la regla de reconocimiento consiste en extender los criterios de validez e incluir la costumbre judicial como una de las posibilidades para la identificación de las normas del sistema. De tal manera, este tipo de principios "creados" por los jueces harían parte del sistema y serían considerados como principios válidos. No obstante, para Dworkin esta solución muestra que "la forma en que Hart trata el problema de la costumbre equivale, de hecho, a la confesión de que hay por lo menos algunas reglas de derecho que no son obligatorias porque sean válidas bajo normas establecidas por una regla maestra, sino que lo son —como la regla maestra— porque la comunidad [en este caso la de los jueces] las acepta como válidas"<sup>26</sup>.

Las críticas planteadas por Dworkin con respecto a los principios recibieron una respuesta sistemática por parte de Hart en un *Postscriptum* a su libro *El Concepto de*

<sup>25</sup> Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio* (traducción de *Taking Rights Seriously* (1977) por Marta Gustavino), Barcelona: Ariel, 1995, pp. 94 y 95.

<sup>26</sup> Ídem, p. 98.

Derecho, que quedó inconcluso por la muerte de este autor<sup>27</sup>. En este texto, Hart señala que posiblemente hubo una omisión en el tratamiento del tema de los principios: "ciertamente, confieso que en mi libro me ocupé muy poco del tópico de la adjudicación y del razonamiento jurídico y, en especial, de los argumentos relativos a lo que mis críticos denominan principios jurídicos. Coincido que es un defecto de mi exposición el no haberme detenido en los principios"<sup>28</sup>. Pese a ello, Hart sostiene que estas objeciones no implican que para enfrentarlas y solucionarlas se produzca un cambio muy profundo de su teoría, que afecte sus postulados centrales, entre los cuales el mismo Hart señala el de la idea de regla de reconocimiento. De esta manera, este autor sostiene que es errado creer que los principios en ningún caso pueden ser identificados mediante criterios de linaje, es decir, señalando ciertas características formales que deben poseer para que se les considere parte del Derecho. Hart señala el ejemplo, al cual ya se ha hecho referencia, de ciertas disposiciones de una Constitución escrita o las enmiendas a una ley, que perfectamente pueden asumir los elementos característicos de los principios, o sea, operar de manera no concluyente, en el sentido que pueden presentarse otros principios que en un caso dado tienen mayor peso como razón para resolverlo. Además, frente a la objeción de Dworkin según la cual mediante una regla de reconocimiento no es posible la identificación de los principios que harían parte del Derecho, señala Hart que como alternativa tal autor propone la identificación de los principios mediante una "interpretación constructiva" como miembros del conjunto único de principios que ofrecen una mejor explicación de la historia institucional del Derecho que rige en una sociedad y que mejor lo justifica. Sin embargo, Hart afirma que esta interpretación constructiva puede conducir precisamente a una determinación de los principios jurídicos mediante criterios que caracterizan un "positivismo suave", el cual es asumido y defendido por el autor inglés. Por lo tanto, concluye que "esta prueba interpretativa no parece ser una alternativa al criterio suministrado por una regla de reconocimiento sino únicamente, como lo han argumentado algunos críticos, una forma compleja de positivismo suave, del criterio que identifica los principios jurídicos por su contenido y no por su linaje"<sup>29</sup>.

2. La presencia e influencia de los valores observados por los miembros de la comunidad en la que el sistema jurídico tiene vigencia –ya sea aquellos pertenecientes a la moral social, a la justicia o al derecho natural– siempre han alterado las doctrinas positivistas y sus posiciones frente a la explicación de la validez y de la unidad del ordenamiento jurídico mediante una norma básica. Sobre los problemas que esta situación supone dos observaciones pueden ser hechas. En primer lugar, las dificultades

27 Este *postscriptum* aparece en la segunda edición inglesa de la principal obra de este autor: Hart, H. L. A. *The Concept of Law* (second edition, with a *postscript*), Oxford: Clarendon Press, 1994. Hay traducción española en Rodríguez, César (estudio preliminar), *La Decisión Judicial: el Debate Hart - Dworkin*, Bogotá: Siglo de Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, pp. 89-141.

28 Hart, H. L. A., "Postscriptum", en C. RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 118.

29 *Ídem*, pp. 126 y 127.

des que implica la identificación de los conceptos de norma válida y de norma obligatoria en la teoría jurídica kelseniana y que son la base de la mayor parte de los reproches a propósito de los juicios de valor que implicaría la doctrina de la norma fundamental. Es cierto que si la identificación se restringe a las normas individuales del sistema jurídico cuya validez se fundamenta en última instancia en la constitución, no habría muchas dificultades puesto que el carácter obligatorio de estas normas válidas se referiría al sistema jurídico y no a unos juicios de valor sobre la conveniencia o sobre la justicia de las normas. El problema aparece cuando se trata del carácter obligatorio implícito de la constitución en tanto que norma válida. En este caso, la identificación kelseniana de la validez de una norma y su carácter obligatorio no corresponden al objetivo de considerar el derecho independientemente de su eventual carácter moralmente obligatorio. No es posible decir que la constitución es una norma obligatoria si, con este término, se hace referencia a la naturaleza obligatoria de una norma fundamentada sobre otra norma del sistema, porque, por hipótesis misma, no hay una norma positiva superior a la constitución en la jerarquía del orden. El problema sería que mientras es legítimo para una ciencia construir su objeto formulando una hipótesis, no lo sería sostener que una hipótesis prescribe conducirse conformemente a la constitución. En consecuencia, la constitución no puede ser el objeto de una afirmación sobre su carácter obligatorio a partir de la constatación de su validez, si esta afirmación pretende ser realizada desde un punto de vista estrictamente positivista, es decir, si el propósito no es el de hacer que la "ciencia" jurídica prescriba la obediencia al derecho.

La segunda observación se refiere a la regla de reconocimiento hartiana y a la posibilidad de que esta norma posea entre sus criterios de validez la correspondencia a ciertos postulados de la moral o a ciertos principios de la justicia. Ello no es rechazado por Hart en *El concepto de derecho* porque la regla de reconocimiento puede tener criterios de validez complejos que hagan referencia a un contenido específico que las normas deben poseer para que puedan pertenecer al sistema. Además, esta posibilidad es confirmada por Hart cuando responde a las críticas de Dworkin relativas a la imposibilidad que caracteriza a la regla de reconocimiento de identificar los principios relacionados con los postulados de moral o de justicia. En fin, todo depende de los criterios que, en efecto, son utilizados para determinar las reglas válidas del sistema. Frente a la regla de reconocimiento, es claro que Hart no pretende dar una justificación a la obediencia del derecho, sino simplemente tratar de describir correctamente los sistemas jurídicos existentes. "Podemos preguntarnos si es satisfactorio un sistema jurídico que tiene a tal regla en su base. ¿Produce más mal que bien? ¿Hay razones prudentes par apoyarlo? ¿Existe una obligación moral de hacerlo? Estas son, es obvio, cuestiones muy importantes; pero es igualmente obvio que cuando formulamos tales preguntas acerca de la regla de reconocimiento, ya no estamos tratando de contestar a su respecto el mismo tipo de preguntas que con su ayuda contestamos acerca de otras reglas"<sup>30</sup>.

## 2.3. LA VALIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL SISTEMA JURÍDICO

La determinación del concepto jurídico de validez es uno de los propósitos (posiblemente el principal de ellos) por el que las teorías de la norma fundamental y de la regla de reconocimiento son planteadas, si bien los problemas a este respecto no dejan de surgir. Comenzaremos con el estudio de esta cuestión para continuar con la de la aplicación de dicho concepto a la norma constitucional y terminar con el examen de las relaciones entre las normas y los actos que las instauran (en particular la constitución y el acto de su instauración).

1. Los problemas de las teorías de la norma básica a propósito del concepto de validez se explican por las dificultades de la aplicación de este último en algunos niveles del sistema jurídico. Así, mientras que la validez, en sentido formal, se aplica a las normas al interior del sistema jurídico y en su centro, las teorías de la norma básica se refieren a las normas positivas superiores y al sistema en general. Dos posibilidades se ofrecen para poder superar estos obstáculos: se podría extender el concepto de validez formal en este nivel del sistema jurídico o se podría recurrir a otros conceptos diferentes.

El concepto de validez formal o normativo hace referencia a la relación entre una norma objeto de examen y las otras normas del sistema jurídico. Esta relación estaría constituida por las tres condiciones que ha debido satisfacer una norma para que sea considerada como una norma válida del sistema. En primer lugar, la norma ha debido ser creada según la forma o el procedimiento de creación normativa establecido por el propio orden jurídico; en segundo término, la norma ha debido ser promulgada por la autoridad competente definida también por el propio orden jurídico; finalmente, el contenido de la norma no debe contradecir el contenido de las normas ubicadas en un nivel superior del orden jurídico, es decir, la norma objeto de examen no prevé comportamientos contrarios a los previstos por tales normas superiores. Esta noción de validez jurídica formal puede ser extendida. Así, otras dos concepciones serían propuestas: la primera es la concepción axiológica o moral según la cual la validez de las normas jurídicas depende del hecho de que su contenido corresponda o, por lo menos, no contradiga ciertos postulados de un orden de valores. En este caso, lo que importa es la relación entre la norma objeto de evaluación de validez y las reglas o preceptos de otros órdenes normativos, ya sea la moral, la justicia, el derecho natural, etc. Se trata de una relación entre contenidos de normas, lo que permite asegurar que la norma jurídica es válida porque es justa o porque lo que ordena es moralmente correcto, u otras afirmaciones de este tipo; en otras palabras, cuando la norma es objeto de una justificación moral, será considerada como una norma válida desde un punto de vista axiológico. La segunda concepción es la empirista o sociológica. Ella se refiere a la relación, o mejor, a la correspondencia entre el comportamiento previsto por la norma y el comportamiento real de las personas a quienes esta norma se dirige. Una norma es entonces válida desde este punto de vista si lo que ella prescribe es efectivamente seguido por sus destinatarios o, por lo menos, en caso de comportamiento contrario, se aplican las sanciones previstas en respuesta a su infracción. Se trata pues del derecho que, en efecto, regula la conducta

de los miembros de una sociedad dada, es decir de las normas generalmente observadas y aplicadas.

Una extensión del concepto de validez de tal magnitud implicaría un desplazamiento del mismo para llegar, en la primera concepción, al de moralidad o de justicia de una norma jurídica y, en la segunda, al de eficacia. Solamente quedaría la posibilidad de recurrir a otros conceptos. Sin embargo, las nociones de justicia y de eficacia suponen varios problemas cuando se va a realizar un análisis positivista y normativista del derecho (a partir del cual las teorías de la norma básica se desarrollan). Ello explica que otros conceptos han sido propuestos para explicar el carácter de las normas jurídicas que no encuentran una norma superior sobre la cual fundamentar su validez (en particular, la constitución). Así, Paul Amselek propone la distinción entre norma válida y norma en vigor: "una cosa, en efecto, es que una norma jurídica sea jurídicamente 'válida', es decir, que haya sido promulgada de conformidad a otras normas jurídicas; otra cosa es que una norma jurídica esté 'en vigor', es decir aplicable, jurídicamente en aplicación o, como se dice corrientemente, 'produce efecto'"<sup>31</sup>. Sin embargo, esta distinción podría ser contestada desde una perspectiva kelseniana si se persiste en el argumento según el cual la validez es el modo de existencia específico de las normas. Así, si una norma está en vigor, ello no significa simplemente que produce efectos, sino que es identificada como norma que hace parte de un orden positivo y, por este camino, que es válida y que el fundamento de su validez debe encontrarse en una norma superior<sup>32</sup>.

Las dificultades que el concepto de validez supone podrían ser superadas si su objetivo es clarificado. En efecto, se utiliza el término "validez" para designar uno de los modos de existencia de las normas jurídicas. Sin embargo, no se trata del único tipo de existencia que una norma tendría al interior de un sistema jurídico. De esta manera, Hart propone de manera implícita dos nociones de existencia de las reglas. De una parte, para este autor, una regla existe en la medida en que consiste efectivamente en un modelo de conducta que las personas siguen o no siguen y por medio del cual ellas evalúan la conducta ajena. Es así que, por ejemplo, existiría una regla según la cual hay que descubrirse al entrar a una iglesia. "Si se encuentran reglas de este tipo en la práctica efectiva del grupo social, no cabe examinar como problema independiente el de su supuesta validez, aunque, por supuesto, su valor o conveniencia es un problema abierto al debate. Una vez que la existencia de las reglas ha sido establecida como hecho, sólo confundiríamos las cosas, afirmando o negando que ellas son válidas, o diciendo que 'damos por admitida' su validez, pero que no podemos demostrarla"<sup>33</sup>.

31 Amselek, Paul, "Observations critiques au tour de la hiérarchie de normes de Kelsen", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris: Chevalier-Marescq, No. 6, 1978, p. 15. La traducción es nuestra.

32 Troper, Michel, "La pyramide est toujours debout. Réponse à Paul Amselek", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris: Chevalier-Marescq, No. 6, 1978, p. 1532.

33 C. D. p. 136.

De otra parte, la existencia de una regla puede significar igualmente que ha sido promulgada según los criterios que el ordenamiento prevé para la creación de sus reglas. "El enunciado de que una regla existe puede no ser ya, como ocurría en el caso simple de las reglas consuetudinarias, un enunciado externo del hecho de que cierto modo de conducta es generalmente aceptado en la práctica como pauta. Ahora puede ser un enunciado interno que aplica una regla de reconocimiento aceptada, pero no expresa, y que, dicho en forma tosca, significa únicamente que la regla es 'válida según los criterios de validez del sistema'"<sup>34</sup>. De esta manera, cuando estamos frente a una norma cuya validez no puede fundarse sobre una norma superior, porque no se encuentra ninguna, su existencia no puede tener el sentido de validez formal. Sólo queda el recurrir al otro significado que Hart nos propone, es decir, el de la existencia de una norma como una práctica social en la cual ella es o no es respetada y en la cual ella constituye un modelo de conducta que sirve para evaluar el comportamiento propio y el de los demás. En este sentido, la constitución, en tanto que norma positiva última del sistema no sería objeto del concepto de validez formal, sino del concepto de existencia de normas.

2. Pareciera que utilizar el concepto formal de validez cuando se hace referencia a la existencia de la constitución y del sistema jurídico como un todo supone varias dificultades y malentendidos. Si la pregunta sobre la validez de la constitución fuera planteada a un jurista, su respuesta podría ser que esta norma es válida porque ha sido promulgada según el procedimiento previsto por la constitución anterior. Aquí estamos frente a una aplicación del concepto de validez formal, en la medida en que la validez de la constitución se refiere a otra norma. Sin embargo, si la pregunta fuera planteada a propósito de la constitución precedente, y si esta última no fuera el resultado de la reforma de una constitución anterior, el jurista tendría serios problemas para mantenerse en un concepto estrictamente formal de validez. No sería sorprendente que afirmase que la constitución es válida porque es conforme a ciertos valores políticos o porque es justa. De esta forma, se pasa de un análisis formal de la validez de la constitución a un juicio de valor sobre su conveniencia y su justicia. Por lo tanto, la constitución no es válida o inválida –insistimos, desde un punto de vista formal– como no es tampoco "constitucional" o "inconstitucional". En la medida en que la idea de la auto-fundación de las reglas de derecho es difícilmente defendible, la constitución no puede ser considerada "constitucional" o, concretamente, conforme a ella misma. La "legitimidad" (si así se puede decir) de la constitución y de sus disposiciones no es jurídica, como podría suceder con las normas al interior del sistema.

Por lo tanto, la "validez" de la constitución no sería de carácter formal, y si se utiliza este término en un caso dado la mayoría de las veces estaríamos frente a un juicio de valor sobre los contenidos de esa constitución. No se trata de la validez formal, sino de poner en duda la justicia, la pertinencia o la conveniencia de la constitución. No obstante, otras afirmaciones sobre la misma podrían ser hechas. Se puede decir que existe

como norma jurídica sin que con esto se haga, en la medida de lo posible, un juicio de valor<sup>35</sup>. Se trataría solamente de la simple constatación de que la constitución es una norma que sirve de modelo de conducta oficial y de modelo para la actividad de los ciudadanos, que es utilizada para apreciar el comportamiento de las autoridades y, en general, de los particulares, y que tiene el objetivo de dirigir la conducta de los miembros de una comunidad jurídica específica, particularmente la de sus autoridades.

3. Que las normas constituyen unas realidades diferentes de los actos que las establecen es una tesis que después de su formulación explícita en la *Teoría Pura* no pareciera encontrar muchos detractores. De todas formas, a pesar de esta distinción, normas y actos de instauración mantiene un lazo profundo. Así, toda norma jurídica se refiere a un acto de instauración, ya sea un acto consciente o una realidad que, al origen, no tenía el propósito de crear una norma, pero que tuvo este resultado (tal como sucede, por ejemplo, con la costumbre). Los actos que establecen normas tienen entonces un papel decisivo en la determinación de la naturaleza jurídica de éstas y en la estructura del ordenamiento. Es posible afirmar que es muy difícil concebir la naturaleza jurídica de una norma independientemente del acto que la origina. Por esta razón, el ordenamiento jurídico, estructurado en un sistema de normas, se relaciona con los actos de instauración de estas normas y esto explica que, en última instancia, la constitución haga referencia, no a otra norma del sistema jurídico, sino a su acto de instauración.

## A MANERA DE CONCLUSIÓN

La característica distintiva de las dos teorías de la norma básica estudiadas es la de concebir la validez de todas las normas del sistema fundándola en un solo y único elemento primordial, que se ubica en la cima de una pirámide presente como una constante metáfora. Se trata siempre de una sola fuente que sólo puede ser una norma porque el derecho es comprendido siempre como un orden normativo y la homogeneidad de sus elementos no podría ser alterada con la introducción de un elemento diferente que las reuniría y permitiría concebirlas como reglas de derecho. Estamos ante una "norma" fundamental, ante una "regla" de reconocimiento, ante un solo y único concepto insuperable que fundamenta el derecho, que permite reconocerlo, que nos da la clave del sistema jurídico.

1. La suposición de la norma fundamental tiene dos sentidos: de una parte, es una suposición teórica para comprender objetivamente el derecho como un orden formado por normas positivas, sin recurrir a interpretaciones "trascendentalistas" o metafísicas.

<sup>35</sup> Es necesario subrayar que a pesar de la posibilidad de hacer un enunciado neutro sobre la existencia de una regla, el hecho de caracterizarla como una regla de derecho supone varias implicaciones valorativas que conviene tener siempre presentes. Se trata de las connotaciones valorativas del uso del lenguaje que en el caso del derecho presentan una innegable evidencia.

sicas: de otra parte, es una suposición que debe realizarse siempre en referencia a un sistema jurídico eficaz de manera general, es decir, una suposición necesariamente ligada a una realidad dada. Este último aspecto demuestra que los fenómenos que tienen una relación directa con las normas jurídicas no pueden ser abandonados cuando se llega a cierto nivel de reflexión sobre el derecho. Es el nivel de la "validez" de las normas superiores al interior de la estructura de los sistemas jurídicos existentes (superiores en el sentido que no hay otra norma que pueda servir de fundamento de validez de éstas); es el nivel de la comprensión de la totalidad del sistema jurídico; es el nivel donde se hace la pregunta "¿qué sigue después?".

En su obra *Teoría general de las normas*, Kelsen insiste en el primer significado que toma la suposición de la norma fundamental. Afirma que si se pretende dar una explicación positivista del derecho hay que presuponer una norma fundamental. Sin embargo, este autor modera tal afirmación reconociendo que la norma fundamental puede pero no debe ser necesariamente presupuesta<sup>36</sup>. De todas formas, si el propósito es hacer una "ciencia del derecho", la suposición de esta norma es la única opción que queda: "tan sólo si es presupuesta, la significación subjetiva de un acto de voluntad que se dirige al comportamiento de otro puede también ser su significación objetiva, es decir, que estos contenidos de significación pueden ser interpretados como normas (...) jurídicas obligatorias"<sup>37</sup>. Además, la norma fundamental, en su condición de suposición necesaria de la ciencia del derecho, es una "ficción verdadera". La ciencia del derecho debe recurrir a esta ficción verdadera –ficción verdadera en la medida en que, según Kelsen, contradice la realidad y es contradictoria en si misma– porque, tanto en el conocimiento general como en el del derecho, constituye "un recurso del pensamiento al que se acude si no se puede alcanzar el objetivo del pensamiento con los elementos de los que se dispone"<sup>38</sup>. En otras palabras, el derecho, como objeto de conocimiento, no ofrece los elementos que permitirían dejar a un lado tal ficción.

En este orden de ideas, el problema es determinar si en realidad el derecho, como objeto de conocimiento, no contiene tales elementos que permitan su descripción y su comprensión sin apoyarse necesariamente en ficciones verdaderas. La respuesta se encontraría en la misma doctrina de Kelsen, en sus fundamentos de base. Lo que haría posible abandonar las ficciones y, en particular, la ficción de la norma fundamental como explicación última de los sistemas jurídicos es el hecho (no la norma) de que "el derecho es un orden de la conducta humana"<sup>39</sup>. Kelsen asegura que "una teoría del derecho tiene, ante todo, que determinar conceptualmente su objeto"<sup>40</sup>, es decir,

36 Kelsen, Hans, *Théorie Générale des Normes* (traducción francesa de *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) por Olivier Beaud y Fabrice Malkani), París: Presses Universitaires de France, 1996, p. 343.

37 Ídem, p. 344.

38 Ídem.

39 Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 3.

40 T. P. p. 44.

"alcanzar una definición del derecho"<sup>41</sup>. El objetivo, según este autor, es "establecer si los fenómenos sociales designados con esa palabra [derecho] exhiben notas comunes, mediante las cuales puedan ser distinguidos de otros fenómenos análogos a ellos, y si estas notas son suficientemente significativas como para servir de elementos de un concepto del conocimiento científico de la sociedad"<sup>42</sup>. Estos fenómenos sociales son los elementos esenciales de la definición del derecho. Entonces, pareciera que no habría que buscar ficciones cuando se hace la pregunta sobre la validez de la constitución. Es claro que una metodología que busca la pureza del derecho puede llevar a examinar solamente la esfera del deber ser, que es la esfera del derecho, la de las normas jurídicas. Sin embargo, cuando nos encontramos en los límites del derecho, de la esfera del deber ser, ¿se impone todavía, una vez el límite superado, buscar un "deber ser"? ¿no sería conveniente buscar un límite ligado pero diferente del deber ser de las normas? Es de esta forma que el derecho ofrece los elementos que permiten alcanzar el objetivo de la ciencia jurídica, que puede ser una noción, una explicación, una interpretación, etc. Los ofrece porque es un orden social, un orden normativo que regula la conducta humana con respecto a la de los otros seres humanos. Entonces habría que buscar en estos fenómenos las características de las normas jurídicas, lo que hace la diferencia con los otros órdenes normativos. Estos serían, por lo tanto, los elementos que Kelsen podía haber tenido en cuenta.

2. A partir de las dificultades halladas frente a la norma fundamental, Hart toma la vía que Kelsen había dejado de lado. Así, afirma aquel autor que el último criterio de validez del sistema no debe ser supuesto o postulado si se quiere dar a entender su naturaleza última. La regla de reconocimiento es entonces un elemento bastante particular del sistema jurídico. Es "derecho" y al mismo tiempo es "hecho". Ello constituye un verdadero escándalo para los partidarios de una pureza radical del derecho frente a la realidad de los hechos. En la medida en que está en el límite del derecho, la regla de reconocimiento es el elemento que permite pasar de la esfera del derecho a la de la realidad, porque es una regla cuya existencia tiene la forma de "una práctica compleja, pero normalmente concordante"<sup>43</sup> que constituye el criterio último de validez del sistema jurídico. Hart no recurre a una suposición, ni a una ficción. Más bien asegura que la suposición de la validez de la regla de reconocimiento "oculta el carácter esencialmente fáctico"<sup>44</sup> de esta regla. Hart logra, de esta forma, eliminar las ficciones remplazándolas por una realidad, una práctica de los tribunales, de los funcionarios y de los particulares que revela la manera como estas personas utilizan la regla de reconocimiento para identificar las reglas del sistema jurídico.

De todas formas, una proposición de una regla que es derecho y hecho al mismo tiempo no deja de causar perplejidad. No es evidente que una norma pueda tener estas

41 Ídem.  
42 Ídem.  
43 C. D. p. 137.  
44 C. D. p. 136.

os dimensiones sin caer en una contradicción: la falacia naturalista. Es la gran crítica que realiza Robert Alexy a la regla de reconocimiento de Hart, en la medida en que ésta raspa la frontera y confunde las esferas del ser y del deber ser. "La ventaja de la teoría kelseniana de la norma fundamental reside en que este paso del ser al deber ser no se esconde detrás de conceptos tales como los de aceptación y existencia de una práctica sino que es puesto de manifiesto y tematizado. En última instancia, una teoría empírica de la norma fundamental tiene que fracasar porque no puede aprehender adecuadamente el problema propiamente dicho de una norma fundamental, es decir, el paso del ser al deber ser"<sup>45</sup>. La solución que propone Alexy es un regreso a la norma fundamental, a pesar de que sea una presuposición y a pesar de su carácter ficticio. Los argumentos para este retorno se sitúan en la misma línea que los de Kelsen, es decir, la necesidad de una suposición tal para poder interpretar objetivamente un orden jurídico eficaz y obligatorio, y la separación entre el ser y el deber ser<sup>46</sup>. Además, Alexy refuerza los elementos kantianos en la elaboración de la teoría de la norma fundamental y llega a afirmar que Kant ya había previsto un tipo de norma fundamental que denomina "norma fundamental normativa"<sup>47</sup>, oponiéndola a la "norma fundamental empírica" de Hart<sup>48</sup>.

Parece entonces que había que conservar el carácter jurídico del último escalón del sistema, pues frente a los problemas que plantea la "regla-hecho" de Hart no queda más que la posibilidad de las presuposiciones, si una descripción objetiva del derecho debe ser alcanzada. La alternativa de una regla-hecho debía entonces ser rechazada. Una renovación de la pureza sería indispensable y esta regla-hecho sería de nuevo solamente derecho inalterable. No obstante, sería posible encontrar otra vía. El carácter preeminente de la regla de reconocimiento es el de estar constituida por una práctica compleja. Ello sería más decisivo que su carácter normativo, es decir, que la atribución de una calidad al acto o a los hechos a los cuales los criterios de validez de la regla de reconocimiento se refieren para identificar las normas válidas. Lo que importaría es que la regla de reconocimiento, en su condición de práctica compleja y habitualmente concordante, permite la descripción más apropiada del sistema jurídico y de las realidades que lo rodean. Esta regla es entonces una práctica, ¿pero puede ser considerada aún como una regla en el sentido estricto del término? Cada vez que Hart explica las características esenciales de la regla de reconocimiento los elementos fácticos son los que se ponen de relieve. ¿Más bien no se trataría solamente de una práctica a través de la cual las normas válidas del sistema son identificadas? De esta forma, estaríamos frente a una práctica que permitiría identificar el último criterio de validez del sistema contenido en una regla de derecho, ya sea una norma escrita, ya sea una norma consuetudinaria.

45 Alexy, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho* (traducción de Jorge M. Seña), Barcelona: Gedisa, 1994, p. 122.

46 Ídem, p. 100.

47 Ídem, p. 116.

48 Ídem, p. 121.

3. Pueden encontrarse dos series de fenómenos relacionados con la norma básica. En la teoría kelseniana, se trata del acto de establecimiento de la primera constitución histórica estatal. Sin embargo, este acto se encuentra determinado por la norma fundamental que permite interpretar su significación subjetiva como la significación objetiva de una norma jurídica obligatoria para sus destinatarios. Es pues un acto jurídico en la medida en que recibe este carácter de la norma fundamental. De otra parte, en la teoría hartiana, se encuentran ciertas prácticas que no son determinadas por una norma jurídica, sino que tiene tal carácter jurídico porque constituyen la existencia del criterio de validez último y superior del sistema. No existe otra norma que se encuentre sobre tales prácticas. Las normas se encuentran debajo pues la regla de reconocimiento depende de que sea efectivamente utilizada como el criterio último y superior del sistema.

Contrariamente a lo que sucede en el caso de las normas "inferiores", en el nivel del sistema jurídico donde no hay más normas para fundamentar la validez de la norma "superior", la determinación de los límites del derecho es más difícil y complicada. Esta dificultad residiría en el hecho de que nos encontramos ante normas esenciales del sistema, ya sea desde un punto de vista estructural, desde un punto de vista político o desde un punto de vista justificativo. ¿Es necesario doblar el orden normativo, es decir ubicar otra norma no positiva sobre el sistema para dar una explicación de la validez de sus normas? La razón de esta pregunta es la característica común, ya señalada, de las teorías de la norma fundamental y de la regla de reconocimiento que consiste a insertar siempre otra norma no positiva supuesta, según Kelsen, o fáctica, según Hart.

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos actuales, en su condición de sistemas estructurados y jerárquicos, el problema de la identificación de la última regla del sistema que no es creada siguiendo otra norma positiva, hace referencia a la constitución. Es cierto que no es el único caso posible, pero es el más frecuente, al menos en los sistemas jurídicos occidentales. De esta manera, la norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart se refieren a la constitución como la última norma positiva del sistema. La pregunta sobre la cual se insiste es la de saber por qué plantear siempre otra norma, por qué doblar siempre el sistema normativo. Esto es más difícil de comprender si el objetivo de la "ciencia jurídica" es "exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. [Intentar] dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea"<sup>49</sup>; en otras palabras, el propósito de "la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica"<sup>50</sup>. Por consiguiente, existe la posibilidad de detenerse en la constitución sin proponer una norma no positiva para después, teniendo en cuenta las características especiales de la norma constitucional, examinar en la práctica los fenómenos que nos permiten identificarla como una norma jurídica.

49 T. P., p. 15.

50 C. D., p. XI.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho* (traducción de Jorge M. Seña), Barcelona: Gedisa, 1994.
- Amselek, Paul, "Observations critiques au tour de la hiérarchie de normes de Kelsen", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris: Chevalier-Marescq, No. 6, 1978.
- Bobbio, Norberto, "Kelsen y el poder político", en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi (eds.), *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio* (traducción de *Taking Rights Seriously* (1977) por Marta Gustavino), Barcelona: Ariel, 1995.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law* (second edition, with a postscript), Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Hart, H. L. A., "Postscriptum", en Rodríguez, César (estudio preliminar), *La Decisión Judicial: el Debate Hart - Dworkin*, Bogotá: Siglo de Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, pp. 89-141.
- Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho* (traducción de la primera edición de *The Concept of Law* (1961) por Genaro R. Carrió), Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado* (traducción de *General Theory of Law and State* (1945) por Eduardo García Máynez), México: UNAM, 1988.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (traducción de la segunda edición de *Reine Rechtslehre* (1960) por Roberto J. Vernengo), México: editorial Porrúa, 1995.
- Kelsen, Hans, *Théorie Générale des Normes* (traducción francesa de *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) por Olivier Beaud y Fabrice Malkani), París: Presses Universitaires de France, 1996.
- Páramo, Juan R. de, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Perelman, Chaïm, *Le raisonnement et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.
- Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (traducción de *On law and justice* (1958) por G.R. Carrió), Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977.
- Troper, Michel, "La pyramide est toujours debout. Réponse à Paul Amselek", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris : Chevalier-Marescq, No. 6, 1978.