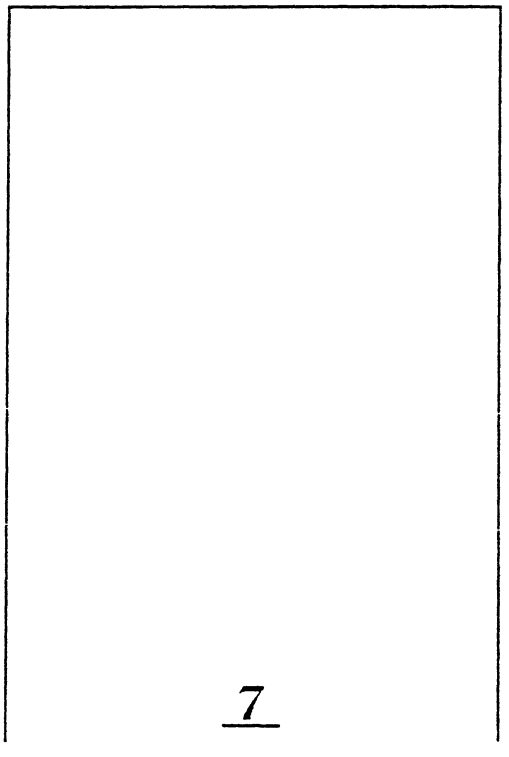
Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política

DIRIGIDA POR

Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania)
y Rodolfo Vázquez (ITAM, México)



7

ALF ROSS

EL CONCEPTO DE VALIDEZ Y OTROS ENSAYOS

DISTRIBUCIONES FONTAMARA

En este libro se han reunido cinco ensayos publicados por el autor en idioma inglés.

Títulos originales:

Validity and the conflict between legal positivism and natural law.
Traducción: *Genaro R. Carrió* y *Osvaldo Paschero*

Kelsen, Hans What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays.
Traducción: *Genaro R. Carrió*

On self reference and a difficult puzzle of Constitutional Law.
Traducción: *Eugenio Bulygin* y *Ernesto Garzón Valdés*

On the concepts `State´and `State organ´in Constitutional Law.
Traducción: *Eduardo A. Vázquez*

Rise and Fall of the doctrine of Performatives.
Traducción: *Eugenio Bulygin* y *Ernesto Garzón Valdés*

1969 Centro Editor de América Latina, S. A., Buenos Aires, Argentina.
Primera edición: 1991, Distribuciones Fontamara, S. A.
Cuarta reimpresión: 2006

Reservados todos los derechos conforme a la ley

ISBN 968-476-134-1

© Alf Ross
© Distribuciones Fontamara, S. A.
Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia del Carmen
Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.
Tels. 5659-7117 y 5659-7978 Fax 5658-4282
Email: fontamaramx@yahoo.com.mx

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

EL CONCEPTO DE VALIDEZ Y EL CONFLICTO ENTRE EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL DERECHO NATURAL

Hace aproximadamente un año tuve el honor de dar dos conferencias en la Universidad de Buenos Aires sobre el tema *El positivismo jurídico y el derecho natural.* Este problema es considerado a menudo como el límite más importante dentro de la filosofía jurídica, que divide esta disciplina en dos campos hostiles e irreconciliables. Los positivistas han calificado a las doctrinas del derecho natural de creencias basadas en ideas metafísicas o religiosas, incompatibles con los principios del pensamiento científico; y por su parte, los jusnaturalistas han acusado a sus adversarios de falta de comprensión del reino del espíritu y de los valores, un reino que es bien real, aunque no pueda ser descubierto o descrito por medio de la experiencia sensorial[1]. Ellos han llegado incluso a acusar a los positivistas de torpeza moral y complicidad en las abominaciones del régimen de Hitler[2].

---

[1] El problema se plantea así: ¿cómo podemos conocer lo Divino, qué es lo absoluto?... Hay conocimiento y conocimiento: está el que se basa en los datos sensoriales y en experiencias físicas, y está el que se apoya en un requerimiento inequívoco de nuestro espíritu, que no puede ser confirmado por ninguna experiencia sensorial, pero, cabe destacar, tampoco puede ser negado, por la sencilla razón de que pertenece a un orden de verdades que trasciende los fenómenos del mundo. Giorgio Del Vecchio: *Divine Justice and Human Justice, The Juridical Review* (*The Law Journal of the Scottish Universities*), 148 (1956)

[2] Ver G. Radbruch: *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, en Rechtsphilosophie* (4ª ed., 1950), 347 y siguientes (hay trad. castellana de María Isabel Agaretto, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal,* Bs. As. Abeledo-Perrot, 1962); Lon L. Fuller, *Positivism and fidelity to Law,* 71, Harv. L. R., 630, 657 y siguientes (1958).

En mis conferencias no intenté de manera alguna disminuir la importancia de la cuestión. Traté, sin embargo, de señalar que hasta cierto punto la discusión ha sido confundida por falta de claridad en cuanto al significado de la expresión "positivismo jurídico", que prácticamente no ha sido jamás definida con precisión. Intenté especialmente mostrar que el aspecto más agudo de la controversia —a saber la crítica de la actitud que se revela en el *slogan Gesetz ist Gesetz* (la ley es la ley), como una actitud sin sentido moral y parcialmente responsable del régimen de Hitler— nada tiene que ver con el positivismo jurídico entendido correctamente, sino que es en realidad una controversia entre dos escuelas jusnaturalistas divergentes.

En este trabajo quiero retomar esta línea de investigación y elaborarla de una manera que no puede hacerse en una exposición oral. Mis observaciones se referirán especialmente al significado y función del concepto de validez en la teoría del derecho.

1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR "POSITIVISMO JURÍDICO"?

Aunque se le usa con frecuencia, la expresión "positivismo jurídico" nunca ha tenido un significado que haya recibido aceptación general. En la mayoría de los casos, la expresión es usada vagamente, sin ninguna connotación definida. Si ha de designar un punto de vista contrario a la filosofía del derecho natural, tiene que ser tomada como que significa no una doctrina específica, sino un amplio enfoque general frente a los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho. Del mismo modo, la expresión opuesta, "derecho natural", tiene que ser entendida también en forma amplia como designando una actitud o punto de vista general.

Dada la manera como el término "positivismo" es usado en general en la filosofía, me parece razonable tomar la expresión "positivismo jurídico" en sentido amplio, como significando una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica. En contraposición, la expresión "derecho natural" es tomada en sentido amplio para designar la actitud o enfoque de los problemas de la filosofía

jurídica y de la teoría del derecho, basado en la creencia de que el derecho no puede ser descrito o comprendido exhaustivamente en términos de principios empiristas, sino que requiere una interpretación metafísica, esto es, una interpretación a la luz de los principios y de las ideas inherentes a la naturaleza racional o divina del hombre, principios e ideas apriorísticos que trascienden el mundo de los sentidos.

La vaga expresión "principios empiristas" puede, por supuesto, ser interpretada de varias maneras. Tal como la entiendo, conduce a dos tesis fundamentales que para mí constituyen el núcleo del positivismo jurídico.

Primero, la tesis de que la creencia en el derecho natural es errónea. No existe tal derecho; todo derecho es positivo. Por supuesto, ésta es una tesis que pertenece al campo general de la filosofía moral, de la ética. Esta tesis niega que los principios o juicios éticos (morales, jurídicos) sean la expresión de verdades, algo a ser descubierto y establecido objetivamente mediante algún proceso de conocimiento. La ética (o moral, en sentido amplio) es usualmente dividida en dos partes por los partidarios de las teorías cognoscitivas: moral en sentido estricto y derecho natural. La moral, se sostiene comúnmente, se refiere al destino y fin ético último del hombre, mientras que el derecho natural trata de los principios y normas que deben regir la vida del hombre en la sociedad civil (el Estado) para que pueda realizar su destino moral[3]. Los principios éticos son, entonces, principios de la moral o del derecho natural. La negación positivista de la existencia del derecho natural es una consecuencia implícita en la doctrina más general que niega la existencia de todo conocimiento ético: No hay derecho natural como no hay una moral natural.

La segunda tesis fundamental del positivismo jurídico es una doctrina que pertenece a la teoría o metodología de la ciencia del derecho. Afirma que es posible establecer la existencia y describir el contenido del derecho de un determinado país en un momento determinado en términos puramente fácticos, empíricos, basados en la observación e interpretación de hechos sociales (conducta y actitudes humanas); afirma, en

[3] Ver, por ejemplo Alfred Verdross: *Abendländische Rechtsphilosophie* (1958), 248.

especial, que no hace falta recurrir a ideas o principios tomados del derecho natural o la moral natural[4]. Esto se aplica en particular a la idea de validez. En la medida en que este término es tomado como que significa que el derecho posee una fuerza moral intrínseca (la "fuerza obligatoria") que constriñe a los súbditos, no solo mediante la amenaza de sanciones sino también moralmente, en conciencia, en esa medida el término no tiene sentido ni función dentro de la doctrina del derecho. La validez, en esta interpretación, es una idea apriorística que no puede ser reducida a términos empíricos definidos por medio de hechos observables[5]. Ahora bien, si la ciencia del derecho —y por esta expresión entiendo la actividad que pretende describir el derecho efectivamente en vigor en cierto país en un momento determinado— se ha de entender como una ciencia empírica, no puede haber lugar en ella para ningún concepto de este tipo.

Cuando uno va de un país a otro es fácil observar cambios topográficos y climáticos; y nadie dudaría de que estos hechos pueden ser descritos sin necesidad de trascender los principios empiristas. A pesar de que los hechos son más complicados, y más difícil de ser captados y descritos, la situación es la misma en el caso del derecho de un país. Es un hecho, fácil de observar, que Suiza es montañosa mientras que Dinamarca es llana. También es un hecho que de acuerdo con el orden jurídico dinamarqués las mujeres tienen derecho a votar para elegir el Parlamento, mientras que en la Federación Suiza no lo tienen. Sin embargo, puede ser difícil indicar exactamente a *qué* hechos nos referimos cuando hablamos de la existencia de una regla jurídica. Esto último puede ser explicado de varias maneras por las distintas doctrinas positivistas. Estas teorías comparten, en tanto que positivistas, la convicción de que enunciar la existencia de una regla jurídica como perteneciente

---

[4] H. L. A. Hart: *The Concept of Law* (1961), 181, (hay trad. castellana de Genaro R. Carrió, *El concepto de derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot 1963) considera que "positivismo jurídico" significa "la afirmación de que no es en ningún sentido una verdad necesaria que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho frecuentemente lo hacen". Esto, creo, se acerca bastante a mi segunda tesis.

[5] Frede Castberg: *Problems of Legal Philosophy* (3ª edición, 1957).

al derecho de un país en un momento determinado es enunciar un conjunto de hechos sociales observables.

El postulado contenido en la segunda tesis del positivismo jurídico tiene el mismo significado que el "grito de guerra" de Austin: "La existencia del derecho es una cosa; otra cosa es su mérito o demérito". Porque esto significa exactamente que el derecho es un hecho; y que un hecho continúa siendo tal, le guste a uno o no; y sea que se lo considere en armonía o en conflicto con algunos principios del derecho natural, cuya verdad se presupone. Sin embargo, cuando se alude a esta doctrina, como frecuentemente ocurre, como la doctrina de la separación entre el derecho y la moral, la referencia es en alto grado engañosa. Es obvio que los hechos jurídicos y morales se encuentran relacionados entre sí de varias maneras[6]. Las ideas morales son, sin lugar a dudas, uno de los factores causales que influyen en la evolución del derecho; y éste, por su parte, influye a su vez en las ideas y actitudes morales predominantes. También es bien conocido que las valoraciones morales son frecuentemente incorporadas al derecho a través de los llamados *standards* jurídicos. No hay razón para que un positivista niegue esta mutua dependencia o cualquier otra relación posible entre el derecho y la moral (moral positiva, hechos morales). Si esto hubiera sido entendido siempre así, se habría evitado una gran cantidad de críticas y discusiones irrelevantes.

Nos habríamos ahorrado también otras discusiones si se hubiera advertido que un positivista jurídico no puede ser considerado responsable de todas las opiniones sostenidas en nombre del positivismo, así como un jusnaturalista no puede ser responsable por todas las doctrinas propugnadas como doctrinas del derecho natural. Por mi parte, quiero especialmente dejar sentada mi discrepancia con un conjunto de doctrinas que derivan de una concepción demasiado elemental de los hechos sociales que constituyen un orden jurídico. Me refiero a la interpretación *austiniana* del derecho como órdenes emanadas de una voluntad poderosa que en caso de desobediencia las impone mediante el empleo de la fuerza física; y a varias doctrinas que derivan de este modelo jurídico: la teoría

[6] *Cf. Ibid. op. cit.*, 198 y siguientes.

imperativista, la teoría de la fuerza "detrás" del derecho y la teoría mecánica del proceso judicial.

Esta última teoría, especialmente, que niega que el derecho tenga otras fuentes además de la legislación (y la costumbre) y que describe la actividad del juez en términos lógico-mecánicos, que no dejan lugar a la discreción inteligente o al ejercicio de valoraciones morales o sociales, ha sido atacada como un dogma positivista[7]. Sin embargo, tal teoría no se deriva de las premisas empiristas. Si, no obstante ello, es considerada como una doctrina positivista, esta opinión constituye un mal entendido o revela una ambigüedad en la noción de positivismo. Una teoría restringida de las fuentes del derecho, y una teoría de la interpretación que se atiene a las palabras usadas, a deducciones "lógicas" y a construcciones conceptuales, puede ser llamada "positivista" en el sentido de "lo expresado en frases definidas, lo establecido en decisiones arbitrarias", pero no en el sentido de "lo basado en la experiencia y en la observación de los hechos". Por lo tanto, es perfectamente posible aceptar con complacencia una evolución hacia una teoría de la interpretación judicial más inteligente, guiada por valoraciones, sin unirse a quienes claman por un retorno al derecho natural. "Alejarse del formalismo" no es de ningún modo lo mismo que "regresar al derecho natural"[8].

2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR "DERECHO NATURAL"?

Resulta menos difícil, creo, explicar qué se entiende por "derecho natural". Desde la época de Aristóteles y hasta nuestros días encontramos una tradición ininterrumpida de teorías del derecho natural. Es verdad, por supuesto, que la fundamentación teorética y el tenor práctico de esta filosofía

---

[7] "Si dejamos a un lado las específicas teorías del derecho vinculadas a la filosofía positivista, creo que podemos decir que el tono dominante del positivismo está dado por el temor hacia una interpretación finalista (*purposive*) del derecho y de las instituciones jurídicas, o, por lo menos, por el temor de que tal interpretación sea llevada demasiado lejos", Lon L. Fuller, *op. cit.* (ver nota 2, precedente), 669.

[8] *Cf. Alf Ross: A Text-book of International Law* (1947), 95; Roberto Ago *American Journal of International Law*, 1957,728

han variado mucho. Algunas veces el derecho natural se ha basado en concepciones teológicas; en otras ha sido concebido racionalmente. La naturaleza de la que se han derivado los principios universales ha sido la naturaleza del cosmos, o de Dios, o de la sociedad y la historia, pero más frecuentemente lo ha sido la naturaleza del hombre como ser racional. Podemos distinguir así entre un derecho natural teológico, sociológico, histórico, y racional antropocéntrico. Y desde un punto de vista político-práctico las teorías jusnaturalistas han sido tanto conservadoras como evolucionistas o revolucionarias. En el ámbito de la filosofía política todos los sistemas políticos, desde el absolutismo extremo hasta la democracia directa, han sido justificados por los filósofos del derecho natural.

A pesar de todas las divergencias, hay una idea común a todas las escuelas del derecho natural: la creencia en que existen algunos principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, principios que no han sido creados por el hombre sino que son descubiertos, principios *verdaderos*, que son obligatorios para todos, incluso para aquellos que no pueden o no quieren reconocer su existencia[9]. La verdad de estas leyes no puede ser establecida por medio de los métodos de la ciencia empírica sino que presupone una interpretación metafísica de la naturaleza del hombre[10].

---

[9] "En el aspecto afirmativo, yo advierto un propósito central común a todas las escuelas de derecho natural —propósito que comparto—, a saber, el de descubrir aquellos principios del orden social que permitirán a los hombres alcanzar una satisfactoria vida en común. Es la aceptación de la posibilidad de descubrimiento en el dominio moral lo que me parece que distingue a todas las teorías del derecho natural de los puntos de vista opuestos". Lon L. Fuller: *A rejoinder to Professor Nagel*, 3 *Natural Law Forum*, 84 (1958).

[10] "Hay certidumbres (por ejemplo, la de nuestra libre voluntad y nuestra imputabilidad) que ningún instrumento mecánico ha demostrado jamás, ni podría hacerlo, pero que se imponen de una manera absoluta a nuestra conciencia, de tal modo que no podemos apartarlas. Lo mismo puede decirse de la titulada "voz del deber", que Rousseau llama, acertadamente, la "voz celestial".

"En tales certidumbres del orden metafísico hay —admitámoslo— algo misterioso. ¿No ha dicho un gran filósofo que la libertad es un misterio? Pero ése, precisamente, es nuestro sino: pertenecer por una parte al mundo físico, y estar a la vez en contacto con el mundo de los valores absolutos al que nos conduce un irrefrenable deseo alojado en nuestros espíritus". Giorgio del Vecchio, *op. cit.* (más arriba, en nota 1) 148-49.

Por esa razón la *validez* de estas leyes y las *obligaciones* que derivan de ellas no apuntan a nada observable. La validez de las leyes del derecho natural nada tiene que ver con su aceptación o reconocimiento en los espíritus de los hombres; y la obligación que las mismas crean nada tiene que ver con ningún sentimiento de sentirse obligado, con ninguna sanción de la conciencia, con ninguna otra experiencia. La validez incondicional de las leyes y el carácter no psicológico de la obligación son simples consecuencias del punto de partida según el cual esas leyes son descubiertas, son dadas objetivamente, son una realidad, aunque no la realidad susceptible de observación sensorial. El proceso cognoscitivo por medio del cual esas leyes son descubiertas y enunciadas es diferente del proceso empírico, pero el resultado es el mismo: conocimiento, captación (*insight*), verdad. La validez "universal" de las leyes significa lo mismo que la universalidad de un enunciado verdadero, lógico o empírico, a saber, su independencia de las variables condiciones subjetivas.

Como he dicho precedentemente, el "derecho natural" es considerado la parte de la ética general que se ocupa de los principios que deben gobernar la vida del hombre en la sociedad organizada con sus semejantes para posibilitar que alcance su destino moral.

3. ¿HASTA QUÉ PUNTO SE OPONEN EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL DERECHO NATURAL?

Es obvio que el derecho natural y lo que he llamado la *primera* tesis del positivismo jurídico son antagónicos, porque dicha tesis niega específicamente la existencia de todo derecho natural. Debe destacarse, sin embargo, que este conflicto no se produce dentro del campo de la filosofía *jurídica*, sino en el terreno general de la ética o filosofía *moral*. El derecho natural no es más que una parte de la ética, y la negación positivista de la existencia del derecho natural se basa en la negación general de todo conocimiento ético. Aunque toda persona tiene derecho a dar su opinión sobre esta cuestión —como sobre cualquier otra— es menester admitir, creo, que una discusión seria solo es posible entre gente suficientemente

familiarizada con el moderno debate de la filosofía moderna sobre el *status* lógico y el valor de verdad de los juicios morales[11].

El problema interesante es saber si hay o no conflicto entre las doctrinas del derecho natural y la *segunda* tesis positivista, que afirma que un orden jurídico es un hecho social que puede ser descripto en términos puramente empíricos. Comúnmente se acepta que existe tal conflicto. Trataré de mostrar que no es así, o, en todo caso, que las divergencias de opinión no son más que una cuestión de clasificación y de terminología.

Es verdad, sin embargo, que el derecho natural es usualmente presentado de tal manera que provoca la impresión de que existe un serio conflicto con los postulados empiristas. Los principios del derecho natural, se dice comúnmente, especialmente la idea de justicia, están necesariamente implícitos en el concepto del derecho. Ello significa que ningún orden puede ser reconocido como jurídico si no encarna esos principios, por lo menos en cierto grado. Un orden que de ninguna manera esté inspirado por las ideas de justicia, un orden que no es ni siquiera una tentativa, por defectuosa que sea, de llevar a cabo los principios del derecho natural, no es un orden jurídico sino un orden de fuerza bruta, un régimen de *gangster*. Un *gangster* puede tener éxito en establecer un régimen de terror y podemos vernos forzados a obedecer sus órdenes. Pero un régimen de terror no es un régimen de derecho. ¿Cuál es la diferencia? Que no está basado en la justicia y, en consecuencia, carece de *validez* o *fuerza obligatoria*. Un orden jurídico, por lo contrario, está investido de validez o fuerza obligatoria precisamente porque se funda en la idea de justicia.

Éste es el tenor del jusnaturalismo corriente; parece claro que contradice la posición positivista en tanto apela al derecho natural y a la noción apriorística de validez como inherente al concepto de derecho, noción que es la base para la descripción de un orden jurídico.

Examinemos ahora más detenidamente esa "validez" o "fuerza obligatoria" que, según se dice, caracteriza la idea de un orden jurídico. La fuerza obligatoria, se expresa, significa

---

[11] El problema de la posibilidad de un conocimiento moral es el tema de mi libro *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (Crítica del llamado conocimiento práctico), 1933. Ver también mi artículo *On the Logical Nature of Propositions of Value*, XI *Theoria*, 172-210 (1945).

que tenemos el deber de obedecer el derecho. ¿A qué clase de deber se alude aquí?

Parece obvio que el deber de obedecer el derecho no puede significar una obligación o un deber jurídico en el sentido en que estas palabras son usadas para describir la situación jurídica que en ciertas circunstancias surge de una norma jurídica, por ejemplo, la obligación del deudor de pagar una deuda estipulada. Porque una obligación en este sentido técnico significa que el deudor corre el riesgo de que se ejerzan contra él sanciones jurídicas; pero no hay ni puede haber sanción por el acto de "no obedecer el derecho" diferente de la sanción por no pagar la deuda.

En otros términos: un deber es siempre un deber de comportarse de cierta manera. En este caso la conducta requerida es "obedecer el derecho". ¿Cómo obedecemos el derecho? Cumpliendo con nuestras obligaciones, por ejemplo, pagando nuestras deudas. De aquí se sigue que la obligación de obedecer el derecho no prescribe ninguna conducta que no esté ya prescrita por el derecho mismo. De aquí se deduce, a su vez, que si el deber de cumplir con las prescripciones de un orden jurídico ha de significar algo distinto de las obligaciones prescritas directamente por este orden, la diferencia no puede consistir en la *conducta requerida —aquella* a la cual estamos obligados— sino exclusivamente en la *manera* en que estamos obligados a comportarnos. El significado de la fuerza obligatoria inherente a un orden jurídico consiste en que las obligaciones jurídicas de acuerdo con las reglas del sistema, por ejemplo, la obligación de pagar una deuda, no son meros deberes jurídicos que derivan de la amenaza de las sanciones jurídicas, sino también *deberes morales*, en el sentido apriorístico de verdaderas obligaciones morales que derivan de los principios del derecho natural que acuerdan al orden jurídico su validez o fuerza obligatoria. El deber de obedecer el derecho es un deber moral *hacia* el sistema jurídico, no es un deber jurídico *conforme* al sistema. El deber hacia el sistema no puede derivarse del sistema mismo sino que tiene que surgir de reglas o principios que están fuera del mismo[12].

[12] Que la función del derecho natural es la de otorgar validez moral al derecho positivo aparece claramente en Johannes Messner: *Das*

Esto significa que la validez o fuerza obligatoria no es realmente una cualidad inherente al sistema jurídico sino algo derivado de los principios del derecho natural. La afirmación de que un orden jurídico posee validez o fuerza obligatoria nada nos dice acerca de obligaciones o hechos jurídicos sino que expresa nuestras obligaciones morales. Tal afirmación pertenece a una conferencia sobre filosofía moral y nada tiene que ver con la descripción del orden jurídico.

Sostengo que no hay ninguna razón para que un filósofo del derecho natural no admita la tesis positivista y no reconozca que un orden jurídico es un hecho social a ser descrito en términos puramente empíricos, sin referencia al concepto de validez. El jusnaturalista se ocupa de la cuestión de si cierto orden fáctico obliga a las personas también moralmente (en su conciencia, si ellas tienen suficiente comprensión de lo que la verdadera moral requiere). Pero antes de que pueda responderse a esta pregunta es menester saber si existe un cierto orden fáctico, y cuál es su contenido. En consecuencia, la pregunta sobre la validez necesariamente presupone la tesis positivista, a saber, que la existencia de un cierto ordenamiento jurídico puede ser verificada y su contenido descrito, independientemente de ideas morales o jusnaturalistas.

La única cuestión que puede separar a los jusnaturalistas de los positivistas es de clasificación y terminología; un orden fáctico en total desacuerdo con los principios de justicia —por ejemplo, el régimen nazi bajo Hitler—, ¿debe ser clasificado como un orden *jurídico,* o este rótulo debe reservarse para aquellos

---

Naturrecht (4. Aufl. 1960), 355-56: "Die Idee der Delegation war immer eine Grundidee der traditionellen Naturrechtslehre: Alles menschliche Recht beruht in semer bindenden Kraft auf dem sittlichen Naturgesetz un dieses auf dem ewigen Gesetz... Als erste folgerung ergibt sich daraus,dass das, positive Recht durch das Naturrecht seine sittliche Sanktionierung empfängt: Die Gehorsamspflicht gegenüber dem positiven Recht wird mit der Gewissenssanktion ausgestattet. ...Als zweite Folgerung ergibt sich aus dem in Frage stehenden Delegierungszusammenhang der Wegfall der Gewissenssanktion für das positive Recht, soweit es sich im Widerspruch zur sittlichen die Gehorsamspflicht gegenüber der Letzteren in Kraft un dann gilt: «Man muss Gott mehr gehorchen als den Menschen» (Apostelgeschichte, 5, 29)"

órdenes que en alguna medida se basan en los principios del derecho natural?[13].

La importancia de esta cuestión no debe ser sobreestimada. Si un jurisnaturalista quiere reservar el término "derecho" para un orden revestido de algún valor moral es porque quiere destacar terminológicamente la diferencia moral entre diferentes sistemas. [14] Y si un positivista prefiere clasificar como orden jurídico todo orden que tenga la misma estructura que un orden jurídico típico, cualquiera sea su valor moral, es porque quiere destacar, también terminológicamente, la similitud fáctica estructural entre sistemas diversos, cualesquiera sean sus calificaciones morales. Un sistema tal como el régimen nazi puede ser descrito con los mismos conceptos y la misma técnica que usamos para los sistemas jurídicos típicos.

Personalmente, yo prefiero un criterio conceptual basado en la conveniencia científica y no en consideraciones morales, por la misma razón que encuentro razonable incluir a los cisnes negros en el concepto zoológico de cisne, aunque algunos puedan pensar que los cisnes negros carecen de valor estético. Si, no obstante, todos entienden claramente el carácter terminológico de la cuestión, no hay razón para tomar en serio la discrepancia.

Resumiendo, sostengo que un filósofo jusnaturalista, en cuanto tal, no tiene razón para negar que el derecho es un hecho social que puede ser descrito en términos puramente empíricos. Como filósofo jusnaturalista se ocupa de una rama de la filosofía moral. Cuando habla de la *validez* de un cierto orden fáctico se ocupa especialmente de la cuestión de si es o no un deber *moral* cumplir con las reglas de este orden. Antes de poder responder a ella es necesario saber cuáles son las reglas de este orden, es decir, debemos tener una descripción

---

[13] *Cf.* Alf Ross: *On Law and Justice* (1958), 31-32. (Hay trad. castellana de Genaro R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Bs. As., Eudeba 1963.)

[14] Lon L. Fuller reclama "una definición del derecho que dé sentido a la obligación de fidelidad al derecho", *op. cit.* (en la nota 2 precedente), 635. La réplica positivista es que es preferible definir el derecho en términos no morales y entender que la idea moral de fidelidad al derecho no es absoluta sino que depende de la cualidad moral del derecho positivo.

del mismo en tanto que hecho observable. El filósofo jusnaturalista no tiene razones para negar que los hechos sociales, al igual que otros hechos, son objeto del conocimiento empírico que se obtiene por medio de métodos empíricos. No tiene mayor importancia que la expresión "orden jurídico" se use o no para designar un orden fáctico cuyas normas han sido concebidas con un espíritu repugnante a las ideas de justicia y humanidad, si su estructura es similar a la de los sistemas jurídicos bien establecidos.

4. EL CUASI POSITIVISMO ES UN TIPO DE DERECHO NATURAL

Es satisfactorio notar que el punto de vista defendido en la sección precedente ha sido aceptado por algunos modernos filósofos jusnaturalistas familiarizados con la filosofía general, como, por ejemplo, el profesor Alfred Verdross. En su libro *Abendländische Rechtsphilosophie* (Filosofía jurídica occidental) escribe (la traducción es mía):

> Un defensor del jusnaturalismo no puede negar la posibilidad de que existan normas que, aunque contrarias al derecho natural, son eficaces y, por esta razón, adecuadas como objeto de una investigación científica. El partidario del jusnaturalismo está inclusive obligado a tratar de conocer todo derecho positivo como tal porque no podrá valorar las normas eficaces si antes no ha establecido su existencia y verificado su alcance y contenido, ya que toda valoración presupone el conocimiento previo del objeto de ella.[15]

Con estas palabras Verdross acepta la segunda tesis positivista. Y cuando más adelante admite que podría ser razonable reservar el término "derecho" para los sistemas de normas positivas[16] (lo que significa que el "derecho natural" no es "derecho") ha aceptado plenamente la doctrina positivista de que todo derecho es derecho positivo. Pero sigue siendo un ardiente defensor del derecho natural[17].

---

[15] *Op. cit.* (1958), 254.

[16] *Op. cit.*, 252. Verdross cita en su apoyo la opinión de Pío XII.

[17] También Johannes Messner, autor católico de la exposición más moderna y amplia de la filosofía del derecho natural, reconoce la independencia del derecho positivo como objeto de una ciencia del

Por otra parte encontramos en Verdross un mal entendido que surge de la ambigüedad de la palabra "positivismo". Como este mal entendido es tan común y tiene consecuencias sobre la valoración moral de la verdadera actitud positivista, es apropiado considerarlo con algún detenimiento.

Verdross distingue entre lo que él llama el positivismo jurídico *dogmático (o extremo)* y el *hipotético (o moderado)*[18]. El primer término se aplica a la escuela de pensamiento que niega la existencia de un específico conocimiento ético, y, en particular, un derecho natural compuesto de principios éticos que pueden ser descubiertos y establecidos por la razón humana. La segunda expresión designa la actitud que deja abierta la cuestión de la existencia de un derecho natural, y se limita a afirmar que la respuesta a esta cuestión no tiene ninguna importancia para la ciencia jurídica. El objeto de esta ciencia son los sistemas normativos eficaces, y su existencia puede ser verificada, y su alcance y contenido definidos, sin recurrir a ningún principio de derecho natural.

El lector puede fácilmente advertir que el positivismo definido y defendido por mí en este artículo y en trabajos anteriores tiene que ser catalogado, sin ninguna duda, como "dogmático" o "extremo", según Verdross. Es por ello que me siento impulsado a objetar con pasión la equívoca interpretación que Verdross da de la posición positivista.

Desde el punto de vista del positivismo jurídico dogmático, dice Verdross, el derecho positivo posee absoluta validez o fuerza obligatoria. Esto significa que el positivista dogmático reconoce y acepta, en forma no crítica, la autoridad moral de cualquier ordenamiento establecido en tanto tal. Verdross califica a esta actitud de *Kadavergehorsam* (obediencia estúpida, no crítica) y extrae la conclusión de que ningún partidario del positivismo jurídico dogmático puede, sin contradecirse a sí

---

derecho fundada en principios de conocimiento puramente empiristas. La ciencia del derecho, según Messner, pertenece a las ciencias empíricas, cuyo objeto es la realidad que se da en la experiencia externa. El objeto de la ciencia del derecho es la determinación de las reglas que de hecho rigen las relaciones de los hombres entre sí. *Op. cit.* (nota 12, precedente), 370.

[18] *Op. cit.* (nota 3, precedente), 251-52.

mismo, adoptar una posición firme contra un sistema político, por más abominable que sea[19].

El razonamiento que está detrás de esta línea de pensamiento es, obviamente, que cuando el positivista niega que la validez del derecho positivo proviene del derecho natural, tiene que admitir que su validez es inherente al derecho positivo como tal, esto es, incondicional, absoluta.

Esto es un grave error. La consecuencia de negar el derecho natural es negar que el derecho positivo posee validez en el sentido en que este término es empleado por el jusnaturalismo. Usado de esta manera, dicho término designa un verdadero reclamo moral de obediencia, independiente de todo reconocimiento por parte de los súbditos. Tal reclamo solo puede basarse en principios éticos. El término no tiene significado alguno para una doctrina que niega todas las verdades éticas. No aparece en el vocabulario de un positivista. Para éste la valoración moral de un régimen político es una cuestión de aceptación personal, subjetiva, de valores y *standards*.

Sería grato para mí que mi amigo y colega reconociera que es perfectamente posible, sin ninguna autocontradicción, negar la objetividad de los valores y de la moral, y al mismo tiempo ser una persona decente y un compañero de lucha digno de confianza contra un régimen de terror, corrupción, e inhumanidad. La creencia de que los juicios morales no son verdaderos (ni falsos), que no son el resultado de un proceso cognoscitivo, ni una aprehensión (*insight*) comparable al conocimiento lógico o empírico, de ninguna manera es incompatible con que tales juicios emanen de sólidas actitudes morales. La posición positivista no se refiere a la moral sino a la lógica del discurso moral; no a la ética, sino a la metaética[20].

Es verdad, sin embargo, y habría que insistir en ello para explicar el mal entendido, que un número de autores, comúnmente considerados "positivistas", han sostenido el punto de vista, descrito por Verdross, de que el orden establecido es,

---

[19] *Op. cit.*, 246, 252, 254.

[20] De la proposición metaética de que los juicios morales no son ni verdaderos ni falsos no puede deducirse ningún juicio moral o principio moral. *Cf.* Alf Ross: *Why Democracy* (1952), 94.

como tal, acreedor a la obediencia. Verdross cita a Bergbohm, el famoso representante de toda una escuela de juristas "positivistas". Aunque niegan el derecho natural, ellos se aferran a la idea de que el derecho positivo posee "validez", que ahora deriva de la autoridad del Estado.

Pero esta actitud nada tiene que ver con el empirismo (positivismo verdadero). Ella es una doctrina sobre la "validez", una filosofía moral caracterizada porque deriva la validez no de principios abstractos inmanentes a la razón humana, sino de la evolución histórica y de las instituciones establecidas[21].

Esta clase de filosofía moral tiene, hasta donde puedo ver, varias fuentes. Una, pienso, se remonta a las enseñanzas de Martín Lutero, que dio un nuevo alcance a las palabras de San Pablo, que toda la autoridad estatal proviene de Dios. Otra puede hallarse en la filosofía de Hegel, condensada en el famoso "slogan": Lo que es real es válido y lo que es válido es real[22]. También concuerda con la ideología del conservadorismo: lo que tiene éxito está justificado porque Dios ha permitido que lo tenga. Estas diversas tendencias parecen haber creado, especialmente en Alemania, una tolerancia y sometimiento no críticos hacia toda autoridad oficial, hacia cualquier hombre con uniforme. Ésta es la actitud que se revela en el "slogan": *Gesetz ist Gesetz* (La ley es la ley), que significa que todo orden jurídico es derecho, y, como tal, cualquiera sea su espíritu y sus tendencias, debe ser obedecido. Si hay algo de cierto en la creencia de que el "positivismo" preparó el camino para el régimen de Hitler, tiene que ser este tipo de "positivismo" —esta escuela de derecho natural— y no el positivismo verdadero en el sentido de una teoría empirista en el campo de la filosofía moral.

Para evitar confundir a esta escuela de pensamiento con el verdadero positivismo propongo llamarla "cuasi-positivismo".

---

[21] *Cf. Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (1933), cap. XII (*Der historische Konservatismus als Austaüfer des Kantianismus*). *On Law and Justice*, 249 y siguientes.

[22] *Cf. Kritik, etc.*, 409 y siguientes; *On Law and Justice*, 251 y siguientes.

5. TRES DIFERENTES FUNCIONES Y SIGNIFICADOS DE LA PALABRA "VALIDEZ"

Para preparar el camino de lo que diré más adelante quiero señalar que la palabra "validez" es usada en (por lo menos) tres significados diferentes que cumplen tres funciones distintas.[23]

Primero, el término es usado en las corrientes exposiciones doctrinarias del derecho vigente para indicar si un acto jurídico, por ejemplo, un contrato, un testamento, o una orden administrativa, tienen o no los efectos jurídicos deseados. Se dice que el acto es inválido, o nulo, si no los tiene. Esta función es interna, en el sentido de que afirmar que un acto es válido es afirmar algo *según* un sistema de normas dado. El enunciado es un juicio jurídico que aplica reglas jurídicas a determinados hechos.

Segundo, el término es usado en la teoría general del derecho para indicar la existencia de una norma o de un sistema de normas. La validez de una norma en este sentido significa su existencia efectiva o realidad, por oposición a una regla meramente imaginada o a un mero proyecto. Esta función es externa en el sentido de que afirmar que una regla, o un sistema de reglas, existe, es afirmar algo *acerca* de la regla o del sistema. El enunciado no es un juicio jurídico sino una aserción fáctica que se refiere a un conjunto de hechos sociales.

Entiendo, sin embargo, que este uso no es corriente en inglés. En dinamarqués, como en alemán, se hace la distinción entre *gyldig (gültig) y gældende (geltend).* Se dice que un testamento es *gyldig* o *ugyldig* —válido o inválido, nulo—, pero hablamos de *gældende ret* para aludir al derecho con vigencia efectiva, efectivamente existente. Es digno de hacer notar que no existe una palabra para la negación de "*gældende*" que corresponda a "*ugyldig*" ("inválido"). Como no pude encontrar un equivalente en inglés para "*gældende*", en las versiones inglesas de mis trabajos he usado la palabra "*valid*"(válido) para expresar también esta función. Ahora comprendo que esta traducción puede engendrar confusiones[24].

---

[23] *Cf.* Alfred Verdross, *op. cit.* (ver nota 3, precedente), 246.

[24] He advertido esto a raíz de la crítica de Hart. Ver *infra*, sección 7.

Tercero, "validez" en ética y en derecho natural, como hemos visto, se usa para significar una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también la "fuerza obligatoria" del derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente.

6. KELSEN, CUASI POSITIVISTA

De lo dicho se desprende que si la palabra inglesa "*valid*" (válido) (en dinamarqués, *gældende*) es usada para indicar que una regla o un sistema de reglas es una realidad (y no solo un proyecto o algo imaginado) la palabra, de acuerdo con principios empíricos, debe ser considerada como que se refiere a hechos sociales observables y no a otra cosa. Puede ser difícil definir exactamente qué hechos y qué observaciones son adecuados para verificar la aserción de que una regla existe, pero en términos generales la existencia (validez) de una norma es lo mismo que su eficacia. Afirmar que una regla o un sistema de reglas existe es lo mismo que afirmar la ocurrencia de un complejo de hechos sociales, entendiendo "hechos sociales" en un sentido amplio que incluye también condiciones psicológicas. Así, el término validez, en esta conexión, nada tiene que ver con ningún enunciado normativo de un deber de obediencia al derecho, en el sentido moral de la palabra. Esta idea, característica del pensamiento jusnaturalista y cuasipositivista no tiene cabida en una teoría del derecho basada en principios empiristas.

La validez en sentido normativo no cumple ninguna función en la descripción y explicación de la realidad. Su función consiste en reforzar el orden jurídico al proclamar que las obligaciones jurídicas de ese orden no son meras obligaciones jurídicas, respaldadas por sanciones, sino también deberes morales. La noción normativa de validez es el instrumento de una ideología sostenedora de la autoridad del Estado. Cuando es usada por un cuasipositivista este sostén es incondicional; cuando es usada por un jusnaturalista, está condicionado por alguna armonía con los *standards* presupuestos del derecho natural.

A este respecto, la teoría pura del derecho de Kelsen es una continuación del pensamiento cuasipositivista. Kelsen

jamás ha superado la idea de que un sistema jurídico establecido, como tal, posee validez en el sentido normativo de la palabra. Según Kelsen, la existencia de una norma es su "validez"; y que una norma posee validez significa "que los individuos deben comportarse como la norma lo estipula".[25] Pero la norma en sí misma, de acuerdo con su contenido inmediato, expresa lo que los individuos deben hacer. ¿Qué significa decir, entonces, que los individuos deben hacer lo que deben hacer? Hemos analizado esta idea más arriba, en el punto 3. Hemos visto que la idea de un deber de obedecer el derecho (de cumplir con las obligaciones jurídicas) solo tiene sentido si suponemos que el deber aludido es un verdadero deber moral que corresponde a la "fuerza obligatoria" inherente al derecho.

A pesar de que esta interpretación no armoniza con el confesado programa empirista de la teoría pura del derecho, ella es inevitable y debemos tomarla como una supervivencia de la filosofía del derecho natural de tipo cuasipositivista.

Esta interpretación se confirma por la manera como Kelsen trata de explicar el significado de la reiterada admonición de comportarse como la norma requiere. El significado, afirma, es que el significado subjetivo de la norma es también objetivo[26], lo que equivale a decir que la norma expresa una *verdadera* obligación: a los individuos no solo se les "ordena" comportarse de cierta manera sino que ellos "realmente", "en verdad", "objetivamente", deben hacer lo requerido por la norma. Pero la idea de una norma verdadera o de un deber objetivo es exactamente la idea con la cual opera la filosofía del derecho natural, una idea que solo posee significado si se aceptan los principios morales objetivos, apriorísticos, de los cuales se derivan los verdaderos deberes.

Que a Kelsen lo preocupa el problema tradicional de la cualidad moral que distingue a un orden jurídico del régimen de un *gangster* aparece en la manera cómo él ilustra la idea de validez como dotada de un significado normativo objetivo. "No

---

[25] Hans Kelsen, *What is Justice?* (1957), 214; *General Theory of Law and State* (1946), 115-116, 369, 395-96. (Hay trad. castellana de Eduardo García Máynez: *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1950).

[26] *What is Justice?* 257.

todo acto", prosigue, "cuyo significado subjetivo es una norma, es objetivamente tal. Por ejemplo, la orden que da un ladrón de entregar la bolsa no es interpretada como una norma obligatoria o válida".

Solamente con esta interpretación resulta posible entender el peculiar punto de vista de Kelsen de que es lógicamente imposible considerar a una regla jurídica particular como válida, y al mismo tiempo aceptar, como moralmente obligatoria, una regla moral que prohíbe la conducta requerida por la regla jurídica[27]. Si la validez jurídica es entendida como una cualidad moral inherente al sistema establecido, esta posición, desconcertante a la luz de los principios empiristas adquiere fundamento. Hay que hacer notar que el presupuesto de que la norma fundamental proporciona validez al sistema fáctico es atribuido por Kelsen al llamado "pensamiento jurídico". El presupuesto es únicamente revelado —y aceptado— por la ciencia del derecho. El "pensamiento jurídico" se refiere, supongo, a las ideas y creencias comúnmente sustentadas por los juristas[28]. El "pensamiento jurídico", sin embargo, no es una guía digna de confianza para el análisis lógico. Puede ser, y es muy probable en el campo del derecho y la moral, que la manera corriente de "pensar" esté saturada de conceptos ideológicos que reflejan experiencias emocionales pero que carecen de toda función en la descripción de la realidad, que es la misión de la ciencia jurídica. En tal caso, la tarea del analista es rechazar, no aceptar, la idea de validez[29].

---

[27] *General Theory of Law and State*, 373-75, 408-10.

[28] *General Theory*, 116; *What is Justice?*, 221, 224.

[29] He hecho a Kelsen una crítica similar en mi nota bibliográfica a *What is Justice?*, en 45 California Law Review 564-70 (1957). (Hay trad. castellana de Genaro R. Carrió en este mismo volumen.) Por su parte, Kelsen ha llevado a cabo un penetrante análisis y crítica de mis puntos de vista en su artículo "*Eine 'realistische' und die reine Rechtslehre*", Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 1 y siguientes (1959). (Hay trad. castellana de Eduardo A. Vázquez en el volumen de Hans Kelsen: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969).

7. *COMENTARIO SOBRE HART*

Como se desprende de las secciones precedentes, mis tesis principales referentes al significado y función del concepto de "validez" son las siguientes:

1) Si el término "validez" es tomado en el sentido en que es usado por el derecho natural (incluyendo el cuasipositivismo), es decir, para designar una cualidad moral de un sistema jurídico que otorga fuerza obligatoria a las obligaciones del sistema, el mismo no tiene sentido en una ciencia del derecho fundada en principios empiristas;

2) Si la palabra inglesa "*valid*" (válido) (o sus equivalentes: en dinamarqués, *gældende* o en alemán, *geltend*) es usada para designar la existencia (realidad, ocurrencia) de una norma o de un sistema de normas, debe ser entendida como referencia abreviada a un complejo de hechos sociales, a saber, aquellos hechos sociales que en la ciencia del derecho son considerados necesarios y suficientes para verificar una proposición relativa a la existencia de la regla o sistema de reglas. En mi libro *On Law and Justice* he desarrollado esta idea y tratado de mostrar que la verificación se refiere, en último análisis, a la conducta futura de los jueces (y otras autoridades que aplican el derecho) en ciertas condiciones; y que la proposición "*D is valid Danish law*" ("D es derecho danés vigente") equivale, por esta razón, a la proposición predictiva de que los tribunales, en ciertas circunstancias, basarán su decisión (también) en la directiva D. Tal predicción solo es posible sobre la base de un complejo conjunto de hechos sociales (incluyendo hechos psicológicos, conducta y actitudes).

En su artículo *Scandinavian Realism*, el profesor H. L. A. Hart ha formulado una crítica a mi análisis de "validez". Puede ser de interés comprobar hasta qué punto Hart está en desacuerdo con mis puntos de vista, tal como los he expuesto aquí.

Hasta donde yo he podido ver no hay prácticamente desacuerdo alguno. Las objeciones de Hart descansan sobre una mala interpretación de mis intenciones, en parte causada por el hecho lingüístico (que he advertido recientemente) de que la palabra inglesa "*valid*" (válido) difícilmente puede ser usada de la misma manera que la palabra dinamarquesa "*gældende*"

El término *"valid"* es usado por Hart en el primer[30] y tercer[31] sentido mencionados en el punto 5 precedente. El uso de la palabra en el tercer sentido (como cualidad moral) tiene lugar, sin embargo, únicamente en la exposición de los puntos de vista del derecho natural, no en la de los propios. Por lo tanto, debemos limitarnos al análisis que Hart ofrece del término tal cual se da y funciona en el pensamiento jurídico corriente.

El concepto de validez analizado por Hart es el concepto tal como funciona cuando se dice que un determinado contrato, testamento, o algún otro acto jurídico es válido o inválido (nulo). Se dice que un acto jurídico es válido cuando ha sido realizado de tal manera que llena las condiciones —establecidas en una norma jurídica— necesarias para que el acto tenga los efectos jurídicos que corresponden a su intención.

Este concepto de validez es bien conocido por todos los abogados y lo he analizado en completa armonía con el punto de vista de Hart[32]. Sin embargo, cuando en *On Law and Justice* examino con alguna extensión el significado de la aserción: "D (una determinada directiva o regla) *is valid Danish Law*" no me ocupo de aquel concepto, que cumple aquella función. La manera como el problema es planteado y tratado no deja lugar a dudas de que el punto en discusión es el que Hart aborda con el título de la *existencia* de una regla jurídica o de un sistema jurídico[33]. Como señalé más arriba, advierto ahora que la expresión dinamarquesa *gældende ret* no debería haber sido traducida al inglés como *"valid law"*. Lamento que no haya habido de parte mía una mejor comprensión de los usos lingüísticos ingleses, pero al mismo tiempo creo que Hart, si hubiera prestado un poco más de atención, habría advertido que el problema tratado por mí con el rótulo de *"validity"* es totalmente distinto del considerado por él con el mismo rótulo. Si Hart hubiera entendido ésto, no habría hallado funda-

---

[30] H. L. A. Hart: *The Concept of Law* (1961), 22, 28-31, 68, 70-71, 100 y siguientes.

[31] *Op. cit.*, 152, 182, 195 y siguientes

[32] *On Law and Justice*, 254, *cf.* 32 y 79

[33] *Op. cit.*, 106, 109, 117, 245.

mento para su crítica de que los enunciados sobre la validez jurídica nada tienen que ver con la predicción de la conducta judicial.

Es interesante notar que cuando estos malos entendidos son eliminados parece no haber desacuerdos entre nuestros puntos de vista acerca de qué es lo que está incluido en la cuestión sobre la *existencia* de un sistema jurídico. En clara oposición con Kelsen, Hart rechaza la idea de que la existencia de un sistema jurídico es su validez expresada en una norma fundamental que exhorta a los individuos a obedecer el derecho. Hart dice con acierto que es engañoso hablar de una regla que prescribe que otra regla sea obedecida[34]. Su propia posición surge con toda la precisión deseable de esta proposición:

"La cuestión de si existe una regla de reconocimiento y de cuál es su contenido, es decir, cuáles son los criterios de validez en un sistema jurídico dado, es considerada a lo largo de este libro como una cuestión empírica, aunque compleja"[35]

Cualquiera que se halle familiarizado con la terminología especial empleada por Hart verá fácilmente que el autor se ocupa aquí de la existencia de la norma suprema o del sistema jurídico como un todo. Su punto de vista, de que se trata de una cuestión de hecho empírica, está en completa armonía con la idea básica de *On Law and Justice*. Cuando más adelante Hart sostiene que al afirmar que un sistema jurídico existe "aludimos, en realidad, en forma comprimida, a una cantidad de hechos sociales heterogéneos", y que la verdad de esta afirmación puede ser establecida "mediante referencia a la práctica efectiva: a la manera cómo los tribunales identifican lo que debe ser considerado derecho, y a la aceptación general o aquiescencia respecto de estas identificaciones"[36], la similitud entre su posición y la mía resulta todavía más notable.

---

[34] *Op. cit.*, 246.

[35] *Op. cit.*, 245.

[36] *Op. cit.*, 105, 109.