

ficación substancial en el aparato coactivo, sino también si cambian las *normas primitivas* que los órganos reconocen. (Ver § 5.)

3. La validez y la existencia del derecho

La tercera pregunta que nos habíamos propuesto contestar en forma prioritaria es acerca de cuándo un sistema jurídico *existe*.

Como el tema de la existencia de un orden jurídico está directamente imbricado con el de la validez del derecho, es hora de que tratemos frontalmente este último tópico, que quedó pendiente en varias ocasiones.

a) Diferentes sentidos de “validez”

La expresión “validez” es de una extremada ambigüedad, tanto cuando se aplica para calificar a una norma jurídica, como cuando se la usa en relación a todo un orden jurídico. Los siguientes son algunos de los “focos de significado” con que se suele usar la expresión “validez”:

1) En muchos contextos decir que una norma o un sistema normativo son válidos es equivalente a decir que la norma o el sistema normativo en cuestión *existen*. En este sentido, los criterios de validez de una norma o de un sistema serán los mismos que los de su existencia, y esos criterios, como veremos, pueden variar grandemente según diferentes concepciones.

2) También puede asociarse la validez de una norma o de un sistema jurídico con su justificabilidad, con el hecho de que deba hacerse lo que ellos disponen, con su fuerza obligatoria moral. En este sentido, decir que una norma es válida implica decir que ella constituye una razón para justificar una acción o decisión, que lo que la norma declara prohibido, obligatorio o permitido es, efectivamente, obligatorio, permitido o prohibido.

3) Puede asimismo decirse que una norma jurídica es válida cuando hay otra norma jurídica que declara que su aplicación u observancia es obligatoria. En este sentido no se puede decir que todo un sistema jurídico es válido, puesto que siempre habrá por lo menos una norma del sistema cuya obligatoriedad no está

determinada por otras normas del sistema (ver más abajo el problema de la autorreferencia).

4) También puede predicarse validez de una norma jurídica con el sentido de que su dictado ha estado autorizado por otras normas jurídicas, o sea que ha sido sancionada por una autoridad competente dentro de los límites de su competencia. Tampoco en este sentido se puede predicar validez de todo un sistema jurídico, puesto que siempre habrá alguna norma cuyo dictado no fue autorizado por otra norma (de lo contrario debería haber una infinita cantidad de normas en el sistema).

5) Asimismo que una norma es válida puede querer decir, como vimos en la sección anterior, que la norma en cuestión *pertenece a un cierto sistema jurídico*. Obviamente, aquí tampoco la validez puede predicarse de todo un sistema jurídico (autónomo) puesto que esto implicaría decir que el sistema pertenece a sí mismo.

6) Por último, cuando se dice que una norma o un sistema jurídico son válidos a veces se puede querer decir que tienen vigencia (o eficacia), o sea que son generalmente observados y aplicados.

Estos seis focos de significado no son en realidad significados autónomos de la palabra "validez", ya que generalmente ellos se presentan combinados de alguna manera, siendo el caso que algunas de las propiedades que hemos enumerado son consideradas condiciones necesarias para que se den algunas de las otras. La cuestión es, sin embargo, que estas propiedades se suelen combinar de formas muy distintas, y esto es lo que determina la ambigüedad de la expresión "validez".

Por ejemplo, alguien podría sostener que decir que una norma jurídica es válida es equivalente a decir que existe, o sea el sentido (1) mencionado, y que una norma jurídica existe si y sólo si está moralmente justificada (2); podría agregar que es una condición necesaria (aunque no suficiente) para que una norma jurídica esté moralmente justificada que pertenezca (5) a un sistema jurídico que tenga vigencia (6), y que una norma pertenece a un sistema jurídico cuando su dictado está autorizado por otra norma del sistema jurídico (4) o cuando su observancia está prescrita por una norma del sistema (3).

La posición precedente combinaría todos los focos de significado de la palabra "validez" que fueron mencionados antes; pero otras posiciones podrían cortar la secuencia en distintos puntos.

Así, se podría sostener que la validez de una norma es equivalente a su existencia (1), pero que una norma jurídica existe no cuando tiene fuerza obligatoria moral, sino cuando pertenece (5) a un orden jurídico que tenga vigencia (6) y que una norma pertenece a un orden jurídico cuando su sanción está autorizada (4) por otras normas del sistema. O se podría afirmar que la validez de una norma es equivalente a su existencia (1) y que una norma jurídica existe como tal cuando pertenece a un orden jurídico (5) tenga o no éste vigencia. También se podría decir que la validez de una norma se identifica con su existencia (1) y que ésta depende sólo de la vigencia de la norma (6). Asimismo se podría sostener que la validez de una norma no tiene nada que ver con su existencia sino que sólo depende de que haya otra norma que declare su observancia obligatoria (3). Como se ve, las posibilidades de combinar los focos de significado son múltiples y el que estas posibilidades se hayan materializado efectivamente en el pensamiento de muchos autores explica las graves confusiones en torno a este tema de la validez del derecho.

b) Los conceptos normativo y descriptivos de validez

Una diferencia crucial entre los diferentes conceptos de validez que se pueden construir, combinando de distintos modos las propiedades mencionadas, está dada por la inclusión o no de la propiedad *b* —o sea la justificabilidad o fuerza obligatoria de la norma o del sistema— como parte del concepto.

Si la designación del concepto de validez incluye la justificabilidad o fuerza obligatoria moral de las normas o del sistema jurídico de los que se predica validez, el concepto se convierte en una noción *normativa*. Con este sentido de la expresión "validez", decir que una norma o un sistema son válidos implica afirmar que *deben* ser observados y aplicados, que provee razones para justificar una acción o decisión. Si la palabra "validez" se emplea con este significado, afirmar que una norma jurídica es válida, pero que no debe ser obedecida o aplicada —por ejemplo, por ser injusta— es autocontradictorio.

Cuando se usa la expresión "validez" con este significado normativo —cosa que se hace en muchos contextos— y se sostiene, además, que una regla sólo es una norma jurídica si es válida (o sea si está justificada o tiene fuerza obligatoria), se está presuponiendo una definición no positivista de derecho (o sea una

definición que alude no a las normas reconocidas por ciertos órganos sino a las normas que deben ser reconocidas por ellos).

Los otros significados de “validez” (que están asociados o con la vigencia de una norma o de un sistema, o con la pertenencia de una norma a un sistema, o con la circunstancia de que una norma ha sido permitida o declarada obligatoria por otra) son, en cambio, puramente *descriptivos*. La aplicabilidad de estos distintos conceptos de validez depende solamente de verificaciones fácticas.

Como la idea de validez suele estar asociada con la de existencia de una norma jurídica o de un sistema jurídico, la noción de existencia será también normativa o descriptiva según con qué concepto de validez se identifique. Si se identifica con el concepto normativo de validez, se dirá que una norma jurídica existe cuando debe hacerse lo que ella prescribe (éste sería el mismo criterio de existencia que empleamos en relación a las normas o principios de una moral crítica; cuando decimos que existe, por ejemplo, una norma moral que prohíbe mentir, no queremos decir —salvo que hablemos de la moralidad social positiva— que esta norma está vigente o ha sido dictada por alguien, sino que lo que ella dispone debe ser). Si, en cambio, el concepto de existencia se identifica con algunos de los conceptos descriptivos de validez, se dirá que una norma jurídica existe cuando, por ejemplo, ella está vigente, o cuando pertenece a un sistema jurídico, etcétera.

c) *El concepto de validez de Kelsen*

En la teoría jurídica contemporánea se ha generado una confusión bastante perturbadora alrededor del concepto de validez que emplea Kelsen en su teoría.

Hay dos interpretaciones principales acerca del concepto de validez kelseniano:

1) Según una interpretación —que se apoya en algunos textos de Kelsen y en su posición decididamente positivista— este autor emplea un concepto puramente *descriptivo* de validez, completamente ajeno a toda asociación con la justificabilidad o fuerza obligatoria de una norma o sistema jurídico. Una vez que se ha tomado partido en este sentido, puede haber desacuerdo acerca de cuál de los significados descriptivos de “validez” emplea Kel-

sen, ya que a veces parece identificar la validez con la existencia de las normas, otras con su pertenencia a un sistema, otras con el hecho de que haya otra norma que autorice su dictado o que declare obligatoria su observancia, otras con su vigencia o eficacia.

Sin embargo, hay formas de hacer coherentes todas estas afirmaciones; se puede decir, por ejemplo, que para Kelsen la validez de una norma es idéntica a su existencia y que ésta depende de su pertenencia a un sistema jurídico vigente, la que a su vez depende de que el dictado de la norma esté autorizado por otra norma del sistema (puede haber cierta tensión entre el hecho de que una norma no pertenezca al sistema, según este criterio, y el hecho de que ella sea declarada obligatoria por otra regla del sistema; veremos la posición de Kelsen ante este caso al tratar acerca de las leyes inconstitucionales).

2) Según otra interpretación, defendida, por ejemplo, por Joseph Raz y quien escribe, Kelsen emplea un concepto *normativo* de validez jurídica. El apoyo de esta interpretación está dado por los numerosos pasajes en que Kelsen identifica la validez de una norma no sólo con su existencia sino también con su fuerza obligatoria, en los que sostiene que decir que una norma es válida implica decir que debe ser lo que ella dispone, en los que dice que mientras los juicios que predicen eficacia o vigencia son juicios fácticos o del “ser”, los juicios de validez son juicios del “deber ser” que no pueden inferirse de los anteriores, y en aquellos pasajes en que Kelsen emplea la expresión “validez” para calificar no sólo una norma jurídica sino también todo un sistema jurídico (lo que no sería posible si, por ejemplo, “validez” significara “pertenencia”).

Esta interpretación sostiene que, en la teoría de Kelsen, una norma sólo es válida o existente cuando tiene fuerza obligatoria, cuando debe hacerse lo que ella dispone, ya que para Kelsen, como dice Joseph Raz, la única normatividad que existe es una normatividad *justificada*. Las normas no pertenecen al mundo de los hechos —aunque están esencialmente *correlacionadas* con ciertos hechos, tales como el de dictarlas u observarlas— sino al mundo de lo que “debe ser”. Por tanto, para conocer las normas jurídicas como verdaderas normas y no como una mera secuencia de hechos, como el hecho de que ciertos hombres mandan y otros obedecen (que es como verían al derecho los sociólogos pero no los juristas), hay que asumir que las prescripciones de ciertas autoridades deben ser observadas.

Precisamente la norma fundamental de Kelsen —que este autor considera implícita en el pensamiento de los juristas— consiste en esa presuposición de que las prescripciones de ciertas autoridades deben ser observadas. Para conocer al derecho como un conjunto de normas y no de hechos, los juristas deben asumir como hipótesis la norma fundamental; o sea deben presuponer que las reglas que describen tiene fuerza obligatoria.

Esta caracterización del concepto de validez de Kelsen no es incompatible con el hecho de que este autor asocie el concepto de validez con la pertenencia de una norma a un sistema, con el hecho de que la sanción de una norma haya sido autorizada por otra, o con la vigencia de una norma o del sistema. Según esta interpretación, decir que una norma es válida es equivalente a decir que existe y que tiene fuerza obligatoria, y es una condición necesaria de tal validez, existencia o fuerza obligatoria el que la norma *pertenezca* a un sistema *vigente*; a su vez la norma pertenecerá a un sistema jurídico vigente sólo si su promulgación está autorizada por otra norma de ese sistema. Sin embargo, la pertenencia de la norma en cuestión a un sistema vigente no garantiza la validez o fuerza obligatoria de la norma (o sea es una condición necesaria pero no suficiente de tal validez). El sistema mismo debe ser un sistema jurídico válido, y para predicar validez del sistema hay que presuponer la norma fundamental, o sea hay que asumir que sus normas primitivas (por ejemplo, la Constitución) tienen fuerza obligatoria.

El problema principal que enfrentan los defensores de esta interpretación del concepto de validez kelseniano es el de explicar cómo Kelsen pudo haber creído —acertadamente o no— que tal concepto es *compatible con su firme postura positivista*. Como vimos, el empleo de un concepto normativo de validez y el hacer de la validez definitoria de “norma jurídica” presuponen una definición no positivista de “derecho” (es decir, es incompatible con un concepto descriptivo de derecho).

Una posible respuesta se basa en el hecho de que, según Kelsen, para conocer el derecho no hay que adoptar *categoricamente* la posición de que sus normas están justificadas (tienen fuerza obligatoria) sino que se puede acceder al conocimiento jurídico presuponiendo tan sólo por vía de hipótesis esa validez o fuerza obligatoria. Según Kelsen, la aceptación que hacen los juristas de la norma fundamental no es categórica sino hipotética, y esto es lo que les permite identificar y describir el derecho sin asumir

un compromiso axiológico genuino acerca de la validez o justificabilidad de sus normas. El ideal positivista de mantener separadas la identificación y descripción del derecho de su valoración se preservaría, pues aun un jurista que considerara que un sistema jurídico es radicalmente injusto y que no debe ser obedecido, podría describirlo como tal con sólo presuponer, como mera hipótesis de trabajo a los efectos de la descripción científica, que las disposiciones del sistema tienen fuerza obligatoria.

Esto puede servir de explicación de por qué Kelsen pudo haber creído que un concepto normativo de validez (que conduce a un concepto normativo de derecho) es compatible con una estricta separación de la actividad de describir el derecho y la actividad de valorarlo. Pero, ¿es esta supuesta idea de Kelsen plausible? ¿Tiene sentido exigir para *describir* el derecho, que se presuponga su fuerza obligatoria o justificabilidad? ¿Es inteligible la idea de una presuposición hipotética de la fuerza obligatoria de un sistema que no implica una aceptación de tal sistema?

Joseph Raz ha intentado hacer plausibles estas ideas de Kelsen. Según Raz, hay algunos contextos en que tiene sentido presuponer por hipótesis la validez o justificabilidad de ciertas reglas sin tomar partido, categóricamente, acerca de tal justificabilidad. Por ejemplo, dice Raz, supongamos el caso de un creyente en la fe judía que, ante un punto oscuro de las reglas religiosas hebreas acerca de cómo debe actuar en un caso particular, consulta a un amigo cristiano que es experto en la ley talmúdica. La respuesta del amigo no consiste en un mero enunciado *descriptivo* acerca de lo que dice la ley talmúdica —puesto que la ley talmúdica no trata la cuestión claramente—, tampoco es una *prescripción* lisa y llana acerca de cómo debe actuar el que profesa la religión judía, puesto que el experto no la profesa y por lo tanto, mal puede prescribir un comportamiento que él no considera, en última instancia, correcto. Lo que hace el amigo cristiano es, según Raz, emitir un enunciado que presupone la *adopción hipotética de cierto "punto de vista"* (en este caso, el de la religión judía). Los juristas harían lo mismo cuando formulan enunciados jurídicos; *adoptarían hipotéticamente el punto de vista del derecho*, sin adherirse a él; presupondrían por hipótesis la validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas sin que eso implique que las consideren realmente justificadas. Ésta sería la idea que Kelsen pretende reflejar a través de su norma fundamental o básica (ya que esta norma, que prescribe observar determinadas reglas positivas, no es aceptada categóricamente por los juristas sino presupuesta como hipótesis al solo efecto de describir el derecho).

Sin embargo, la reconstrucción de Raz del pensamiento kelseniano no lo hace muy convincente. El propio ejemplo que da ese autor (el del judío que consulta al cristiano experto en derecho talmúdico sobre un punto oscuro de éste), muestra que la adopción hipotética de un cierto punto de vista sólo tiene sentido, en el mejor de los casos, cuan-

do se trata de “*recrear*” o *reconstruir* el sistema que resulta de ese punto de vista, no cuando se trata de *describir* tal sistema. En este último caso es totalmente superflua la presuposición hipotética de la validez, fuerza obligatoria o justificabilidad del sistema, y es susceptible de generar confusiones y equívocos. Esto es importante, pues, según Kelsen la misión de los juristas se agota en la mera *descripción* del sistema, por lo que el recurso a la norma fundamental (o sea a la presuposición de la fuerza obligatoria del sistema) es ocioso. Si en cambio los juristas, como en realidad lo hacen, desarrollaran la actividad de *reconstruir* el sistema jurídico (y no meramente la de describirlo), podría tener algún sentido la idea de la adopción hipotética del punto de vista del derecho, o sea la idea de presuponer que sus normas son válidas con el fin de determinar en los casos de indeterminación del sistema, qué soluciones son más consonantes con la “justificación” de tales normas.

d) *La existencia de las normas como concepto descriptivo*

Las confusiones a que la teoría de Kelsen da lugar en esta materia nos debe enseñar a separar cuidadosamente el concepto de validez (o existencia) normativo de los conceptos de validez (o existencia) descriptivos.

Aunque es muy difícil modificar los hábitos lingüísticos que determinan cierta sinonimia entre las expresiones “validez” y “existencia” (cuando son aplicadas a las normas), y generan la ambigüedad que —como vimos— afecta a ambas palabras, sería conveniente reservar la palabra “validez” para hacer referencia a la justificabilidad o fuerza obligatoria de las normas jurídicas, y otorgar a la palabra “existencia” exclusivamente un significado descriptivo.

¿Cuál es el concepto descriptivo de existencia de las normas jurídicas que resulta especialmente relevante para la teoría jurídica?

Obviamente ese concepto es el que está relacionado con el hecho de que las normas jurídicas en cuestión tienen que tomarse en cuenta para decidir cómo actuar en su ámbito de aplicabilidad. Ese es el concepto de existencia asociado con la *vigencia* o *eficacia* de las normas. Es la vigencia, en determinado territorio, de ciertas normas jurídicas, y no de otras, lo que hace que tengamos que tomarlas en cuenta para decidir cómo actuar.

¿Cuándo una norma jurídica es eficaz o vigente? Los autores coinciden, en general, en señalar dos condiciones para la vigen-

cia de una norma jurídica: 1) que sus destinatarios —los sujetos normativos— la observen generalmente (aunque, por supuesto, puede haber muchas desviaciones); 2) que ciertos órganos de aplicación las reconozcan en sus decisiones. Si la gente no observa la norma en cuestión, ella no estará vigente aunque los jueces la apliquen, y, a la inversa, tampoco se considerará que está vigente una norma jurídica que la gente observa pero que los órganos de aplicación no reconocen en sus decisiones.

Pero si bien la existencia de una norma está asociada con su vigencia o eficacia, generalmente no se *identifica* la existencia con la vigencia de una norma jurídica. Como vimos al final del capítulo anterior, una norma puede existir sin que sea generalmente obedecida o aplicada. También tenemos que tener en cuenta para decidir cómo actuar las normas que no han sido todavía obedecidas o aplicadas, sea porque no hubo ocasión de hacerlo o sea porque hasta ahora se prefirió desconocerlas —pero que en el futuro podría invocárselas— (claro está que la mayoría de los sistemas reconocen la “desuetudo”, la pérdida permanente de vigencia, como una forma de derogación de normas).

Por eso es que si bien la existencia de un *sistema jurídico* se identifica con su vigencia, no ocurre lo mismo en el caso de las *normas jurídicas*. Una norma jurídica existe cuando *pertenece a un sistema jurídico vigente* (ya vimos que una norma pertenece a un sistema jurídico o bien cuando es reconocida por sus órganos primarios o bien cuando ha sido sancionada y no derogada de acuerdo a las normas del sistema).

¿Cuándo puede decirse que un sistema jurídico existe o está vigente? Un sistema jurídico tiene vigencia cuando sus reglas primitivas o no derivadas (que incluyen las reglas de reconocimiento y los principios que no derivan de ellas) *son generalmente observadas por sus sujetos normativos y son efectivamente aceptadas en sus decisiones por los órganos que tienen, de hecho, la posibilidad de disponer la ejecución de medidas coactivas, recurriendo al monopolio de la fuerza estatal*.

Una dificultad de este criterio de existencia es que la mayoría de las normas primitivas del sistema —como es el caso de las reglas de reconocimiento— no tienen como sujetos normativos a los súbditos sino que se dirigen a los propios órganos primarios. Sin embargo, es importante establecer cierta relación entre las normas primitivas de un sistema y los súbditos, ya que uno no diría que un cierto orden jurídico está vigente en cierto territorio si los habitantes de ese territorio lo desconocen absolutamente. Parece que se puede salir de esta dificul-

tad estipulando que las reglas primitivas de un sistema son observadas por los súbditos cuando o bien son generalmente obedecidas por ellos —en los raros casos en que se dirijan a ellos— o bien los súbditos obedecen la generalidad —aunque no necesariamente todas— de las normas que derivan de tales reglas primitivas. Por ejemplo, si una regla de reconocimiento estipula la obligatoriedad de las leyes del Parlamento, esa regla de reconocimiento estará vigente cuando ella es aceptada en sus decisiones por los órganos primarios y la mayoría de los súbditos suelen obedecer la generalidad de las leyes del Parlamento (quedan, empero, algunas dificultades sin considerar).

Como se ve, las respuestas que se ha intentado formular para las tres preguntas planteadas al principio de este capítulo están estrechamente relacionadas entre sí.

La pregunta acerca de cómo se distingue un orden jurídico de otros órdenes como la moral, el orden de una asociación privada, las reglas de un juego, las reglas de una organización delictiva, etc., recibió la siguiente respuesta (que se expone ahora empleando una terminología ligeramente distinta): *Un sistema jurídico es un sistema normativo que estipula, entre otras cosas, en qué condiciones el uso de la fuerza está prohibido y permitido y que estatuye órganos centralizados que aplican las normas del sistema a casos particulares (estando generalmente obligados a hacerlo), disponiendo la ejecución de las medidas coactivas que el sistema autoriza, a través del monopolio de la fuerza estatal.*

A su vez la pregunta acerca de cómo se individualiza un sistema jurídico, o sea cómo se distingue de otros sistemas jurídicos, fue respondida del siguiente modo: *Un orden jurídico se distingue de otros por el hecho de que sus normas son directa o indirectamente reconocidas por órganos que recurren, para ejecutar las medidas coactivas que disponen, a una organización de fuerza independiente de la que emplean los órganos primarios de otros sistemas.*

Por último, la pregunta acerca de la existencia de un orden jurídico recibió la siguiente respuesta: *Un orden jurídico existe cuando sus normas primitivas o no derivadas son generalmente observadas por sus destinatarios y aceptadas efectivamente en sus decisiones por los órganos que tienen la posibilidad fáctica de poner en movimiento el monopolio de la fuerza estatal para ejecutar las medidas coactivas que el sistema autoriza.*

4. La relación de un sistema jurídico con el derecho internacional

Cuando tratamos la cuestión de la caracterización de un sistema jurídico, hicimos referencia al derecho internacional (vimos que era dudoso si podía ser calificado de “derecho”).

También el tema del orden internacional tiene relevancia para el problema de la individualización de un sistema jurídico.

Digamos algo antes acerca de la estructura de este “derecho”.

El derecho internacional está constituido fundamentalmente por normas de origen consuetudinario, o sea por normas que surgen de las reiteradas actitudes de los distintos Estados. Son raras las normas vigentes en la comunidad internacional que poseen su origen en órganos centralizados, como las Naciones Unidas o las organizaciones regionales; por lo común esas organizaciones formulan “recomendaciones”, y cuando sancionan prescripciones, no siempre son eficaces.

También tienen importancia en el derecho internacional los tratados y las convenciones. Sin embargo, los juristas asignan a estas normas una validez derivada de las normas consuetudinarias, principalmente de la norma que establece que los pactos deben cumplirse (llamada *pacta sunt servanda*).

Podría preguntarse de dónde deriva la validez de las normas de mayor jerarquía del derecho internacional, o sea las de origen consuetudinario. Para responder a esa pregunta, Kelsen repite el mismo recurso que ha usado para los derechos nacionales y sostiene que se presupone una norma fundamental que otorga validez a las primeras normas del sistema. Siendo consuetudinarias tales normas, la norma fundamental del derecho internacional deberá tener un contenido adecuado a su función de dar validez a normas de esa índole; Kelsen propone la siguiente fórmula: “Los Estados deben comportarse como acostumbran hacerlo”.

Es obvio que ala propuesta de Kelsen respecto del fundamento de validez del derecho internacional, se le podrían formular las mismas observaciones que a su norma fundamental de los derechos nacionales. Pero no es nuestra intención reiterar aquí la discusión, sino mostrar simplemente qué incidencia tiene la consideración del derecho internacional sobre la individualización de los distintos sistemas jurídicos.

¿Sirve el derecho internacional como fundamento de validez

para los sistemas jurídicos nacionales? ¿Es verdad la relación inversa? ¿Se trata de sistemas jurídicos independientes?

Kelsen distingue tres posibles posiciones que dan respuestas diferentes a cada una de esas preguntas.

La primera podría denominarse "monismo internacional". Sostiene que los derechos nacionales forman parte del derecho internacional, pues éste da validez a cada una de ellas.

La segunda tesis se podría denominar "monismo nacional". Afirma que el derecho internacional recibe su validez de los derechos nacionales y, por lo tanto, forma parte de ellos.

La tercera tesis, llamada "pluralismo", sostiene que el derecho internacional es un sistema independiente de los derechos nacionales.

Aunque Kelsen señala la posible elección de cualquiera de las dos primeras tesis, se inclina decididamente por la expuesta en primer término.

Se apoya para ello en que la norma fundamental que, según él, se presupone otorgando validez a cada derecho nacional, aparece reproducida, con su mismo contenido, como una norma *positiva*, de carácter consuetudinario, del derecho internacional.

En efecto, las costumbres internacionales incluyen una norma que se suele llamar "principio de efectividad", la cual prescribe que se reconozca todo régimen que durante un tiempo prudencial ejerza el control coactivo en un cierto territorio. Es decir que esta norma cumple la misma función que Kelsen asigna a la norma fundamental de los derechos nacionales, o sea que da competencia para dictar normas al grupo de personas que, sin estar autorizadas por ninguna norma positiva del sistema, tiene éxito en establecer normas originarias eficaces.

Si se ha encontrado una norma positiva (el principio de efectividad) que da validez a las normas originarias de los derechos nacionales, parece que no habría necesidad de la norma fundamental presupuesta que da validez a los derechos nacionales, ya que se puede continuar con las cadenas de validez de normas positivas hasta la norma fundamental presupuesta del derecho internacional. De este modo todos los derechos del mundo formarían un solo sistema como partes del derecho internacional.

Que algo anda mal en esta tesis lo sugiere su absoluto apartamiento del sentido común, que considera los derechos nacionales,

tanto entre sí como respecto del derecho internacional, sistemas jurídicos diferentes.

El error de la tesis consiste en suponer que, por el hecho de que una regla de reconocimiento de un sistema jurídico coincida con una norma positiva de otro sistema, el primer derecho forma parte del segundo. Si así fuera, bastaría, por ejemplo, con que el principio de efectividad se sancionara como ley del derecho argentino para que todos los derechos vigentes en el mundo formaran parte de nuestro sistema jurídico.

Lo cierto es que los criterios que se usan para individualizar un sistema jurídico, seleccionan determinadas normas que, según vimos, son reconocidas por ciertos órganos primarios como soberanas, independientemente de que haya o no otro sistema que autorice la sanción de esas normas. Por ejemplo, nuestra Constitución es reconocida como soberana por los órganos que tienen capacidad de ejecutar actos coactivos en el territorio argentino, sin tener en cuenta que el derecho internacional autorice o no su dictado. Es decir que si una norma es reconocida como originaria y no porque deriva de otra, aunque haya otra norma que la autorice, aquella norma formará parte de la base de un sistema jurídico independiente. (Esto explica por qué el orden de una ex colonia es un sistema jurídico autónomo, aun cuando una norma de la ex metrópolis le autorice a darse su propia constitución.)

Tampoco es adecuado el "monismo nacional" que supone que el derecho internacional forma parte de cada uno de los derechos nacionales que lo reconocen. Es cierto que los órganos que, por vía consuetudinaria o convencional, crean normas del derecho internacional, son los Estados, y que si la mayor parte de ellos manifiesta su disenso respecto de una norma consuetudinaria o contractual que han contribuido a crear, la norma quedará derogada. Pero no es verdad respecto de cada Estado en particular que el orden internacional sea derecho en la medida en que es reconocido por él; las normas internacionales seguirán teniendo vigencia, y en consecuencia constituyendo derecho existente, mientras estén respaldadas por la comunidad internacional en general. O sea, que el derecho internacional tiene una existencia independiente del reconocimiento por cada Estado en particular.

En fin, parece que la posición más coherente es la que se ajusta al sentido común, que considera sistemas independientes el derecho internacional y cada uno de los derechos nacionales, por ser

distintos los conjuntos de normas reconocidas como soberanas que constituyen la base de cada uno de tales sistemas.

5. El cambio regular de la base de un sistema jurídico

Hemos dicho que, cuando cambian las normas que constituyen la base de un cierto derecho o sea las normas primitivas que los órganos primarios reconocen, el criterio de individualización que formulamos determina la conclusión de que cambia el sistema jurídico, que hay en ese territorio un sistema distinto al anterior. Esto es claro cuando la modificación se hace en una forma “irregular”, o sea no prevista en el propio sistema.

Cuando un cambio de esa especie tiene una cierta magnitud, se habla de “golpe de estado” o de “revolución”.

Pero hay casos en los que entre las reglas básicas de un sistema hay alguna que prevé un procedimiento para modificar el conjunto. Por ejemplo, el art. 30 de nuestra Constitución Nacional dispone la forma de modificar cualquier artículo de la propia Constitución. Cuando esa reforma se lleva a cabo, siguiendo las prescripciones constitucionales, los juristas entienden, a pesar de lo que antes dijimos, que no obstante el cambio de la base del sistema, el derecho continúa siendo el mismo.

Este hecho parece contradecir la idea de que la individualización de un sistema depende del reconocimiento de ciertas normas que constituyen la base del mismo y que, cuando las normas que se reconocen son diferentes, cambia el sistema.

Una posible explicación consistiría en decir que la nueva Constitución no integra la base de un sistema distinto, sino que ella *deriva* de la antigua Constitución, que sigue constituyendo la base del orden jurídico, por lo cual éste no ha cambiado.

Sin embargo, esta respuesta es inaceptable, ya que la nueva Constitución contendrá probablemente normas inconsistentes con las de la antigua, lo cual producirá, si la nueva Constitución es reconocida, una derogación de las normas constitucionales anteriores y, por consiguiente, su exclusión de la base y un cambio de sistema.

A esta objeción se podría replicar reformulando la tesis y sosteniendo que la única norma que integra la base de un sistema jurídico es la norma constitucional que prevé la reforma de la

Constitución, de la cual derivarían tanto la Constitución antigua como la nueva; si permanece esa norma antes y después de la reforma y si se la considera como la única norma constitutiva de la base del orden jurídico, éste no cambiará con la reforma constitucional (pues la norma primitiva del sistema seguirá siendo la misma).

Pero esta propuesta tampoco es satisfactoria. La antigua constitución no deriva de la norma que dispone el procedimiento para su reforma; por ejemplo, nuestra Constitución de 1853 no fue dictada según el procedimiento establecido en su art. 30. Esto quiere decir que las normas constitucionales anteriores eran aceptadas como soberanas y no como derivadas de otra norma, tal como el art. 30. Si, en cambio, la nueva Constitución es reconocida sólo como derivada de una norma perteneciente a la antigua, ello significará que el derecho tiene ahora una nueva base y en consecuencia es un sistema jurídico distinto del anterior. (El antiguo derecho tendría como normas primitivas a todas las normas constitucionales; en cambio, el nuevo derecho tendría como norma primitiva solo al art. 30 de la antigua Constitución, del que derivarían las nuevas normas constitucionales).

Además se plantea otro problema. Supongamos que, siguiendo el procedimiento establecido por el art. 30 de nuestra Constitución, se reforma el mismo art. 30. Para los juristas, el que la reforma constitucional se extienda inclusive a la norma que dispone el procedimiento de modificación, no altera la idea de que el sistema jurídico sigue siendo el mismo.

Pero el nuevo art. 30 no puede derivar del antiguo. Si fuera así, el antiguo seguiría perteneciendo al sistema y, en consecuencia, las reformas ulteriores deberían hacerse según el antiguo art. 30 y no de acuerdo al nuevo, con lo que no habría habido reforma alguna.

Por otra parte, si el nuevo art. 30 derivara su validez del antiguo, habría que suponer que la norma del art. 30 se refiere a sí misma, permitiendo a algún órgano su modificación siguiendo determinado procedimiento.

¿Puede una norma referirse a sí misma?

Los lógicos rechazan, en general, la posibilidad de enunciados autorreferentes. Si alguien dice "esta proposición es verdadera", probablemente diremos que lo que dice no tiene significación alguna. Lo mismo ocurre con la llamada "paradoja del mentiroso". Supongamos

que alguien formula el siguiente enunciado: "todo lo que yo digo es mentira"; resulta que si la proposición es verdadera, no es cierto que todo lo que dice quien la formula sea mentira, lo cual lleva a la conclusión, contraria al punto de partida, de que la proposición tiene que ser falsa.

Parece que la misma conclusión hay que formular, como lo expone Ross, respecto de las normas. No se ve qué significado pueda tener una prescripción que diga, por ejemplo, "haga lo que establece esta norma".

El tema de la autorreferencia ha suscitado complicadas discusiones entre los filósofos y se han propuesto distinciones (que llevan a admitir algunas formas de proposiciones reflexivas), cuyo análisis trasciende los límites de este trabajo.

En relación a un artículo como el 30 de la Constitución Argentina, tal vez la autorreferencia pueda ser eliminada, si se interpretara que ese artículo contiene lógicamente dos normas: una que se refiere a todos los demás artículos de la Constitución, pero no a él mismo, y otra que indica un procedimiento idéntico de reforma pero referido sólo a la norma anterior. De esta forma no habría autorreferencia, puesto que tendríamos una norma que regula el procedimiento para reformar las restantes reglas constitucionales y otra norma que establece el procedimiento para reformar la norma anterior.

Sin embargo, lo cierto es que aun con ese recurso no podría sostenerse la identidad del sistema antes y después de la reforma, pues una modificación del art. 30, o de cualquier otra norma de la Constitución, implica la derogación del antiguo y, en consecuencia, un cambio de la base del orden jurídico.

Parece, por consiguiente, que no hay más remedio que concluir que cuando se modifica la base de un sistema jurídico, sea por vía "regular" o revolucionaria, se transforma siempre el orden jurídico. A *estos efectos*, tanto da, como dice Alf Ross, que, por ejemplo, se convoque ahora a una convención constituyente para reformar la Constitución, como que el presidente decida modificarla por un úcase: el resultado siempre será un cambio del orden jurídico.

Por supuesto que lo anterior no supone recomendar que se modifique la Constitución por procedimientos irregulares; sólo implica advertir que cuando cambia la base de un sistema hay un orden jurídico diferente, y el fundamento de validez de las nuevas normas no puede encontrarse en el sistema derogado, aunque en muchos casos, haya una estrecha continuidad entre ellos.