

que esos órganos pueden disponer la ejecución de medidas coactivas en situaciones particulares, recurriendo al monopolio de la fuerza estatal.

Pero esta caracterización de sistema jurídico abre probablemente más interrogantes que los que resuelve. Entre las dificultades que tal caracterización pone de manifiesto está la de determinar qué es lo que hace que un grupo de enunciados —que, como vimos, puede estar compuesto no sólo por normas, y no sólo por normas que estipulan actos coactivos y estatuyen órganos primarios— formen un sistema “unitario”, diferente de otros. Esto constituye el problema de la pertenencia de una norma a un cierto sistema jurídico y de la individualización de ese sistema.

2. Criterios de pertenencia y de individualización

La pregunta acerca de cuándo una norma —o, en general, un enunciado— forma parte de un cierto sistema jurídico y no de otro está estrechamente relacionada con la pregunta acerca de cómo se puede distinguir un sistema jurídico de otro. La primera pregunta requiere que se formule un criterio de *pertenencia* de una norma a un sistema jurídico, y la segunda reclama un criterio de *individualización* de sistemas jurídicos. En lo que sigue trataremos de responder a ambas preguntas conjuntamente.

Muchas veces se asocia la cuestión de la pertenencia de una norma a un sistema jurídico con la cuestión de la *validez* de la norma en cuestión.

En el caso de algunos autores esto es así porque se *identifica* la validez de una norma con su pertenencia a un sistema; en este caso, se está usando la palabra “validez” con un significado puramente descriptivo que debe ser cuidadosamente distinguido del significado normativo de “validez” —ya mencionado— que alude a la fuerza obligatoria de una norma. En otros casos la asociación entre la validez de una norma y su pertenencia a un sistema no implica que ambas propiedades se consideren idénticas; hay algunos autores para quienes decir que una norma es válida es equivalente a decir que la norma tiene fuerza obligatoria, pero que sostienen que una *condición necesaria* para que una norma sea válida o tenga fuerza obligatoria es que pertenezca a un cierto sistema.

El tema de la validez será tratado más profundamente en otra parte; aquí se usará a veces la palabra “validez” para describir las ideas de algunos autores sobre la pertenencia de las normas a un sistema jurídico (porque es la palabra que *ellos* usan

en este contexto), sin preocuparnos si se está *identificando* la validez con la pertenencia o si se está asumiendo que la pertenencia de una norma a un sistema representa *sólo un aspecto* del concepto de validez.

a) *La pertenencia al sistema de las normas derivadas*

El primer criterio de pertenencia que parece razonable utilizar y que prácticamente todos los autores aceptan puede formularse así: “una norma pertenece a un sistema jurídico cuando el acto de dictarla está autorizado por otra norma que pertenezca al sistema jurídico en cuestión”. (O empleando otra terminología: “una norma es válida cuando ha sido creada de acuerdo con otra norma válida de un sistema jurídico”).

Kelsen es uno de los iusfilósofos que han expuesto con más profundidad este criterio para decidir la pertenencia de una norma a un sistema, es decir, su validez. En un pasaje de su *Teoría pura*, Kelsen dice, tomando como ejemplo una sentencia penal:

“A la pregunta acerca de por qué esta norma individual es válida como parte de un sistema jurídico determinado, la respuesta es: porque ha sido creada de acuerdo con una ley penal. Esta ley recibe, a su vez, su validez de la Constitución, ya que ha sido establecida por el órgano competente que la Constitución establece. Si preguntamos por qué la Constitución es válida, quizá nos remitamos a otra Constitución más antigua. Finalmente llegamos a una cierta Constitución que fue la primera, desde el punto de vista histórico, pero que fue establecida o por un usurpador o por una asamblea...”

Es decir que para determinar si una norma pertenece a un sistema debemos llegar, a través de lo que Raz denomina “cadena de validez” y von Wright “cadena de subordinación”, a una norma o conjunto de normas que consideramos que forman ya parte del sistema.

Raz define del siguiente modo el concepto de cadena de validez: “Es el conjunto de todas aquellas normas tales que: 1) cada una de ellas autorice la creación de una sola de las restantes, excepto una que no autorizará la creación de ninguna; y 2) la creación de cada una de ellas esté autorizada por una norma del conjunto”.

Para pasar de la norma cuya pertenencia al sistema estamos averiguando a un eslabón superior en la cadena de validez, tenemos que encontrar que la promulgación de la primera fue autorizada por otra norma.

Que una norma autorice la creación de otra o, lo que es lo mismo, que la última *derive* de la primera, quiere decir fundamentalmente que la conducta de dictar la norma inferior esté permitida por la superior. El permiso para dictar una norma se dirige a ciertas personas, a quienes se denomina "*órganos competentes*". Tal permiso puede estar condicionado a que se siga un cierto *procedimiento* para dictar la norma y a que ésta tenga determinado *contenido*.

De acuerdo con lo expuesto, sostiene Kelsen que una norma es válida cuando concuerda con lo establecido por otra norma válida en cuanto: 1º) al órgano que debe dictarla; 2º) al procedimiento mediante el cual debe ser sancionada, y 3º) al contenido que debe tener dicha norma.

Sin embargo, Kelsen anota que el elemento importante que toman en cuenta las normas jurídicas, a diferencia de las morales, para permitir la creación de otras, es el *órgano* que debe dictarlas. No siempre se condiciona el permiso a la adopción de cierto procedimiento en la emisión de la norma y muy raramente se impone cierto contenido (cuando se lo hace, por lo común es en forma negativa, indicando qué contenido *no* podrán tener las normas inferiores).

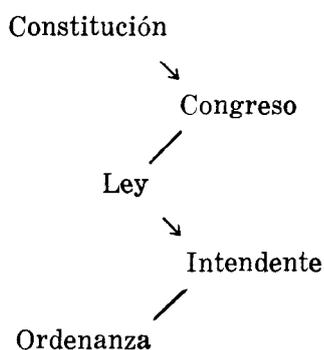
También la pertenencia de una norma a un sistema está condicionada a que no haya habido un acto de *derogación* de esa norma, autorizado por otras normas del sistema. (Alchourrón y Bulygin han analizado una serie de dificultades que presenta la derogación de las normas que no pueden ser tratadas aquí.)

Un posible criterio de pertenencia a un sistema, diferente de éste, que está basado en que el dictado de la norma esté *autorizado* por otra norma del sistema, podría estar fundado en el hecho de que haya otra norma del sistema que declara *obligatoria* la observancia o aplicabilidad de la norma en cuestión. Pero este criterio no es satisfactorio, ya que hay muchos casos en que un sistema jurídico declara obligatorias las normas de un derecho extranjero sin que tales normas sean consideradas parte del primer sistema.

Resumiendo, si queremos determinar si una norma cualquiera, por ejemplo *a*, pertenece a un sistema, supongamos *X*, debemos hallar alguna otra norma *b*, que aceptemos como perteneciente a *X*, que haya autorizado a dictar la norma en cuestión a quien la sancionó, por el procedimiento que siguió y con el contenido que le ha dado. Si hallamos tal otra norma *b* y aceptamos que ella pertenece a *X*, concluimos que *a* pertenece también a *X*, o sea que

es válida en relación a *X* siempre que no haya sido derogada de acuerdo con las normas de *X*.

Claro está que muchas veces la norma acerca de cuya pertenencia a un sistema nos preguntamos, no deriva directamente de otra respecto de la que admitimos que integra el sistema en cuestión. Supongamos que aceptamos que la Constitución de 1853 pertenece al sistema jurídico argentino y que nos preguntamos si también pertenece a él una ordenanza dictada por el intendente municipal. Desde el momento en que la Constitución no autoriza directamente al intendente a dictar normas, sólo podría otorgar validez a las normas que ese órgano dictara indirectamente, a través de otras normas que, por un lado, estuvieran autorizadas por la Constitución y, por otro, autorizaran a su vez al intendente municipal a dictar ordenanzas. O sea que debemos presentar una cadena de validez integrada por eslabones intermedios entre sus dos extremos, uno de los cuales esté constituido por la ordenanza cuya validez cuestionamos y el otro por la Constitución cuya validez admitimos. Por ejemplo, y presentando las cosas en forma simplificada, podemos mostrar que el intendente goza de competencia para dictar ordenanzas de acuerdo con una ley orgánica para la Municipalidad dictada por el Congreso y que el Congreso está autorizado por la Constitución para dictar leyes. Podríamos diagramar esta simple cadena de validez de este modo (la flecha descendente indica autorización para dictar una norma y la barra el acto de dictarla):



Lo que acabamos de ver muestra que la pertenencia de una norma a un sistema, o sea su validez (en este sentido) está en función de (es relativa a) la pertenencia al sistema, o "validez", de otra de la cual derive la primera. Si aceptamos que una cierta norma es válida, también lo serán las normas que se dicten de

acuerdo con ella. Asimismo, si revocamos nuestro primitivo presupuesto acerca de la validez de la primera norma, habremos de concluir que tampoco son válidas las normas cuya sanción fue autorizada por aquélla (a menos, claro está, que mostremos su derivación de otra norma válida).

Esta noción de validez relativa guarda cierta analogía con la verdad relativa. Se dice que una proposición es verdadera en relación a otra cuando *se deduce* de una proposición cuya verdad aceptamos. Por cierto que la verdad que asignamos a la segunda proposición puede, a su vez, ser relativa a la verdad de una tercera, y así sucesivamente.

En cuanto a la verdad de una proposición, no podemos remitirla indefinidamente a la verdad de otras de las cuales se deduzca la primera. En algún punto debemos confrontar nuestra aserto con los hechos y asignarle el valor de verdadero o falsa según sea el resultado de esa confrontación. Si la proposición que sometemos a prueba resulta verdadera, también lo serán las que se infieren de ella.

Un esquema análogo es aplicable a la validez de las normas.

Cuando decimos que una norma es válida si proviene de otra norma que sea a su vez válida, la cadena de validación no puede progresar infinitamente. Más tarde o más temprano habremos de encontrarnos con una norma cuya pertenencia al sistema no podrá depender de que el acto de dictarla esté autorizado por otra norma válida, por la sencilla razón de que no existirá ninguna otra norma que permita la creación de la norma en cuestión. En especial, si hablamos de sistemas *positivos*, o sea de sistemas de normas originadas en actos de seres humanos, es imposible hallar siempre una norma que faculte la creación de otra, ya que los hombres sólo pueden realizar un número finito de actos de creación de normas.

Como se ve, el problema se plantea en relación con aquellas normas respecto de las cuales no puede aplicarse el criterio de la cadena de validez para determinar su pertenencia al sistema, por constituir el último eslabón de cualquier cadena de validez que se forme. Sin embargo, la dificultad de determinar la pertenencia al sistema de las normas en que concluyen las cadenas de validez, se proyecta en definitiva sobre todas las normas que derivan de ellas, ya que la atribución de validez que se formula respecto de las normas subordinadas es condicional: ellas son válidas en tanto y en cuanto lo sean también las normas que autorizan el acto de dictarlas.

Del mismo modo que en el caso de las proposiciones, en el cual es insuficiente el concepto de verdad relativa y necesitamos un criterio que nos permita establecer la verdad de un enunciado independientemente de su derivación de otros, es necesario hallar también un criterio adicional de validez —entendiendo “validez” como pertenencia a un sistema— que no requiera que la norma en cuestión derive de otras, en el sentido de que su promulgación esté autorizada por alguna otra norma del sistema.

b) *La pertenencia al sistema de las normas no derivadas.
Diferentes criterios de individualización*

Es en relación a estas normas *no derivadas* que se pone más de manifiesto la conexión entre los criterios de pertenencia de una norma a un orden jurídico y los criterios de individualización de un orden jurídico. En definitiva, un criterio de pertenencia aplicable a las normas de máxima jerarquía del sistema tendrá que establecer ciertas condiciones que tienen que satisfacer tanto la norma cuya pertenencia a un sistema se cuestiona como las restantes normas primitivas de *ese* sistema, pero no las normas de *otros* sistemas. Presumiblemente esas serán, entonces, las condiciones que nos servirán para distinguir un sistema jurídico de otro.

¿Pero cuáles son las condiciones que permiten distinguir un sistema jurídico de otro?

1) *El criterio territorial.* El criterio de individualización de un sistema jurídico que uno estaría inclinado a emplear espontáneamente es el que hace referencia al *ámbito de aplicación territorial* del sistema en cuestión. Uno diría que el derecho argentino se distingue del derecho uruguayo porque mientras el primero es aplicable en el territorio argentino el segundo lo es en el uruguayo. Dos normas pertenecen al *mismo* sistema jurídico cuando son aplicables en el *mismo* territorio; y dos normas pertenecen a *distintos* sistemas jurídicos cuando son aplicables en *distintos* territorios.

Una primera dificultad que este criterio parece presentar está dada por la existencia de normas que pertenecen al mismo sistema jurídico no obstante lo cual tienen diferentes ámbitos de aplicación territorial (por ejemplo, pertenecen al derecho argentino tanto el Código de Procedimientos Penales de la Provincia

de Córdoba, como una ordenanza municipal de tránsito de la Ciudad de Buenos Aires). Sin embargo, se podría responder que esto es el caso sólo en relación a normas *derivadas* del sistema y no a las normas *primitivas* que son las que sirven para individualizar a éste; tal vez todas las normas primitivas de un sistema tienen necesariamente el mismo ámbito territorial de aplicación.

Sea esto así o no, lo cierto es que hay otra objeción decisiva en contra de tomar el ámbito de aplicabilidad territorial de las normas como criterio para individualizar un sistema jurídico: lo que ocurre es que el concepto de territorio (de un país) no es un concepto "físico" o "natural" sino que es un concepto jurídico.

El territorio de un país no se determina por ciertos mojones o accidentes geográficos sino por el ámbito en que es aplicable el sistema jurídico de ese país. El territorio argentino está constituido por el ámbito de aplicabilidad espacial del derecho argentino, y si este ámbito se ampliara —o sea si el derecho argentino se aplicara en zonas donde ahora no se aplica—, se expandiría el territorio argentino.

Por lo tanto resulta *circular* individualizar un cierto derecho por el territorio donde sus normas se aplican, ya que el territorio se identifica por el sistema jurídico que es aplicable en él. Es decir, tenemos que distinguir primero un derecho de otro para poder distinguir un territorio estatal de otro.

2) *El criterio del origen en cierto legislador.* Según el jurista inglés John Austin, una norma pertenece al sistema jurídico que esté integrado por todas las normas directa o indirectamente dictadas por el mismo *legislador* que dictó aquella norma. Es decir que un sistema jurídico estará formado por todas las normas que dicte un determinado legislador.

Austin distingue dos clases de legisladores. El legislador *soberano* es un individuo, o grupo de individuos, investido por un hábito de obediencia de una comunidad, sin que él mismo tenga el hábito de obedecer a nadie y cuyo poder de legislar no esté conferido por ninguna norma ni esté limitado tampoco por norma alguna. Unas veces el soberano legisla directamente, otras lo hace a través de un legislador *delegado*, o sea de un individuo a quien el soberano otorga competencia para legislar, prescribiendo a los súbditos obedecer las normas que él dicte dentro de los límites de su competencia.

Es decir que también Austin acepta implícitamente el proce-

dimiento de las cadenas de validez para determinar la pertenencia de una norma a un cierto sistema. Si una norma no ha sido dictada directamente por el soberano, debemos recorrer una cadena de validez hasta llegar a alguna otra norma que sí lo haya sido, como condición necesaria para determinar que aquella norma pertenece al sistema integrado por todas las normas directa o indirectamente dictadas por el mismo soberano.

Está claro, con esta explicación, que la pertenencia al sistema de las normas que no han sido dictadas por un legislador subalterno depende simplemente de que hayan sido directamente promulgadas por el soberano. El criterio de pertenencia a un sistema, en la teoría de Austin, puede por tanto formularse así: "una norma pertenece al sistema originado en un soberano cuando ha sido dictada directamente por él o por un legislador cuya competencia derive de otras normas dictadas por el soberano".

Como se dijo, la respuesta a la pregunta sobre la pertenencia de una norma a un sistema implica resolver también la cuestión acerca de la individualización de un sistema jurídico, distinguiéndolo de otros. La respuesta de Austin a este segundo interrogante es que un orden jurídico se distingue de otro por el legislador que directa o indirectamente ha dictado todas las normas que integran ese sistema; mejor dicho, un sistema jurídico se constituye con todas las normas que ha dictado un legislador y las que han dictado otros órganos a los que ese mismo legislador delegó su competencia.

Es precisamente en la individualización del sistema jurídico donde se pone de manifiesto la debilidad de la tesis de Austin.

En efecto, su criterio implica que un cambio de legislador originario determina un cambio de sistema jurídico; es decir, que si se sustituye el soberano, aparece un derecho diferente, aunque esté integrado por las mismas normas.

Esta última conclusión es admisible cuando se produce un cambio violento del soberano. En el caso de un golpe de estado, se podría aceptar que ha cambiado el orden jurídico, pero cuando se produce una sucesión no violenta de un soberano por otro, por ejemplo cuando a la muerte de un rey le sucede su descendiente, es completamente inusitado hablar de cambio de sistema jurídico.

Además de otros inconvenientes menores, es precisamente la consecuencia que hace depender la individualización de un sistema de la persistencia del mismo legislador originario, lo cual ha

inducido a otros iusfilósofos a proponer otras soluciones fundadas no en la identificación de un último legislador, sino en la identificación de una o varias normas supremas.

3) *El criterio de la norma fundamental.* Entre las soluciones fundadas en la identificación de una cierta norma suprema, la más conocida es la de Hans Kelsen.

Kelsen, como vimos, determina la validez de una norma por su derivación de otra norma válida. Así llega a una primera norma positiva del sistema, por ejemplo la Constitución, y se pregunta respecto de ella si es también válida, o sea, si pertenece al sistema. Dar una respuesta afirmativa a ese interrogante es condición necesaria para aceptar la validez de todas las normas que de ella derivan.

En relación a la primera norma positiva de un sistema jurídico, al parecer sólo habría la posibilidad de decidir su pertenencia a aquél, como hemos visto, en virtud de un criterio diferente del que exige la derivación de otra norma válida. Según Kelsen sólo puede eludirse ese camino si se recurre a alguna norma no positiva, o sea a alguna norma no dictada por un acto de seres humanos y de la cual se derivaran las normas positivas en que concluyen las cadenas de validez. De este modo Kelsen recurre a su célebre *norma fundamental o básica*.

Como ya se dijo, la norma fundamental de Kelsen no es una norma dictada por algún legislador humano o divino, sino un presupuesto epistemológico, una especie de hipótesis de trabajo que utilizan implícitamente los juristas en sus elaboraciones.

El contenido de la norma fundamental es descripto por Kelsen con formulaciones diversas, pero siempre con el sentido de otorgar competencia al legislador originario, es decir, a quien dictó las primeras normas positivas del sistema. Algunas de las fórmulas que usa Kelsen son éstas: "*Los que han dictado la Constitución están autorizados para hacerlo*"; "*Debe ser lo que ha establecido el legislador originario*" o "*La coacción debe ejercerse en las condiciones prescriptas por la Constitución*".

Kelsen advierte que no hay ninguna necesidad, ni lógica ni empírica, de presuponer una norma semejante para el análisis de la realidad jurídica, pero que los juristas, de hecho y en forma implícita, la presuponen cuando describen un sistema jurídico.

De acuerdo con la norma fundamental que presuponemos en la cúspide de un sistema jurídico, podemos distinguirlo de otros.

Los distintos sistemas se diferencian, según Kelsen por estar originados en diferentes normas fundamentales.

Kelsen dice que los juristas no presuponen una norma fundamental arbitrariamente. La formulan respecto de aquellos legisladores cuyas directivas son *eficaces*, o sea, que son generalmente obedecidas y aplicadas.

Con su recurso a la norma fundamental puede proclamar Kelsen la "validez" de las primeras normas positivas del sistema, pues ellas derivan de aquella norma presupuesta, en el sentido de que ella autorizaría la sanción de las demás. Por ejemplo, nuestra Constitución sería válida porque el acto de dictarla estaría autorizado por una norma presupuesta por los juristas, que diría: "La Convención Constituyente que se reunió en 1853 está (o estuvo) autorizada para dictar una Constitución". Siendo válida la Constitución, también lo serían todas las normas derivadas de ella.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que, según el criterio de validez que da Kelsen, una norma sólo es válida si deriva de otra norma que sea a su vez válida. Es decir que la validez de la Constitución no se demuestra con sólo mostrar que deriva de otra norma, presupuesta por los juristas; debe mostrarse, además, que la norma de la cual deriva la Constitución es ella misma válida.

¿Qué dice Kelsen acerca de la validez de la norma fundamental? Sus explicaciones no son muy claras, aunque insinúa que la validez de esa norma presupuesta debe a su vez presuponerse, y que esa validez no puede ya ponerse en tela de juicio, sino que se la debe aceptar dogmáticamente.

Pero la respuesta del autor de la *Teoría pura* no es satisfactoria. Así como suponer una norma quiere decir aceptar la hipótesis de que la norma existe, suponer que esa norma es válida implica suponer que deriva de otra norma válida: o sea que no bastaría con suponer una norma fundamental; habría que presuponer la existencia de otra norma de nivel superior. Como, a su vez, esa última norma tiene que suponerse válida, para que la norma fundamental lo sea, y también sea válida la Constitución que de ella deriva, debemos recurrir a otra norma presupuesta, y así hasta el infinito.

No es un criterio muy cómodo que digamos el que nos obliga a presuponer la existencia de un conjunto infinito de normas válidas.

das para decidir la validez de la primera norma positiva de un sistema jurídico y de las que derivan de ella.

Pero, además, resulta que este curioso criterio no resuelve el problema que se intentaba solucionar con él.

Joseph Raz ha objetado con razón el papel de la norma básica para individualizar un sistema jurídico. Sostiene Raz que el contenido de la norma fundamental kelseniana está en función de cuáles son las últimas normas positivas del sistema. Si se decide que la norma suprema del orden jurídico argentino es la Constitución dictada en 1853, formularemos la norma fundamental con un contenido que autorice a dictar esa Constitución. Esto quiere decir, afirma Raz, que *antes* de formular la norma fundamental tenemos ya individualizado un sistema jurídico y ordenadas jerárquicamente sus normas, por lo cual la norma básica no cumple ningún papel en la individualización de un determinado derecho y en la determinación de su estructura. Si no estuviera ya individualizado el orden jurídico argentino, no habría ninguna razón para no formular, por ejemplo, una norma fundamental que diera conjuntamente validez a las normas de nuestra Constitución y a las de la uruguayaya (con lo cual veríamos como un solo sistema a lo que comúnmente vemos como dos derechos distintos).

4) *El criterio basado en la regla de reconocimiento.* Herbert Hart pretende resolver las falencias de los criterios de pertenencia e individualización mencionados antes, recurriendo a criterios que hacen referencia a la *regla de reconocimiento* que, como vimos, él considera distintiva de todo sistema jurídico.

El criterio de pertenencia que sugiere Hart estipula que una norma pertenece a un cierto sistema jurídico cuando su aplicación está prescripta por la regla de reconocimiento de ese sistema jurídico. A su vez, el criterio de individualización que emplea Hart establece que un cierto sistema jurídico se distingue de otro por el hecho de que la aplicación de todas sus normas está directa o indirectamente prescripta por una regla de reconocimiento *diferente* de la que prescribe aplicar las normas del otro.

La regla de reconocimiento de Hart está en mejores condiciones que la norma fundamental de Kelsen para servir como punto de referencia de los criterios de pertenencia e individualización. En primer lugar, Hart elude el enredo en que incurre Kelsen cuando sostiene que la validez de la norma fundamental debe presuponerse, aclarando que de la regla de reconocimiento *no tiene*

sentido predicar validez o invalidez, puesto que ella sirve precisamente para determinar cuándo las demás normas son válidas. Preguntarse por la validez de la regla de reconocimiento es, dice Hart, como preguntarse si el metro patrón de París —que sirve para determinar la corrección de todas las medidas del sistema métrico— es, en sí mismo, correcto.

En segundo lugar, la regla de reconocimiento de Hart no es, a diferencia de la norma fundamental de Kelsen, una mera creación intelectual, una hipótesis del pensamiento jurídico, sino que es una *norma positiva*, una práctica social. Esto es muy importante para proceder a individualizar la regla de reconocimiento, paso previo a individualizar un sistema jurídico sobre la base de ella. Siendo la norma fundamental de Kelsen una norma no positiva, la única forma de distinguirla de otras normas fundamentales es tomando en cuenta su *contenido*, y, como vimos, para determinar su contenido tenemos que haber individualizado ya el sistema jurídico al que la norma fundamental otorga validez. En cambio, al ser la regla de reconocimiento de Hart una regla positiva, es de presumir que pueda ser individualizada, distinguiéndola de otras, por otros aspectos, además de su contenido, como ser quiénes la practican, dónde se la practica, etcétera.

Pero, sin embargo, también Hart fracasa en proveer criterios de individualización y pertenencia operativos, y su fracaso está también determinado por dificultades en la individualización de la regla de reconocimiento.

Como lo ha apuntado Raz, Hart no consigue justificar su aserto de que todo orden jurídico tiene sólo una regla de reconocimiento. Hart admite que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico puede determinar distintas fuentes independientes de normas válidas primitivas; puede, por ejemplo, prescribir la aplicabilidad tanto de las normas dictadas por el Parlamento como de las normas originadas en precedentes judiciales. Si esto es así, parece no haber razón para sostener que, en un caso semejante, estamos frente a *una* regla de reconocimiento que determina dos fuentes de normas válidas, y no frente a *dos* reglas de reconocimiento diferentes, cada una de las cuales prescribe la aplicabilidad de las normas creadas a través de cada uno de los procedimientos mencionados. ¿Por qué decir que en el ejemplo anterior hay una sola regla de reconocimiento que se refiere al Parlamento y a los precedentes judiciales, y no decir también, por ejemplo, que hay una sola regla de reconocimiento que prescribe aplicar las normas

dictadas por los Parlamentos inglés y francés, viendo en consecuencia a los derechos de esos dos países como un solo sistema jurídico? Si fundamos nuestra respuesta a esta pregunta en alguna circunstancia que distingue un caso del otro, será esta circunstancia y no la regla de reconocimiento lo que tenemos en cuenta para individualizar un sistema jurídico.

Obviamente si Hart admitiera que un sistema jurídico puede tener más de una regla de reconocimiento, entonces la individualización de un sistema ya no podría estar basada en la singularidad de su regla de reconocimiento. En el mejor de los casos, habría que buscar algún elemento común que vinculara entre sí, y distinguiera de otras, a las reglas de reconocimiento de un mismo sistema; pero, entonces, sería *ese elemento en común* el que serviría, en última instancia, para individualizar a un sistema jurídico.

Por otra parte, el criterio de pertenencia de Hart adolece de otro defecto que se ha puesto de manifiesto a raíz de ciertas críticas de Ronald Dworkin. Este autor sostiene que un sistema jurídico no está compuesto sólo por reglas sino también por otro tipo de normas, que él llama "*principios*". Los principios (que Dworkin ejemplifica con el que estipula que nadie puede beneficiarse con su propio proceder ilegítimo y que es aceptado por los tribunales norteamericanos) se distinguen de las reglas en que su aplicabilidad a un caso no es una cuestión de "todo o nada" —o es aplicable o no lo es— sino que depende del *peso relativo* del principio en contraste con el de otros principios relevantes.

Según Dworkin, los principios no podrían ser parte de un sistema jurídico si se aceptara la teoría de Hart de la regla de reconocimiento, ya que esta regla identifica a las normas del sistema por su *origen o fuente*, y aquellos principios no son reconocidos por los jueces por derivar de cierta fuente con autoridad, sino porque su *contenido* se considera válido, apropiado o justo (los jueces norteamericanos no aceptaron por primera vez el principio que menciona Dworkin por el hecho de haber sido dictado por un legislador o por haber sido adoptado en un precedente judicial, sino por considerarlo un principio justo).

Es controvertible si Dworkin tiene razón cuando sostiene que la teoría de Hart acerca de la regla de reconocimiento no puede dar cuenta de los casos en que los jueces reconocen ciertas normas no porque tengan determinado origen sino porque consideran que su contenido es apropiado. De cualquier modo, las críticas de Dworkin hacen pensar que si fuera el caso que ciertas normas son reconocidas por los jueces con independencia de lo que la regla de reconocimiento prescribe, ésa no sería razón para no considerarlas parte del sistema jurídico. Si los órganos de aplicación de un sistema reconocen de hecho, en forma general y regular, ciertas normas y principios para fundar sus decisiones —porque cada uno de ellos lo cree justo o apropiado— el hecho de

que no estén *obligados* a hacerlo por una práctica de reconocimiento que identifique esas normas, no parece justificar el que no se las incluya como parte de un sistema jurídico.

Antes dijimos que los casos centrales de sistemas jurídicos no son sistemas de "absoluta discreción", lo que implica que los órganos encargados de aplicar normas generales a casos particulares están obligados a aplicar ciertas normas. Pero esto no quiere decir que *todas* las normas que integran el sistema jurídico tengan que ser normas que los jueces están obligados a aplicar, y que no integren también el sistema normas que el conjunto de los jueces aplica regularmente (y no en forma ocasional y esporádica) sin sentirse obligados a hacerlo por una práctica de reconocimiento.

Claro está que la situación en la que la generalidad de los jueces aplica regularmente ciertas normas, por considerarlas apropiadas y no por estar obligados a aplicarlas por una práctica o regla de reconocimiento, se da muy raramente en la realidad, puesto que la generalidad y regularidad en la aplicación de una norma va generando una presión en contra de las desviaciones y, con ello, se va dando lugar a una *regla* social que obliga a la aplicación de la norma en cuestión (la regla de reconocimiento).

De cualquier forma, si se admite que un sistema jurídico podría estar integrado por normas que los jueces no tienen la obligación de aplicar según las reglas de reconocimiento del sistema (pero que aplican de hecho), se debe concluir que el criterio de pertenencia de una norma a un sistema no puede estar basado sólo en las reglas de reconocimiento. Y si se admite que la base de un sistema jurídico (o sea el conjunto de las normas primitivas, que no derivan de otras) puede estar integrada no sólo por *varias* reglas de reconocimiento, sino también por normas o principios cuya aplicación no está fundada en lo que aquellas reglas de reconocimiento prescriben, entonces hay que admitir que el criterio de individualización de un sistema jurídico no puede apoyarse en la identificación de cierta regla *única* que pueda distinguirse de la que encabeza otro sistema jurídico.

Debe aclararse en relación a este punto que, si se acepta que un sistema jurídico puede estar integrado por normas y principios que los órganos primarios reconocen, no porque estén obligados a hacerlo por una práctica que identifica a esas normas por su origen, sino porque consideran que su contenido es válido, entonces debemos concluir que un orden jurídico puede incluir *principios morales*. En efecto, es distintivo de los principios morales el que sean aceptados por su contenido y no por estar impuestos por alguna autoridad o derivar de cierta fuente. El admitir que el derecho puede estar integrado por principios morales no es, contrariamente a lo que supone Dworkin, incompatible con una concepción positivista del derecho. El positivismo no niega que una norma pueda ser calificada simultáneamente tanto de norma moral como de norma jurídica; lo que exige es que para identificar a la norma en cuestión como una norma jurídica ella debe satisfacer las condiciones *fácticas* implícitas en el concepto descriptivo de derecho (como lo es su reconocimiento por determinados órganos).

5) *El criterio basado en el reconocimiento de los órganos primarios.* El fracaso del intento de Hart de proveer criterios de individualización y pertenencia operativos, deja, sin embargo, una lección importante. Esa lección es que no debemos buscar el elemento unificador de un orden jurídico en una cierta norma “maestra” —como la regla de reconocimiento—, aunque sí parece ser relevante para resolver este problema el *reconocimiento* que de las normas del sistema hacen ciertos órganos de aplicación.

Joseph Raz es quien más ha insistido en que los criterios de individualización y pertenencia deben basarse no en la identidad de cierto órgano creador de normas (como pensaba Austin), ni en la individualización de cierta norma o regla primitiva (tal como sostienen Kelsen y Hart), sino en los órganos que aplican esas normas a casos particulares (lo que es también propugnado por autores como Alf Ross). Es el reconocimiento por parte de esos órganos (los jueces, en sentido amplio) lo que parece ser decisivo para otorgar una unidad a un grupo de normas y para predicar de una cierta norma que pertenece a ese conjunto unitario.

Sin embargo, este enfoque plantea una serie de problemas que no son de fácil resolución.

El *primer problema* es el de caracterizar a los órganos cuyo reconocimiento de una norma determina su pertenencia al sistema. Las propuestas de caracterización de esos órganos sobre la base de la competencia que le otorgan las mismas *normas* que pertenecen al sistema que esos órganos reconocen, corren el riesgo de caer en un círculo vicioso.

Así parece ocurrir cuando Ross sostiene que el derecho está formado por las directivas que forman parte esencial de la fundamentación de las decisiones de los jueces, al mismo tiempo que para identificar a los jueces acude a las normas de competencia del sistema.

Del mismo modo, Raz caracteriza ahora (en *Practical Reasons and Norms*) a los órganos primarios, cuyo reconocimiento de las normas determina su pertenencia al sistema, como aquellos órganos facultados a adoptar decisiones con fuerza obligatoria. Pero resulta que esa facultad deriva de las normas del sistema, y para determinar qué individuos gozan de tal poder hay que determinar primero qué normas pertenecen al sistema.

Parece que el criterio que había sugerido antes Raz (en *A Concept of a Legal System*) para caracterizar a los órganos pri-

marios era más adecuado (aunque, como veremos, debe ser modificado), y que su abandono por parte de este autor debe haber estado determinado por su convicción actual de que la coactividad no es una propiedad necesaria de los sistemas jurídicos.

Ese criterio caracterizaba a los órganos primarios como aquellos órganos que están autorizados para decidir cuándo el uso de la fuerza en ciertas circunstancias está jurídicamente prohibido o permitido. La vinculación entre los órganos, cuyo reconocimiento de una norma es relevante para su pertenencia a un sistema, y el ejercicio de medidas coactivas, es importante no sólo por la relevancia que las normas que regulan la coacción tienen para caracterizar a un sistema como jurídico, sino porque lo que nos interesa es formular un criterio de pertenencia a sistemas *existentes* (si son sistemas imaginarios podemos considerar como parte de él cualquier norma que se nos ocurra sin seguir ningún criterio); como veremos luego, la existencia de un orden jurídico, está vinculada al ejercicio de la coacción.

Sin embargo, tal como Raz formula este criterio resulta difícil eludir la misma circularidad que afectaba a los anteriores. Si se exige que los órganos estén *autorizados* para decidir cuándo el uso de la fuerza está prohibido o permitido, para determinar cuáles son órganos primarios habrá que recurrir a las normas, del sistema, y para determinar cuáles son las normas del sistema habrá que determinar si ellas son reconocidas por los órganos primarios (esta observación fue presentada por Ricardo Caracciolo en su tesis doctoral).

Para evitar este círculo vicioso, parece que habría que caracterizar a los órganos primarios no como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino los que *de hecho pueden* (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra "poder") determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares, o sea quienes están efectivamente, en condiciones de disponer que se ponga en movimiento el aparato coactivo del Estado.

Alguien podría decir que si lo relevante es el acceso al aparato coactivo del Estado, no deberíamos identificar a los órganos primarios principalmente con los jueces, sino con los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, que son quienes tienen un contacto más inmediato con ese aparato coactivo. Sin duda en algunos casos tales funcionarios pueden constituir órganos primarios, pero, como cuestión general, debe tenerse en cuenta que el propósito de concentrarnos en los órganos primarios es el de determinar qué normas ellos reconocen. El policía

que detiene a una persona no lo hace, usualmente, por aplicación al caso de una norma general, sino siguiendo la instrucción específica de un juez; por lo tanto, para establecer qué normas han determinado en ese caso el empleo de medidas coactivas debemos ir más allá de la conducta del policía y detectar qué normas ha tomado en cuenta el juez que ordenó la primer conducta (por supuesto, esto no excluye que en algunos casos los roles de policía y de juez estén concentrados en la misma persona).

El *segundo problema* que presentan los criterios de individualización y pertenencia que se apoyan en el reconocimiento de las normas por ciertos órganos, es el de determinar qué es lo que unifica en un mismo conjunto a diferentes órganos primarios, de tal modo que las normas que todos ellos reconocen formen parte del *mismo* sistema jurídico y, en cambio, no formen parte de ese sistema las normas que otros órganos primarios reconocen.

Por supuesto, no es posible sostener que haya tantos sistemas jurídicos como órganos primarios; hay que admitir que forman parte del mismo sistema las normas reconocidas por un cierto conjunto de órganos primarios. Pero si esto es así ¿cuál es el criterio que hace que agrupemos en el mismo conjunto a, por ejemplo, los jueces cordobeses y correntinos y no a los jueces argentinos y bolivianos (con lo que el derecho argentino y boliviano quedarían unificado en un solo sistema)? Recordemos que el criterio territorial no puede ser empleado por conducir a un círculo vicioso.

Raz propone como criterio para formar los conjuntos de órganos primarios cuyo reconocimiento de normas determina su pertenencia a un *mismo* sistema, el hecho de que los órganos del mismo conjunto se reconozcan mutuamente la fuerza obligatoria o autoridad de sus decisiones.

Pero este criterio es insatisfactorio. En primer lugar, porque es nuevamente circular, ya que el reconocimiento de la fuerza obligatoria de las decisiones de otros órganos se funda en las normas del sistema (las que para ser identificadas como tales deben ser reconocidas por los órganos en cuestión). En segundo lugar, las normas de un sistema jurídico suelen reconocer la fuerza obligatoria o autoridad de las decisiones de los jueces de *otro* sistema jurídico en su ámbito de aplicabilidad territorial. De este modo, si el reconocimiento mutuo de la validez de sus decisiones fuera distintivo del conjunto de órganos de un mismo sistema, la mayoría de los derechos del mundo formarían parte de un solo sistema jurídico, ya que —de acuerdo con las normas del

derecho internacional privado— los jueces de la mayoría de los países reconocen mutuamente sus decisiones.

Aparentemente Raz se vio otra vez obligado a recurrir al criterio recién discutido por su negativa a considerar a la coactividad como distintiva de los sistemas jurídicos.

Si, en cambio, se considera una característica central del derecho el regular el monopolio de la fuerza estatal, una hipótesis plausible es que lo que nos hace agrupar en el mismo conjunto a los órganos que reconocen las normas que consideramos, por eso, parte de un mismo sistema jurídico, es el hecho de que todos ellos recurren, directa o indirectamente, al *mismo aparato coactivo* para hacer cumplir sus decisiones.

Si dos jueces recurren para efectivizar sus fallos a organizaciones armadas que no tienen entre sí ninguna vinculación orgánica o funcional (o sea que ninguna de ellas tiene poder efectivo sobre la otra, ni las dos están controladas por una misma organización coactiva superior), entonces las normas que esos jueces reconocen pertenecen a distintos sistemas jurídicos. Cuando la unidad de un cierto aparato coactivo se quiebra, sea por secesión, rebelión o por una disociación voluntaria, esto produce una fractura del sistema jurídico, puesto que las normas que son reconocidas por los órganos primarios que recurren a una de las fracciones del antiguo aparato coactivo unitario, se ven como parte de un sistema jurídico distinto del de las normas que son reconocidas por los órganos que recurren a la otra fracción. Así, cuando las fuerzas armadas de una colonia dejan de responder al poder central de la metrópolis, el sistema jurídico original se subdivide, puesto que en el nuevo Estado independiente se recurre a un aparato coactivo autónomo para hacer cumplir las decisiones de quienes reconocen las normas vigentes (aunque tales normas sigan teniendo el mismo contenido que las que rigen en la ex metrópolis).

Este enfoque presenta una serie de dificultades —como la de individualizar, o sea distinguir unas de otras, las organizaciones que controlan el monopolio de la fuerza—, pero, sin embargo, parece proveer un criterio adecuado de individualización de los sistemas jurídicos.

El *tercer problema* que presentan los criterios de individualización y pertenencia fundados en el reconocimiento de las normas por parte de los órganos primarios, consiste en determinar

las condiciones en que puede decirse que una regla es reconocida por tales órganos.

Por supuesto que la mera coincidencia entre una decisión del órgano y lo que la norma en cuestión prescribe no es suficiente para decir que el órgano reconoce la norma y que, por ende, ella forma parte del sistema jurídico. Si así fuera cualquiera podría incorporar normas a un sistema jurídico con tal de que ellas coincidieran con las decisiones de los órganos primarios, aunque ellos no sean en absoluto conscientes de la existencia de tales normas.

Como dice Ross, lo que debe exigirse es que la norma *forme parte substancial del razonamiento* que conduce a las decisiones judiciales; sin embargo, esta idea tiene también una serie de aspectos oscuros que no pueden ser tratados aquí.

Por otra parte, hay normas que uno está dispuesto a decir que son parte de un sistema aunque ningún órgano primario haya tenido oportunidad de aplicarlo; por ejemplo, una ley que acaba de ser sancionada o una regla que prevé condiciones de aplicación que no se han dado hasta el momento. Es para resolver estos casos en que es sumamente útil tomar en cuenta las reglas de reconocimiento del tipo de las que señala Hart. Si bien no es necesario que toda norma que pertenece al sistema sea de aplicación obligatoria de acuerdo con las prácticas judiciales de reconocimiento (como vimos, puede ser de hecho regularmente aplicada por los jueces, sin estar obligados a hacerlo), una norma puede pertenecer al sistema no obstante no haber sido aplicada por los órganos primarios de ese sistema, si ella reúne las condiciones que definen la clase de normas que una práctica de reconocimiento del sistema prescribe aplicar (como por ejemplo, el haber sido dictada por cierto parlamento).

Si bien estos criterios de individualización y pertenencia requieren una elaboración mucho más precisa que la que aquí se ha desarrollado, ellos nos permiten decir, en forma tentativa, que *dos normas no derivadas pertenecen al mismo sistema jurídico cuando ellas son reconocidas (sea directamente o a través de prácticas generales de reconocimiento) por órganos que están en condiciones de disponer medidas coactivas recurriendo a la misma organización que ejerce el monopolio de la fuerza estatal.*

Por supuesto que la individualización de un orden jurídico basada en el reconocimiento de ciertas normas por parte de los órganos que tienen acceso al mismo aparato coactivo estatal, implica que el sistema cambia no sólo cuando se produce una modi-

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