

PROBLEMAS CONCEPTUALES EN ALGUNOS MODELOS DE VALIDEZ NORMATIVA LA POSTURA DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS*

*René G. de la Vega***

Resumen

Como casi todos los conceptos filosóficos, el de «validez normativa» tiene altos grados de ambigüedad y de vaguedad. En este trabajo me encargo de analizar la postura de distintos autores que han tratado de dar respuesta a la pregunta ¿qué significa que una norma sea «válida»? Para ello, tomo como hilo conductor la obra de Ernesto Garzón Valdés. Esto se debe a que los trabajos de Ernesto Garzón dedicados a este tema, le ofrecen al lector un análisis crítico y comprensivo de algunas de las posturas teóricas más relevantes sobre el concepto de validez normativa. Asimismo, trabajar a través de su obra tiene un doble beneficio: por un lado, no sólo nos permite conocer a fondo la postura teórica de autores que pertenecen a distintas corrientes del pensamiento, como Hans Kelsen, H.L.A. Hart, Francisco Suárez o von Wright por ejemplo, sino que, por el otro, nos permite conocer la postura del mismo Garzón y sus críticas a los diferentes modelos conceptuales.

Palabras clave: Validez, normas, sistemas normativos, análisis conceptual, iuspositivismo, iusnaturalismo.

Abstract

Similarly to other philosophical concepts, the concept of «normative validity» is charged with a high degree of vagueness and ambiguity. In this paper I analyze the theoretical positions of various authors attempting to answer the question: What makes a norm valid? As a cornerstone for my analysis I take the works of Ernesto Garzón Valdés since nowadays they have come to offer the most comprehensive critical analysis of the major theoretical positions about the concept of normative validity. Moreover, his contributions do not only allow for the understanding of different theoretical perspectives about normative validity, such as those of Hans Kelsen, H. L. A. Hart, Francisco Suárez and von Wright, but also offer an ample critique to the different models of validity.

Key words: Validity, norms, normative systems, conceptual analysis, iuspositivism, iusnaturalism.

* Este trabajo se realizó gracias a una beca otorgada por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) para realizar estudios de doctorado.

** Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

0. Introducción

Los conceptos filosóficos rara vez cuentan con un significado unívoco. Por lo general adolecen de ciertos grados de ambigüedad y de vaguedad que los sumergen en un entramado de problemas filosóficos difíciles de percibir a simple vista. El concepto de “validez”, junto con la expresión “validez normativa”, no son una excepción a la regla. Bajo este concepto se han aceptado diferentes tipos de significado y, también, se han agrupado distintas clases de problemas. Todos ellos, a su vez, se han atendido desde muy diversas perspectivas teóricas y filosóficas.

Dada la complejidad de este concepto, me parece que una buena manera de internarnos en él es siguiendo las tesis de un autor que ya haya profundizado en algunas de sus distintas perspectivas teóricas. Proceder de esta manera nos abre, al menos, dos posibilidades: (1) analizar con mayor seguridad algunas de las distintas posturas teóricas que se han dado sobre este concepto y, (2) de paso, nos permite conocer la postura del autor elegido frente a esta problemática y frente a los distintos modelos teóricos que él haya escogido para su estudio.

Para cumplir con estos dos propósitos he elegido un conjunto de trabajos que Ernesto Garzón Valdés publicó durante las décadas de los setenta y de los ochenta. La importancia de analizar estos trabajos es doble: pues, por un lado, Ernesto Garzón se ocupa de analizar y de criticar los modelos de validez normativa más representativos de la segunda mitad del siglo XX; es decir, de aquellos autores que han sentado las bases de la teoría contemporánea del derecho. Y, por el otro, me parecen un buen ejemplo de lo que a grandes rasgos podría ser un mapa de los problemas que se han inscrito bajo la expresión “validez normativa”.

1. Los problemas que le interesa resolver a Ernesto Garzón Valdés

Ahora bien, para no perdernos en discusiones que nos llevarían fuera de las fronteras de este trabajo, es necesario iniciar con una primera clasificación y señalar qué clase de problemas son los que ocupan la atención de Ernesto Garzón con relación al problema de la “validez normativa”.

Podemos decir que él se aproxima a este problema desde un punto de vista conceptual. Es decir, lo que le interesa analizar es cómo los teóricos del derecho han entendido enunciados del tipo: “la regla ‘X’ es una regla válida”, “la regla ‘X’ es válida porque pertenece al sistema jurídico ‘Y’”, “la regla ‘X’ por ser válida debe ser obedecida”, “la regla ‘X’ es válida porque regularmente es observada por las autoridades competentes”, etc. Es fácil apreciar que todos estos enunciados se refieren a distintas acepciones del término “validez”: validez como existencia, como eficacia, como pertenencia, como valor obligatorio.¹ Lo que no resulta tan claro es cuál de estos términos define con mayor precisión el significado de “validez”. La vinculación conceptual del término “validez” con otra clase de predicados, como existencia, eficacia o deber de obediencia, es un recurso bastante usual dentro de muchas teorías del derecho.

En *Algunos modelos de validez normativa*,² Ernesto Garzón nos hace ver que algunos de los problemas que se inscriben bajo este rótulo se deben, precisamente, a la inmensa diversificación de significados de la expresión “validez jurídica”. Tras la lectura de este trabajo podemos darnos cuenta, por ejemplo, de que en la teoría del derecho se han entendido cosas tan diversas que incluso modelos propuestos por autores que pertenecen a la misma corriente filosófica difieren entre sí. En otros casos, ciertos modelos de validez que se presumen característicos de una corriente filosófica coinciden en muchas de sus tesis de fondo con modelos de otra corriente filosófica distinta e incluso antagónica de aquella. Esta situación nos permite afirmar que gran parte de la discusión se consume en la determinación del concepto de “validez”.

Ahora bien, dejemos por un momento de lado los problemas de definición y pasemos a otro problema que se inscribe bajo el mismo rótulo y del que también se ocupa Ernesto Garzón. Me refiero al fundamento de validez de la norma última (o primera) de los sistemas jurídicos. Es

¹ Bajo mi apreciación es Nino quien mejor explica, en lengua castellana, los distintos “focos de significado” con los que se ha utilizado el término “validez”, Cfr., Carlos S. Nino (1973), *Introducción al análisis del derecho*, 2° ed, 13° reimpresión, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2005, especialmente págs. 132-39. cfr., Para un análisis de esta clasificación de Nino, véase, Victoria Roca (2005), *Razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, especialmente a partir de la pág. 143.

² Ernesto Garzón Valdés (1977), “Algunos modelos de validez normativa”, en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993, págs. 73-105. En adelante *D.E.P.*

decir, al fundamento que da validez a esa “norma maestra”³ que es, a su vez, la encargada de validar al resto de normas que pertenecen a un sistema jurídico.

Como sabemos, en la tradición positivista de la teoría del derecho el problema del fundamento de validez de las normas no derivadas, o primitivas, de los sistemas jurídicos, ha orillado a muchos teóricos del derecho a sostener por razones lógicas la existencia de una norma de la que no puede predicarse su validez.⁴ Como es el caso de la *norma básica* kelseniana, de la *regla de reconocimiento* hartiana y de la *norma soberana* de von Wright.

Este problema de la “norma maestra” nos enlaza con otro gran número de problemas que resultan de suma importancia para identificar e individualizar los sistemas jurídicos. Me refiero, específicamente, a los problemas de recursividad y a la cuestión de la membresía de las normas. Sin embargo, como se podrá apreciar más adelante, este grupo de problemas, nos llevan a la misma cuestión de inicio, es decir, qué se quiere decir cuando se habla de “validez jurídica”.

Como ya he dicho antes, Ernesto Garzón trata con algún detalle todos los problemas a los que aquí me he referido brevemente. En lo que sigue, me ocuparé descriptivamente de la exposición de cada uno de estos temas y críticamente del análisis y de las propuestas de solución ofrecidas por Ernesto Garzón. En el punto 2 haré una breve exposición de los distintos modelos de validez jurídica que Garzón Valdés analiza y mostraré las razones por las que él se decanta por alguno(s) de ellos. Esta exposición servirá, más que nada, para introducirnos en los problemas que veremos en los puntos 3 y 4. En el punto 3, expondré y explicaré los argumentos que Garzón ofrece para distinguir conceptualmente entre los términos “validez”, “existencia” y “eficacia” y de los problemas conceptuales en los que podemos incurrir si equiparamos o si distinguimos estos términos. En el punto 4 analizaré lo que Garzón ha llamado *la cuestión de membresía* de las normas derivadas y no derivadas de los sistemas jurídicos. En el quinto epígrafe, me detendré en la definición de “validez” que Ernesto Garzón sostiene y en algunas críticas que se les pueden dirigir a su postura.

³ Cfr., Ronald Dworkin (1977), *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, España, 2002.

⁴ Cfr., Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (1996), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 1° ed., Ariel, Barcelona, España, pág. 143.

2. Algunos modelos de validez normativa

Como venía diciendo, Ernesto Garzón en su trabajo *Algunos modelos de validez normativa*⁵ compara seis modelos distintos de validez. Estos modelos están representados, principalmente, por las teorías de Hans Kelsen, Francisco Suárez, John Austin, los autores de la “naturaleza de las cosas”, H.L.A. Hart y Georg H. von Wright.

La elección de estos modelos y no de otros se debe al doble interés de Ernesto Garzón: por un lado, le interesa analizar modelos de validez que no nieguen el uso normativo del término –por lo tanto, quedan excluidos todos aquellos que consideran a la validez como sinónimo de “eficacia”, es decir, las tendencias realistas en sus dos versiones: americana y escandinava– por el otro, le interesa mostrar modelos que se puedan aplicar al derecho positivo legislado –por lo tanto, quedan excluidas las cuestiones de validez del derecho consuetudinario y de las normas creadas a través de la actividad judicial–.⁶

Ahora bien, uno de los propósitos de su comparación es mostrar las divergencias y las coincidencias que puedan llegar a presentarse entre estos modelos. Otro propósito, que bajo mi consideración es aún más importante que el anterior, es el dar a conocer cuál (o cuáles) de estos modelos está en mejores condiciones de afrontar los problemas que suelen presentarse bajo este rótulo.⁷

El punto de partida de su comparación son las premisas del modelo kelseniano. Esto se debe a que el esquema presentado por Kelsen, además de ser sumamente claro es, para nuestro autor, un modelo radical que bien sirve de referencia básica para el análisis del resto de modelos. Incluso podemos decir, sin temor a equivocarnos, que el modelo de validez de Kelsen es uno de los más influyentes en la teoría jurídica contemporánea. Sus premisas son, sin duda, pautas arquetípicas de lo que regularmente se discute alrededor de la expresión “validez jurídica”.

Ernesto Garzón expone las premisas del modelo kelseniano a través de cuatro postulados básicos. Estos postulados son:

Postulado 1. “La validez de una norma no puede ser inferida o basada en un hecho. La norma pertenece al ámbito del deber ser, y entre

⁵ Op. cit., E.G.V (1977).

⁶ Cfr., *Ibidem.* Págs. 73-4.

⁷ *Ibidem.* Pág. 73.

éste y el del ser existe, por razones lógicas, un abismo infranqueable”. Esto pretende responder a la pregunta ¿puede la validez de una norma inferirse de un hecho?

Postulado 2. “La validez de una norma es la forma específica de su existencia. Decir que una norma es válida es lo mismo que decir que existe, y, viceversa, si una norma existe, entonces es válida”. Responde a la pregunta ¿validez equivale a existencia?

Postulado 3. “Si una norma es válida (=existe), entonces debe ser obedecida y, en caso de desobediencia, los órganos correspondientes deben aplicar una sanción. La estructura de una norma es la de una orden. Toda orden debe ser obedecida so pena de sanción por parte de los órganos del Estado”. Responde a la pregunta ¿validez equivale a deber de obediencia?

Postulado 4. “Una norma es válida cuando ha sido dictada por el órgano competente y de acuerdo con el procedimiento adecuado. El contenido de la norma juega un papel secundario o hasta nulo con respecto a su validez”. Esto vendría a ser una definición de validez, es decir, responde a la pregunta ¿cuándo una norma es válida?⁸

Ahora bien, si formulamos las mismas preguntas respondidas por los postulados a los seis modelos de validez arriba mencionados obtendremos una especie de guía de desarrollo para nuestro análisis. Esta guía quedaría de la siguiente manera:

⁸ Sobre los postulados véase E. Garzón Valdés (1977), op. cit., págs. 74-5-6., Para otra exposición del análisis de Ernesto Garzón, del que yo tomo las preguntas finales, véase, Manuel Atienza (1985), *La filosofía del derecho Argentina actual*, Depalma, Argentina, pág. 253 específicamente nota al pie 37.

	<i>Postulados</i> Modelo I (Kelsen)	<i>Postulados</i> Modelo II (Suárez)	<i>Postulados</i> Modelo III (Austin)	<i>Postulados</i> Modelo IV (Naturaleza de las cosas)	<i>Postulados</i> Modelo V (Hart)	<i>Postulados</i> Modelo VI (von Wright)
Pregunta 1 (p 1)	No	No	No	Sí	No	No
Pregunta 2 (p 2)	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
Pregunta 3 (p 3)	Sí	Sí	No	Sí	No	No
Pregunta 4 (p 4)	Órgano + procedimiento	Órgano + procedimiento + contenido	Órgano + procedimiento = la norma es directa o indirectamente dictada por el soberano	Órgano + procedimiento + contenido	Los criterios de validez están dados por la regla de reconocimiento	Competencia normativa fijada por autoridad superior

Es importante no perder de vista que el modelo de Hans Kelsen aquí representa el punto de partida de toda la discusión. En otras palabras, Ernesto Garzón analiza al resto de modelos bajo el prisma del modelo kelseniano. Ahora, veamos la explicación de los postulados que sirven de respuestas a las preguntas en cada uno de los modelos.

2.1. Para Ernesto Garzón el modelo de validez de Kelsen presenta, cuando menos, dos insuficiencias significativas: la primera es con relación al concepto de “norma básica” del sistema jurídico; la segunda, que está estrechamente vinculada con la primera, es con relación a la triple equivalencia conceptual que hay en su obra entre los términos “validez”, “existencia” y “deber de obediencia”.

En cuanto al primer problema, Garzón considera que el carácter hipotético de la norma fundamental o básica la sumerge en un entramado de problemas relacionados con su origen, carácter y fundamentación. De acuerdo con los postulados, Kelsen no cree que una norma pueda derivarse de los hechos ($\sim p 1$). Esto hace que el fundamento de validez de una norma sea relativo a la validez de otra norma jerárquicamente superior, y esa norma, a su vez, requiere de otra norma superior que le

otorgue validez. De esta forma es como se construyen lo que Joseph Raz ha denominado “cadenas de validez”.⁹

Siguiendo este esquema de fundamentación, Ernesto Garzón asegura que cuando se trata de un sistema positivo legislado la cadena de validez tiende a ser necesariamente finita; es decir, debe terminar en una primera constitución histórica.¹⁰ Sin embargo, tras afirmar el primer postulado este modelo se enfrenta a un problema de carácter lógico, esto es, según este modelo: el fundamento de validez de la primera norma –como de cualquiera otra– tiene que necesariamente derivar de otra norma. Pero, sin embargo, al tratarse de una cadena finita –por razones también lógicas– no puede haber una norma de rango superior jerárquico con respecto a la primera (o última) norma del sistema. Siendo este el caso, de acuerdo con Kelsen, debemos presuponer su existencia, es decir, su validez (*p* 2). De tal suerte, que esta situación, de acuerdo con Ernesto Garzón, nos orilla a “admitir que las normas no sólo pueden ser queridas (es decir, dictadas por un acto de voluntad) sino también pensadas (es decir, presupuestas por el pensamiento jurídico)”.¹¹

Tras esta afirmación, podemos decir que se trata, entonces, de una violación a la misma definición de validez aceptada por Kelsen. Es decir, si Kelsen acepta como definición de validez jurídica que una norma para ser válida tiene que ser emitida por el órgano y el procedimiento adecuado dictado por otra norma, a su vez, válida (*p* 4), en tal caso, el fundamento de validez de la “norma básica” resulta ser sumamente enigmático. Pues, si una norma válida jerárquicamente superior es la que nos permite predicar validez de otra norma inferior, en el caso de una cadena finita no hay ninguna otra norma existente (=válida) que fundamente la validez de dicha norma básica.

Kelsen cree resolver este problema diciendo que la “norma básica” es una norma no positiva, no puesta, sino presupuesta por la ciencia del derecho; extra-sistémica. Su función es la de una condición lógico-transcendental que permite hablar de la validez del resto de normas y que, por esta condición, su validez no puede ser cuestionada. Esto quiere decir que su validez tiene que ser aceptada dogmáticamente. Pero aun siendo así, es decir, aceptando su validez dogmáticamente, Garzón, si-

⁹ Joseph Raz (1980), *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, 2º ed., Clarendon Press, Oxford, especialmente, pág. 105 y ss.

¹⁰ E. Garzón Valdés (1977), *Ibidem.*, pág. 76.

¹¹ *Ibidem.* Pág. 77.

guiendo a Eugenio Bulygin, se pregunta ¿qué significado puede tener la palabra “válido” cuando es aplicada a una norma que es la que posibilita hablar de validez?¹²

El segundo problema al que me refería hace un momento sobre la equivalencia conceptual del término “validez” con otros términos como “existencia” y “deber de obediencia” ha sido otro talón de Aquiles del modelo kelseniano. Este problema, como veremos, se encuentra estrechamente vinculado con el anterior.

Kelsen no distingue entre “validez” y “existencia” de las normas. Por consiguiente, no puede admitir la existencia de una norma sin que ésta sea a su vez válida. Por esta razón, Kelsen, se ve obligado a encontrar el fundamento de validez a toda norma existente. Pero al toparse con la primera constitución histórica, como vimos, tiene que crear una “norma básica” o “fundamental” para que ésta le de validez a aquella y, en consecuencia, se pueda fundamentar la validez del resto de normas del sistema jurídico –si quiere mantenerse fiel al primer postulado–.

Para Garzón Valdés, el carácter recursivo que presenta esta definición de validez es la fuente de muchas imprecisiones y problemas dentro de este modelo. Problemas que, a grandes rasgos, se pueden explicar de la siguiente manera: si la norma básica existe como Kelsen lo asegura, de acuerdo con su propio esquema, ésta tiene necesariamente que ser válida. Pero de acuerdo con el austriaco, esta norma no es válida ni inválida, pero sin embargo existe. Por lo tanto, nos enfrentamos posiblemente con dos definiciones distintas de “existencia”. Una que se aplica al resto de normas del sistema (normas fundadas) y otra que se aplica a la “norma maestra” o básica (norma fundante).

Ahora bien, la crítica que se le ha dirigido a Kelsen por no distinguir conceptualmente entre “validez” y “deber de obediencia” se basa en su pretensión altamente positivista. Como ha señalado Carlos S. Nino: “usar el concepto de “validez” en sentido normativo significa referirse a “la justificabilidad o fuerza obligatoria moral de las normas o del sistema jurídico de los que se predica validez [...] cuando se usa la expresión “validez” con este significado normativo y se sostiene, además, que una regla sólo es una norma jurídica si es válida, se está presuponiendo una definición no positivista de derecho.”¹³ En este caso parece

¹² *Ibidem*. Pág. 81. Ernesto Garzón cita el trabajo de Eugenio Bulygin, “Sobre el fundamento de validez”, en *Notas de filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1, pág. 10.

¹³ Carlos S. Nino (1973), pág. 134.

tener razón Alf Ross cuando califica a este modelo de «cuasipositivista».¹⁴

2.2 Ya enumerados los principales problemas del modelo kelseniano podemos pasar al segundo modelo. Dadas las sorprendentes similitudes que el primer modelo tiene con el de un jusnaturalista como Francisco Suárez, haremos extensivas algunas de las objeciones del primer modelo sobre este otro.¹⁵

Pero a pesar de las similitudes con el primer modelo, el segundo presenta una variable no poco significativa. De acuerdo con Suárez para que una norma sea válida además de tener que haber sido creada por el órgano y el procedimiento adecuado su contenido tiene que ser justo. Siendo la justicia un criterio necesario de validez —a diferencia del modelo kelseniano— Suárez busca estos criterios en otras leyes de origen supra-positivo y no en los hechos ($\sim p I$). Estas leyes son, para Suárez, la *Lex aeterna* y la *Lex naturalis*.¹⁶

Sin embargo, la necesidad de recurrir a leyes divinas o a Dios legislador hace que el argumento sobre la fundamentación del sistema jurídico y de las normas que a él pertenecen no cobre ningún valor o resulte poco convincente. Me parece que Ernesto Garzón tiene razón al afirmar que no será fácil convencer a un ateo de que la cuestión de la validez normativa pertenece al ámbito teológico.¹⁷ En este modelo, también se puede objetar que las normas extra-positivas adquieren otros criterios de validez distintos que los utilizados para las normas fundadas.

¹⁴ Véase Alf Ross, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero, en Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, BÉFDP, No. 7, México, 2ª ed. 1993, págs. 27 y ss.

¹⁵ En una versión más corta del trabajo que aquí citamos sobre los modelos de validez jurídica, Garzón pone mayor énfasis en las similitudes que hay entre el modelo de validez de Kelsen y el del jusnaturalista Francisco Suárez, véase, E. Garzón Valdés (1998), “Two Models of Legal Validity: Hans Kelsen and Francisco Suárez”, publicado en *Normativity and Norms*, Stanley L. Paulson y Bonnie Litschewski Paulson (ed.), Clarendon Press, Oxford, págs. 263-72. Podemos decir que Francisco Suárez es considerado por Ernesto Garzón como un caso especial dentro de la corriente jusnaturalista del Derecho. Esto es, sobre todo, por la fuerte coincidencia que hay entre varias de sus tesis de fondo con las de autores contemporáneos, tales como: Hans Kelsen, Rudolf Carnap, Alf Ross, Herbert Hart, entre otros. Sobre esta clase de similitudes, véase, E. Garzón Valdés (1977), “Las palabras de la ley y su interpretación. Algunas tesis de Francisco Suárez”, en *D.E.P.*, págs. 117-29.

¹⁶ Cfr., *Ibidem*. Pág. 79.

¹⁷ Op. cit., E. Garzón Valdés (1977), pág. 82.

Es común también en ambos modelos equiparar los términos “validez”, “existencia” y “deber de obediencia”. En el caso de la primera combinación, es decir, la equivalencia conceptual entre “validez” y “existencia”, ya he anotado algunas de las deficiencias que implica usar estos dos términos como sinónimos. Sin embargo, más adelante, en el apartado 3, me extenderé sobre ello. En cuanto a la segunda combinación, es decir, la equivalencia entre “validez” y “deber de obediencia”, al menos en este modelo parece cobrar más sentido, dado que se trata de una perspectiva teológica sobre la validez jurídica.

2.3. El tercer modelo está representado por la teoría de John Austin. Este modelo al igual que los modelos I y II no deriva normas jurídicas de los hechos ($\sim p 1$). También, para este modelo decir que una norma es válida equivale a decir que esa norma existe ($p 2$). Pero este modelo presenta una importante diferencia con respecto a los otros dos. Austin fundamenta la validez de las normas en la existencia de un *soberano*, cuya autoridad no descansa en ningún deber de obediencia ($\sim p 3$). Siendo así, decir que una norma es válida significa que ha sido creada por el órgano y el procedimiento adecuado, esto es, que ha sido directa o indirectamente dictada por el soberano ($p 4$).

Para nuestro autor, la figura del soberano defendida por J. Austin parece que evita los inconvenientes de tener que recurrir a normas extrapositivas (sean estas hipotéticas o divinas) que encontramos en los dos modelos anteriores. Pero esto no lo exime de tener otros inconvenientes. Así lo han demostrado H.L.A. Hart y Joseph Raz en sus respectivas obras.¹⁸

Antes de cerrar este sub-apartado considero importante señalar que Ernesto Garzón duda de que este modelo y el modelo suarista sean realmente fieles al primer postulado kelseniano. “En efecto, se podría sostener que la cadena de validez que conduce de una norma inferior a otra superior termina en una norma suprema, llámese ésta ley divina o constitución positiva, cuya validez se basa en el hecho de haber sido dictada por Dios o por el soberano. En ambos casos, el deber ser aparece fundado en el ser.”¹⁹ No sé hasta que grado Ernesto Garzón tenga

¹⁸ Sobre la crítica de la figura del soberano véase H.L.A. Hart (1961), *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 2° ed. (versión en castellano a cargo de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina) (en los que sigue usaré indistintamente ambas versiones, el lector se dará cuenta de cuál es la que estoy usando por el título) y op. cit Joseph Raz (1980), *The Concept of a Legal System*.

¹⁹ Op. Cit., E. Garzón Valdés (1977), pág. 85.

razón. Me parece que, efectivamente, el fundamento de validez en estos dos modelos se encuentra en las nociones de “soberano” o “Dios”, sin embargo, creo que, por lo menos, en el caso del modelo suarista el concepto relacionado con la autoridad –Dios– no está vinculado a una cuestión fáctica sino más bien normativa.

2.4. El cuarto modelo representado por los autores de la “naturaleza de las cosas” pretende derivar normas de ‘deber ser’ a partir del ‘ser’ (*p 1*). Frente a este modelo sólo cabe decir que además de los inconvenientes de carácter conceptual que suele presentar, sobre él pesa una objeción que difícilmente se puede superar: la violación del primer postulado.²⁰

2.5. El quinto modelo que Ernesto Garzón analiza está representado por la teoría de H.L.A. Hart. El filósofo británico acepta que las normas jurídicas no derivan de los hechos ($\sim p 1$). Tampoco “validez” equivale a “existencia” de las normas, puesto que existe una norma de la que no cabe predicar su validez: *la regla de reconocimiento* ($\sim p 2$). Asimismo, “validez” no equivale a “deber de obediencia”, esto es porque hay normas que no imponen obligaciones como son las *reglas secundarias* (de adjudicación, de cambio y de reconocimiento) ($\sim p 3$). Garzón hace hincapié en que Hart al introducir la *regla de reconocimiento* hace una formulación del *postulado 4* completamente diferente del resto de modelos que puede resultar sumamente plausible.²¹

Para Hart, una norma será válida siempre y cuando satisfaga los requisitos de la regla de reconocimiento del sistema jurídico del que se trate. Asimismo, el enunciado de validez es propio de quien acepta las reglas jurídicas como pautas de comportamiento, que bajo la terminología hartiana esto quiere decir que el enunciado de validez es propio del “punto de vista interno”. Este punto de vista difiere del de un observador externo o de quien no acepta las reglas del sistema. Garzón seña-

²⁰ Para mayor información sobre la corriente de la llamada “naturaleza de las cosas” véase el libro de Ernesto Garzón Valdés (1970), *Derecho y “naturaleza de las cosas”*. *Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*, Universidad Nacional de Córdoba, dos tomos, Argentina.

²¹ Debo señalar el importante papel que los términos de la teoría de Hart juegan en la obra de Ernesto Garzón, especialmente, la noción de regla de reconocimiento y la distinción entre puntos de vista interno y externo. Véase, por ejemplo, E. Garzón Valdés (1987), *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Fontamara, BÉFDP, No. 21, México.

la, que el enunciado de “eficacia”, por ejemplo, es un enunciado propio del punto de vista externo.²²

Parece que para Garzón la *regla de reconocimiento* hartiana ofrece muchas ventajas y evade muchas de las dificultades que presentan la “norma básica” kelseniana, la “ley eterna” suarista y la figura del “soberano” austiniana. Sobre todo, porque esta “regla” es entendida por Hart como una práctica social compleja, lo que la aleja de ser una mera «hipótesis» o una «Ley Divina». Sin embargo, Ernesto Garzón se detiene en algunas preguntas que cuestionan el *status* de esta regla, como por ejemplo: ¿Pertenece al sistema o está por encima de él? ¿Es una metanorma con respecto a todas las otras normas del sistema, que serían el objeto de aquélla? ¿Es un hecho?²³ Más tarde volveremos a estas cuestiones.

2.6. El sexto modelo está representado por la noción de validez expuesta por el filósofo finés Georg H. von Wright.²⁴ Para este autor una norma es válida cuando existe otra norma de orden superior que autoriza su creación ($\sim p 1$). La noción de validez que aquí se admite es una noción relativa, no porque la validez de una norma requiera de la validez de otra norma que autorice su creación, sino porque aquélla depende de la existencia de esta última. De tal manera, von Wright no equipara “validez” con “existencia” ($\sim p 2$), esto le permite introducir la noción de “invalidez”. Una norma es inválida cuando su creación no ha sido autorizada o esté prohibida por otra norma. También aquí el criterio de invalidez es con relación a la noción de existencia de la norma que expresa la prohibición y no con relación a su validez.

Para von Wright la validez de una norma puede ser relativa o absoluta. La validez relativa, como ya vimos, se refiere a la existencia (y no a la validez) de otra norma, mientras que, la validez absoluta (o validez dentro de un sistema) es cuando una norma puede remitir su fundamento de validez a lo que von Wright ha llamado *norma soberana*. Esta norma, según von Wright, no puede considerarse ni válida ni inválida. La noción absoluta de validez es secundaria con respecto a la noción relativa, esto es, porque la noción de validez absoluta presupo-

²² E. Garzón Valdés (1977), *Ibidem.*, pág. 90. H.L.A. Hart, *El Concepto de Derecho*, págs. 125 y ss.

²³ *Ibidem.*

²⁴ Ernesto Garzón se basa en el libro de Georg Henrik von Wright (1963), *Norm and action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres.

ne la noción relativa. Entonces, la validez de una norma depende de la existencia y de la autorización de otra norma superior, y esa norma, a su vez, requiere de la existencia de otra norma que permita su creación y, así sucesivamente. Esto es lo que von Wright llama *cadena de subordinación*.²⁵ González Lagier –un experto conocedor de la obra de von Wright– presenta las diferentes clases de cadenas de subordinación de la siguiente manera:

- (a) válida → válida → válida
- (b) inválida → válida → válida → válida
- (c) soberana → válida → válida → válida
- (d) válida e inválida → válida → válida → válida

(a) en realidad es sólo un fragmento de una cadena de subordinación; (b) es una cadena de subordinación que tiene su origen en un acto de *usurpación*; (c) es una cadena de subordinación que tiene origen en una *norma soberana*; y (d) es una cadena de subordinación que tiene su origen en un *conflicto de voluntades* entre dos autoridades.²⁶

Es importante notar que en las cadenas de subordinación la creación de una norma es autorizada por otra norma de rango superior, a excepción de la primera norma de la cadena. Esta característica juega un papel fundamental en la definición de validez de von Wright (*p* 4). Es decir, que quien dicta la norma (la autoridad normativa) actúa dentro del marco normativo fijado por una norma de rango superior existente. Sin embargo, aunado a esto, no es suficiente para la autoridad normativa estar *autorizado* para la creación de la norma, sino también ha de tener la *capacidad* necesaria para llevar a cabo la acción de emitir una norma, de lo contrario, el vínculo normativo entre autoridad normativa y sujeto normativo no es posible. Volveremos sobre esto más adelante.

Por el momento, digamos que para Ernesto Garzón este modelo, al negar los postulados 2 y 3 (que para él parecen ser la fuente de mayor confusión) e introducir la noción de invalidez y de norma soberana, parece tener todas las ventajas del modelo V y ninguno de sus inconve-

²⁵ Nótese que lo que von Wright llama “cadenas de subordinación” es análogo de lo que Joseph Raz denomina “cadenas de validez”.

²⁶ Daniel González Lagier (2001), *G.H. von Wright y los Conceptos Básicos del Derecho*, BÉFDP, Ed. Fontamara, No. 87, México, págs. 81-2.

nientes; como las objeciones que se pueden levantar frente a la *regla de reconocimiento*.²⁷

Tomando en cuenta todo lo anterior Ernesto Garzón se dice partidario de un modelo que recoja las ventajas lógicas del modelo propuesto por von Wright, pero que al mismo tiempo incluya las ventajas prácticas del modelo hartiano.²⁸

3. Sobre la equivalencia conceptual entre “existencia”, “validez” y “eficacia”

Tal y como dejamos las cosas en el apartado anterior, nos damos cuenta de que existen dos tendencias claramente opuestas. Por un lado, tenemos los modelos que sostienen la equivalencia conceptual entre “validez”, “existencia” y “eficacia” y, por el otro, los modelos que la rechazan. También, de lo anterior podemos observar que Ernesto Garzón se decanta por la separación conceptual de estos tres términos. No obstante, cabe preguntarnos ¿cuáles son, para Garzón, las consecuencias de tipo teórico o práctico que implica la aceptación o el rechazo de vincular conceptualmente estos términos? ¿Por qué, según Garzón, no debemos aceptar la descripción de la validez de una norma en términos de su existencia o de su eficacia?, ¿cuáles son las complicaciones que los distintos modelos de validez presentan al aceptar o rechazar esta vinculación?

3.1. Una de las razones que Ernesto Garzón argumenta para separar analíticamente “validez” y “existencia” es el problema de la recursividad definicional. En los términos en que expone este problema, lo podríamos también denominar como el “problema de la norma sin ombligo”. Veamos como Garzón, en un gráfico ejemplo, nos explica este “problema de la norma sin ombligo” en el que caen aquéllos modelos que sostienen la equivalencia conceptual entre “validez” y “existencia” de las normas jurídicas:

Supongamos –dice Ernesto Garzón– que alguien definiese al ser humano diciendo: «Ser humano es todo aquél que es hijo de otro ser humano». Evidentemente, esta definición sería correcta para todos los casos, con

²⁷ E. Garzón Valdés (1977), op. cit., pág. 97.

²⁸ E. Garzón Valdés (1977), op. cit., pág. 102.

excepción de uno: la definición no funciona cuando la aplicamos al primer hombre, a Adán. Y esto sería grave porque si Adán no es un ser humano, entonces tampoco lo son sus descendientes. La definición umbilical que hemos dado fracasa cuando nos encontramos, en el tronco del árbol genealógico, con un ser sin ombligo. Si quisiéramos salvar nuestra definición inicial, posiblemente trataríamos de recurrir a alguna ficción o hipótesis: suponer la existencia de un padre de Adán con carácter también humano o suponer que algún otro ser actúa como si fuera padre. Pero, con esto no remendaríamos la deficiencia originaria de la definición propuesta ya que seguiría siendo inaplicable al primer hombre.²⁹

Esto es, los casos de recursividad residen en la “suposición de que la validez es una propiedad necesaria y genética de las normas.”³⁰ En otras palabras, el problema consiste en creer que de un caso base donde un conjunto de normas N_1, N_2, \dots, N_n de las que se puede predicar su existencia debido a que son normas válidas, se sigue una conclusión generalizada donde cualquier conjunto de normas, digamos N_i, N_j, \dots, N_n porque existen han de ser también válidas. Ya que de ser así se entendería que como la existencia es una condición necesaria de todas las normas válidas, consecuentemente, todas las normas que existen son, a su vez, válidas. En tal caso bastaría con encontrar una norma que exista y que no sea válida para rechazar esta conclusión. En el ejemplo de Ernesto Garzón se trata precisamente de Adán.

En nuestro contexto, el más claro ejemplo de una definición recursiva es la del modelo kelseniano. En este caso, la recursividad se debe al hecho de que la validez de las normas se transmite de una norma superior a otra inferior, y en caso de que una norma carezca de esa condición de validez es suficiente para decir que no existe. Como hemos visto, esta definición de validez vale para todas las normas excepto para la primera. Es decir, la validez (y la existencia) de la norma básica, de esta “norma sin ombligo”, ha de suponerse. Siendo así como la definición de validez de Kelsen se asemeja a la definición umbilical del ser humano.³¹

No hay que perder de vista que algo similar sucede con los modelos II, III y IV. En el caso de las doctrinas jusnaturalistas, en su gran mayoría, la validez de las normas aparece referida a la naturaleza de las co-

²⁹ *Ibidem*. Pág. 94.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

sas o a las leyes divinas. No olvidemos, también, que en estos modelos existe una triple equivalencia conceptual entre “validez”, “existencia” y “deber de obediencia”. En el caso de invocar a Dios legislador, Garzón pone énfasis en que volvemos al mismo problema que en el modelo kelseniano, dado que la orden de un superior (sea este Dios o la naturaleza) no puede fundamentar ningún deber de obediencia ya que de lo contrario tendríamos que admitir

alguna norma que diga, por ejemplo, «debe hacerse lo que Dios ordena». Pero, en este caso, ¿esta norma es dictada por Dios, o debo suponerla dogmáticamente? Si es dictada por Dios, estamos de nuevo frente al mismo problema que queríamos solucionar. Si es supuesta dogmáticamente y si su fundamento de validez ya no puede ser cuestionado, valdrían para ellas las mismas objeciones que para la norma supuesta del modelo I.³²

Ahora bien, la insistencia de Ernesto Garzón por distinguir conceptualmente entre “validez” y “existencia” de las normas y de los sistemas jurídicos no se debe a un mero divertimento analítico. Por el contrario, Garzón subraya que los resultados de esta distinción son sumamente valiosos tanto para la teoría como la práctica jurídica. Veamos algunos ejemplos que muestren las ventajas de esta distinción.

Uno de los casos más comunes es que si no distinguimos analíticamente estos términos nos sería imposible explicar la existencia de normas que producen efectos jurídicos y que, sin embargo, son consideradas como inválidas. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas inconstitucionales. Como lo explica González Lagier: “una norma inconstitucional, por ejemplo, produce efectos hasta que es expulsada del sistema por el procedimiento previsto para ello”.³³ Esto explica como en ocasiones existen normas jurídicas que carecen de validez y no es sino hasta el momento de su expulsión que dejan de ser efectivas, es decir, aplicadas por los jueces u obedecidas por los sujetos normativos. Lo mismo sucede si hablamos de normas irregulares –creadas de forma irregular– o de decisiones judiciales *contra legem*. Bajo estos supuestos se podría decir que para los modelos que sostienen la equivalencia conceptual entre “validez” y “existencia” hablar de «Ley inconstitucio-

³² *Ibidem*. Pág. 94.

³³ Op. cit., D. González Lagier (2001), pág. 82.

nal» o de «Ley invalida» sería considerado una *contradictio in terminis*.³⁴

3.2. Hasta ahora hemos considerado únicamente los problemas de “existencia”, “validez” y “eficacia” de las normas individuales, en lo que sigue trataré estos problemas pero con relación a los ordenamientos jurídicos legislados. Este cambio, sin duda, afecta a las variables que anteriormente veníamos considerando. Por ejemplo, si en una norma individual la eficacia no es condición necesaria de su existencia, en el caso de un sistema jurídico esto es diferente. Cuando se trata de los sistemas jurídicos la eficacia se convierte en una condición necesaria de su existencia. Ernesto Garzón asegura que hasta los modelos más “formalistas” aceptan esta premisa.³⁵ Es importante mantener las diferencias conceptuales que se dan entre los términos, sin embargo, no hay que perder de vista las implicaciones lógicas que se dan entre ellos.

Lo anterior se verá con mayor claridad si nos detenemos un poco en el estudio de Ernesto Garzón sobre *Las funciones del derecho en América Latina*. Nuestro autor asegura que, en América Latina, en más de una ocasión y en más de una región, el derecho válido no corresponde con el derecho –o con el sistema de reglas– que regula los conflictos en la sociedad. Esta situación, sin duda, está relacionada con lo que entendemos por “validez” y “eficacia” de los ordenamientos jurídicos.

Uno de los pasajes iniciales de este trabajo nos permite ver con toda claridad la opinión de Garzón con respecto a este desfase que los sistemas jurídicos latinoamericanos han sufrido a lo largo de su historia. En palabras de Ernesto Garzón:

[...] aun admitiendo que también en el caso de los países europeos existen diferencias entre el orden jurídico sancionado y el efectivamente aplicado, éstas no son nunca tan notables como las que se han dado siempre en América Latina. Ello provoca largas e infructuosas discusiones acerca del derecho latinoamericano y de sus antecedentes históricos.³⁶

³⁴ Cfr., José Juan Moreso (1993), “Sobre normas inconstitucionales” publicado en *Revista española de Derecho constitucional*, No. 38, España, págs. 81-2-3.

³⁵ E. Garzón Valdés (1977), pág. 101.

³⁶ E. Garzón Valdés (1992), “Las funciones del derecho en América Latina”, en *D.E.P.*, pág. 202.

Más tarde, para apoyar esta conclusión, Ernesto Garzón sigue la investigación empírica del autor alemán Volkmar Gessner titulada *Recht und Konflikt*. En ella, Gessner habla de cómo se solucionan los conflictos sociales en México desde el ámbito del derecho privado. Por su parte explica que:

prácticamente [en las zonas rurales] no se recurre a los tribunales. Su función en el campo es muy reducida. Cuando existen diferencias de poder, en sistemas altamente interdependientes se agrega el hecho de que para el más débil existe poca posibilidad de éxito a través de un procedimiento que es distorsionado por la influencias de poder.³⁷

Ernesto Garzón dice que “[l]a investigación de Gessner muestra claramente la reducida importancia que tiene la actividad judicial para la solución de conflictos en México, principalmente en las zonas rurales”³⁸

Esta situación, en realidad, no se da únicamente dentro del ámbito rural, donde sería, hasta cierto punto, menos complicado aceptar las razones que originan esta situación. Tal es “el caso de conflicto entre iguales [donde] se recurre a la ayuda de árbitros quienes «pocas veces aplican normas jurídicas».”³⁹ Además hay que tener en cuenta “[...] que el desconocimiento del derecho vigente (Constitución, leyes de seguro social, leyes laborales) en las zonas rurales encuestadas por Gessner llegaba al 89 por ciento. La convivencia jurídica en el campo tiene muy poco que ver con el derecho positivo vigente.”⁴⁰

Todo esto, dicho de otro modo, no es más que un claro desfase entre la “validez” de las leyes sancionadas por el sistema jurídico mexicano y su “eficacia” en la solución de conflictos sociales.

Otro caso sumamente similar al caso de México, es del Perú. En este caso Ernesto Garzón sigue la investigación de Hans-Jürgen Brandt, quien afirma que en el Perú existen dos órdenes jurídicos paralelos: “por una parte, el sistema «legal» y, por otra, la justicia informal de las comunidades campesinas.”⁴¹

³⁷ Volkmar Gessner, *Recht und Konflikt*, Tubinga, 1976, pág. 219. citado a través de E. Garzón Valdés (1992), Pág. 220. cita 44. los corchetes son míos.

³⁸ *Ibidem*. Pág. 220.

³⁹ *Ibidem*. E. Garzón Valdés (1992). Los corchetes son míos.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*. Pág. 221.

Como en el caso de México, en el Perú rural no existe casi o ningún conocimiento de las normas jurídicas estatales y, además, “existe una gran desconfianza ante los funcionarios judiciales, a quienes se incluye en la categoría de los «grandes ladrones» a causa de su marcada tendencia a la corrupción.”⁴² La conclusión en el caso del Perú es la misma que en el mexicano. De no distinguir entre lo que significa “validez” y lo que significa “eficacia” no se podría dar cuenta de los que sucede en la mayoría de los sistemas jurídicos de Latinoamérica. Contemos esta virtud como una más a favor de la separación conceptual.

3.3. Al inicio de este apartado hablamos de dos grupos claramente opuestos: los que aceptan la equivalencia conceptual y los que la rechazan. Asimismo, nos preguntábamos ¿qué complicaciones puede haber en los distintos modelos de validez al aceptar o rechazar esta vinculación? Ya hemos visto las complicaciones de los modelos que aceptan la equivalencia conceptual, ahora veamos las críticas de Ernesto Garzón al modelo de Hart que rechaza esta vinculación. Garzón escribe en *Validez, eficacia y existencia en H.L.A. Hart* (1967) lo siguiente:

Si examinamos más de cerca las definiciones de Hart, encontramos en algunos casos ciertas imprecisiones y ambigüedades, y en otros, limitaciones que dificultan la comprensión que presentan las tres nociones de eficacia, validez y existencia.⁴³

Veamos en primer término el concepto de “existencia” que Hart maneja en su libro *El concepto de Derecho*. Según Ernesto Garzón, Hart propone dos condiciones necesarias y suficientes para que exista un sistema de reglas: por un lado, los criterios especificados por su regla de reconocimiento tienen que ser efectivamente aceptados por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial y, por otro, las reglas consideradas válidas de acuerdo con los criterios últimos de validez tienen que ser generalmente obedecidas.⁴⁴

Ahora bien, decir que una norma existe, desde el punto de vista interno, es decir que una norma es válida de acuerdo con los criterios establecidos por la regla de reconocimiento. Preguntarnos sobre la existencia de esta regla de reconocimiento, de acuerdo con el mismo Hart,

⁴² *Ibidem*.

⁴³ E. Garzón Valdés (1967), pág. 110.

⁴⁴ E. Garzón Valdés (1967), pág. 108. H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, pág. 145.

es una cuestión de hecho que sólo cabe hacerse desde un punto de vista externo. Tomando en cuenta esto, la crítica de Ernesto Garzón consiste en que en la teoría de Hart nos encontramos con dos conceptos distintos de “existencia”; uno que vale para todas las reglas del sistema y, otro que vale únicamente para la regla de reconocimiento.

Sucede algo similar con su concepto de “eficacia”. Hart define la eficacia de las normas diciendo: “[...] con eficacia se quiere aludir al hecho de que una regla de derecho que exige cierta conducta es más frecuentemente obedecida que desobedecida [...]”.⁴⁵ En tal caso, Garzón parece tener razón al afirmar que de esta definición “podría inferirse que una regla sería ineficaz cuando es más frecuentemente desobedecida que obedecida. [...] [Sin embargo], esta noción de eficacia se refiere sólo a las reglas «primarias», es decir, a las que «exigen conductas», pues éstas son las únicas que pueden ser obedecidas o desobedecidas”.⁴⁶ De ser esto correcto, aquí nos enfrentamos con la misma situación del doble concepto que en el primer caso; “o bien hay por lo menos dos conceptos diferentes de eficacia, según se trate de reglas primarias o secundarias, o bien es «ridículo» hablar de la eficacia o ineficacia de las reglas secundarias”.⁴⁷

En cuanto al término “validez”, Hart dice que es un juicio que sólo puede ser formulado desde el punto de vista interno. Es decir, que sólo aquél que acepta internamente los criterios establecidos por la regla de reconocimiento puede predicar la validez de una regla jurídica. Para Ernesto Garzón, que, como hemos visto acepta el concepto de validez de von Wright, le parece que la tesis de Hart es una manera de limitar innecesariamente el concepto de validez. Esto es así, porque él considera posible formular enunciados externos de validez “si es que entendemos a esta última como «legalidad», como coincidencia con los requisitos de validez establecidos por la regla última y suprema del sistema o como un problema de «competencia» como propone von Wright”.⁴⁸ Pero cabe preguntarnos, desde un punto de vista exclusivamente externo hasta qué grado es posible reconocer la regla última que da validez al sistema.

⁴⁵ H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, pág. 129., E. Garzón Valdés (1967), pág. 107.

⁴⁶ E. Garzón Valdés (1967), pág. 111. Los corchetes son míos.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 113.

Sin embargo, hay ventajas en entender la “validez” como “legalidad”. Como son las de poder preguntarse sobre la validez de sistemas jurídicos que han desaparecido, como el romano, o hasta de sistemas puramente ficticios, como el que un científico del derecho pudiera llegar a construir para explicar o dar cuenta de ciertas tesis o fenómenos.

4. Sobre la cuestión de membresía de las normas no derivadas

Otra forma de entender la “validez” ha sido a través de la noción de pertenencia de las normas a un determinado sistema jurídico. Esta “membresía” de las normas, como ha preferido llamarla nuestro autor, es una cuestión que ha ocupado la atención de muchos teóricos del derecho. El problema de pertenencia, o de membresía, de las normas derivadas es en realidad de fácil resolución. Para saber si una norma individual ‘X’ pertenece (o no) a un sistema jurídico ‘Y’ sólo basta con saber si ésta cumple con los criterios de validez señalados por la regla última del sistema. Pero ¿cómo reconocer qué regla es la regla última del sistema? ¿Cómo saber si ésta pertenece al sistema? ¿Qué criterios debemos utilizar para reconocer que una norma no derivada es miembro de un sistema jurídico determinado? Veamos las respuestas que nos ofrecen los seis modelos de validez hasta ahora analizados.

Es de esperarse que en el caso del modelo I los criterios de membresía estén dados por la “norma básica”. Según Kelsen, una norma pertenece a un sistema jurídico cuando su validez deriva de la norma básica. En este caso, la norma básica es el criterio de identidad y membresía de sus normas.

Garzón en este caso cuestiona que “si el contenido de la norma básica está «determinado por los hechos» propios de cada acto de creación de un sistema positivo, parece que primero tengo que identificar el sistema para luego resolver el contenido de la norma básica y si ésta es, a su vez, criterio de validez y membresía.”⁴⁹ Es decir, nos volvemos a encontrar frente al problema de recursividad del que hablábamos antes; para identificar un sistema jurídico es necesario poder reconocer su norma básica, pero, a su vez, para reconocer la norma básica habrá que conocer el sistema jurídico en cuestión. Éste, como cualquier otro

⁴⁹ E. Garzón Valdés (1977), pág. 100.

círculo vicioso, me parece que no deja de levantar sospechas y de producirnos cierta insatisfacción.

Los criterios que exigen los modelos II y IV (suarista y de la “naturaleza de las cosas” respectivamente) son similares entre sí. En el modelo suarista las nociones de existencia y membresía no sólo hacen referencia a cuestiones de legalidad, sino también a cuestiones de legitimidad de las normas. En el modelo IV legalidad y legitimidad son también criterios de membresía. En ambos la justicia de las normas es el fundamento de legitimidad, en el modelo II la justicia debe concordar con la *Lex aeterna* y *Lex naturales*, en el cuarto con la “naturaleza de las cosas”.

En el modelo de Austin la membresía gira alrededor de la figura del soberano. Es decir, una norma pertenece al sistema jurídico que está integrado por todas las normas directa o indirectamente dictadas por el mismo legislador que dictó aquella norma.

Para Hart “[...] el “status” de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios proporcionados por la regla de reconocimiento [...]”⁵⁰ Es decir, que en este caso membresía equivale a validez.

Hemos visto que por razones conceptuales no puede predicarse validez de la regla de reconocimiento, esto representa un problema, como afirma Garzón, “si la regla de reconocimiento no es válida y membresía fuera siempre equivalente a validez, entonces la regla de reconocimiento no pertenecería al sistema cuyos criterios de validez proporciona.”⁵¹

En este caso, “habrá que aceptar aquí también [como en el caso de los conceptos de “validez” y “existencia”] un doble criterio de membresía si es que se quiere sostener la tesis de que la regla de reconocimiento pertenece al sistema y, al mismo tiempo, negar la posibilidad de predicar su validez.”⁵²

Parece que con el modelo VI, representado por von Wright, este problema se soluciona pues acepta dos criterios distintos de membresía.

Todas las normas que son eslabones en al menos una cadena que se origina en las normas soberanas dictadas por una misma *autoridad* se dirá

⁵⁰ H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, pág. 106.

⁵¹ E. Garzón Valdés (1977), pág. 99.

⁵² *Ibidem*. Los corchetes son míos.

que pertenecen a la misma *jerarquía* u *orden* o *sistema*. Las normas soberanas mismas serán incluidas por definición en el sistema.⁵³

De tal manera que el primer criterio que se aplica es el de «legalidad» –en este caso membresía equivale a validez– el segundo criterio es el de «pertenencia» por definición. A Ernesto Garzón esta doble definición de membresía le parece que evita muchos de los inconvenientes causados por la cuestión de recursividad y por la naturaleza de la regla de reconocimiento hartiana. A nuestro autor le parece importante que “el o los criterios que se acepten para determinar la validez (membresía) de las normas de un sistema no pertenecen a él” ya que, en el sentido de von Wright, éstos pueden fijarse por «definición».⁵⁴ Aunque “[t]oda definición es, desde luego, arbitraria pero si lo que nos importa es obtener una buena definición, entonces debemos exigir que nos sea útil para el tratamiento del problema que nos ocupa.”⁵⁵ Y aquí lo que nos ocupa es saber cuáles son los criterios de pertenencia de la norma que define la membresía del resto de normas.

Una vez más todo parece indicar que ante los ojos críticos de Garzón el modelo von wrightiano es el que mejor se ajusta a la resolución de los problemas de validez de los sistemas jurídicos positivos. Recordemos que uno de los propósitos que tenía Ernesto Garzón en mente al analizar los modelos de validez, era el de saber cuál de ellos está en mejores condiciones para afrontar los problemas que suelen presentarse bajo este rótulo dentro de los sistemas jurídicos positivos.

5. Una crítica a la postura de Ernesto Garzón Valdés

Ernesto Garzón no es muy claro sobre qué es lo que él entiende por “existencia”, “eficacia” y “validez” de las normas. Si recordamos, en su trabajo *Algunos modelos de validez normativa*, él se decantaba por un modelo que recogiera las ventajas lógicas del modelo propuesto por von Wright, pero que al mismo tiempo incluyese las ventajas prácticas del modelo hartiano.⁵⁶ Sin embargo, como veremos, me parece que él

⁵³ Op. Cit., von Wright (1963), pág. 199.

⁵⁴ Op. Cit., E. Garzón Valdés (1977), Pág. 102.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ E. Garzón Valdés (1977), op. cit., pág. 102.

más bien se inclina exclusivamente por las tesis propuestas por el modelo de von Wright. Veamos esto más de cerca.

Siguiendo todo lo anterior, podemos decir que Garzón entiende por “existencia” de las normas lo mismo que von Wright. Es decir, “que una norma llega a existir como resultado de una acción de un tipo especial, la *acción normativa*”.⁵⁷ Aunque para von Wright, la promulgación de la norma es condición necesaria más no suficiente, hace falta, además la posibilidad de llevar a cabo el cometido de la prescripción por parte del destinatario. Por lo tanto, la existencia de una norma también depende de su eficacia. Ahora bien, Garzón entiende por “eficacia” tres cosas en concreto: (i) la frecuencia con la que los sujetos normativos obedecen o desobedecen una norma jurídica, (ii) la frecuencia con la que los jueces usan o aplican una norma jurídica y (iii) la circunstancia de que la regla sea adecuada para alcanzar los fines deseados por el legislador.⁵⁸

En este caso la eficacia es una cuestión de hecho, es decir, verificable empíricamente. Que resulta necesaria, más no suficiente, dentro de su definición de validez. Sobre todo, porque si lo que se quiere es que la definición de validez sea útil para evaluar los sistemas jurídicos positivos, es decir, existentes en la práctica y no sólo «en el papel», se han de tomar en cuenta ciertos grados de eficacia, tal y como vimos en el sub-apartado 3.2.

Entonces, por “validez” entiende “legalidad” de las normas, es decir, su coincidencia con los requisitos de validez establecidos por la regla última o suprema del sistema.⁵⁹ Así, eficacia y existencia tienen un sentido fáctico del que carece la validez por ser un concepto normativo.⁶⁰

En cuanto a los criterios de membresía aceptados por Garzón no quedan muy claros. Quizás sean también los mismos que ha expuesto von Wright. Sobre todo, porque Garzón parece aceptar la posibilidad de emitir juicios externos de validez. Por lo tanto, aceptaría una doble definición de validez, una como “legalidad” y otra como criterio de “membresía”.

Ahora bien, me parece que la actitud crítica de Garzón que vimos, por ejemplo, frente al modelo del filósofo británico Hart o frente al mo-

⁵⁷ Op. Cit., D. González Lagier (2001), pág. 68.

⁵⁸ Cfr., E. Garzón Valdés (1967), pág. 111.

⁵⁹ Cfr., E. Garzón Valdés (1967), págs. 112-3.

⁶⁰ Cfr., E. Garzón Valdés (1977), pág. 98.

delo del jusnaturalista Francisco Suárez o frente al de Hans Kelsen, cambia frente al modelo representado por von Wright. Esta situación nos advierte una posible aceptación apresurada, o no crítica, por parte de Garzón de algunas tesis del autor finés. Sobre todo, por algunas de las complicaciones que presenta este modelo.

En *Algunos modelos de validez normativa* Garzón duda de si el modelo de Austin y el suarista cumplen del todo con el *postulado 1*. Las razones de esto, como apunté en el apartado 2.3, se deben a que en ambos modelos el fundamento de validez de las normas se basa, en última instancia, en el “hecho” de que han sido dictadas por un soberano o Dios legislador. En aquél apartado exprese mis dudas en relación con esta conclusión y las tesis de Francisco Suárez.

Sin embargo, considero que Ernesto Garzón no advierte que el modelo de von Wright también presenta un problema de la misma naturaleza. Para von Wright una norma llega a existir como resultado de una *acción normativa* donde la “capacidad” de la autoridad es un elemento necesario –más no suficiente– para que la acción tenga lugar. En este caso ¿qué significa “capacidad”? Para el autor finés, la autoridad normativa es el agente –empírico o supraempírico– que da o emite una norma. Para que esta norma cree una “vinculación normativa” –la actividad de la autoridad de emitir una norma y el hecho de que ésta sea acatada por el sujeto normativo– es necesario que la autoridad normativa tenga la capacidad de emitir normas. El elemento necesario para comprender esta capacidad que exige la acción normativa es la sanción. González Lagier explica que “la sanción es la amenaza de que se infligirá un mal si se incumple la norma; pero no todos pueden amenazar eficazmente [...] normalmente mandar es posible solamente cuando la autoridad de los mandatos es, en el aspecto pertinente, más fuerte que el sujeto (sujetos) de los mandatos [...] esta referencia a la “fuerza” se ha entendido en el sentido de “fuerza física”, situando a von Wright en la línea de autores como Bentham o Austin.”⁶¹ Esto hace que las críticas dirigidas a los utilitaristas británicos sean, hasta cierto grado, válidas también para el autor finés.⁶² Es decir, basar la fundamentación de las normas en un “hecho”.

⁶¹ Op. cit., D. González Lagier (2001), pág. 71-2.

⁶² Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, “Sobre la existencia de las normas jurídicas”, *Cuadernos de Metodología y Filosofía del Derecho*, Universidad de Carabobo, 1979, pág. 36. Cito este trabajo a través de op. cit., González Lagier (2001), pág. 77.

Otra crítica que se le puede dirigir al modelo de von Wright y que no advierte Garzón, es que las normas no pueden ser únicamente el resultado de una *acción normativa*. De acuerdo con González Lagier “[...] tarde o temprano explicar qué quiere decir que existe una norma para un sujeto requiere introducir la idea de que dicho sujeto asume un juicio de deber según el cual ‘debe ser lo que mande la autoridad’”.⁶³ Sin duda, viendo que la noción de autoridad de von Wright está relacionada a la superioridad física, esto termina afectando las razones que se puedan tener para obedecer las normas, sólo considerando aquéllas de tipo prudencial.

Sin duda, puede haber muchas otras críticas sobre el modelo de validez de von Wright de las cuales Ernesto Garzón no ha hecho mención. Sin embargo, no considero que aquí sea el lugar más apropiado para hacerlas. En todo caso, diferiría esto para un trabajo independiente.

Recepción: 8/01/2007

Aceptación: 8/05/2008

⁶³ D. González Lagier (2001), pág. 74.