

## UNA TEORÍA DE LA NORMA BÁSICA

Por: MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA \*

Como primer paso para ensayar una teoría conciliadora de la norma básica, se trata de ver cuáles son las principales notas distintivas entre los dos máximos exponentes de la misma, la "Grundnorm" de Kelsen y la "Rule of recognition" de Hart. Para ello vamos a realizar una exposición paralela y comparativa de ambas nociones, centrándonos unas veces en las ideas señaladas por sus propios autores y otras en consideraciones extraídas al margen de su obra. Son de destacar en este tema tres estudios:<sup>1</sup> uno la monografía de Ramos Pascua sobre la regla de reconocimiento,<sup>2</sup> otro de Cracogna<sup>3</sup> y el tercero de Páramo Argüelles.<sup>4</sup>

Para comenzar, vamos a recapitular brevemente sobre el origen, precedentes y evolución del concepto de norma fundamental. Concebida ésta como "Grundnorm", ya en Alemania los iuspublicistas del siglo XIX resolvían la cuestión de la identidad del Estado aludiendo a una constitución no positiva, sino lógico-jurídica. W. Jellinek habló de una "proposición suprema de todo orden

\* Profesora titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Universidad Complutense de Madrid.

<sup>1</sup> También sobre el tema en lengua extranjera: *Rechts-system und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, publicado por Krawietz, Werner-Schelsky, H. Berlin. Duncker und Humblot. 1984, con artículos entre otros de Jorgensen, S.: "Grundnorm und Paradox", pp. 179-192; Kühne, D.: "Die Grundnorm als inhaltlicher Geltungsgrund der Rechtsordnung", pp. 193-200. /Mincke, W.-Priester, J. M.: "Die Grundnorm in Internationalen Privatrecht", pp. 201-210. /Eikema Hommes, H. J. Van: "Hart's opvatting van de 'ultimate rule of recognition', en Rechtsfilosofie" in *Rechtstheorie*. 1981, pp. 75-80.

<sup>2</sup> Ramos Pascua, José Antonio: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configurar el Derecho como sistema normativo autónomo*. Madrid, Tecnos, 1989.

<sup>3</sup> Cracogna, Dante: "Regla de reconocimiento y norma básica", in *H. L. A. Hart y el concepto de Derecho. Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso*, 28, 1986, pp. 367-387.

<sup>4</sup> Páramo Argüelles, J. R. de: "La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart", in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1990, pp. 559-566.

jurídico". El problema de la norma básica, según Stone o Kunz surgió en 1902, en la primera edición de la obra de Sir John Salmond, "Jurisprudence". Por su parte, Kelsen considera ya intuida la noción en su obra de 1913 "Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", en la distinción entre el ser y el devenir de la norma legal. Sin embargo, para Ramos Pascua hay que esperar a 1914, al artículo de Kelsen titulado "Reichsgesetz un Landesgesetz nach österreichischer Verfassung". El progresivo desarrollo del concepto se da de 1914 a 1934, fecha ésta de publicación de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho". La etapa de madurez de la idea se produce de 1934 a 1960, año en que se publica la segunda edición de la "Teoría Pura del Derecho". A partir de 1960 la noción sufre algunas modificaciones profundas. Son también importantes las contribuciones al respecto de A. Verdross, L. Pitamic y A. Merkl.<sup>5</sup>

En cuanto a la "regla de reconocimiento", su origen se puede rastrear en la tesis de Salmond de la existencia de "principios últimos autoexistentes" dentro del Derecho positivo, los cuales son reconocidos y aplicados por los tribunales. Asimismo, en la teoría de la "Constitución" de Hägerström, cuya obra "Inquiries into the nature of law and morals" fue recensionada por Hart en 1943, sólo un año antes de la aparición por primera vez del concepto en la introducción a dos obras de Austin, aún bajo la denominación de "regla constitucional fundamental". La noción es desarrollada en escritos posteriores, surgiendo el término "rule of recognition" en 1959, en el artículo "Scandinavian realism". El desarrollo definitivo del concepto se encuentra en la obra clave de Hart "El concepto de Derecho".<sup>6</sup>

Las denominaciones de la norma fundamental de Kelsen han sido muchas.<sup>7</sup> Así es terminología utilizada por el autor la de norma básica ("Grundnorm"), norma origen ("Ursprungsnorm") o Constitución en sentido lógico-legal ("Verfassung im rechtlogischen Sinne"). Estas expresiones no son siempre adecuadas. Así, por ejemplo, el hablar de norma básica no parece indicado para designar lo que en la construcción de Kelsen se encuentra en el vértice de la pirámide. Por su parte, hablar de norma origen no va con el hecho de que la norma fundamental sea hipotética o presupuesta y se encuentre, por tanto, fuera del ordenamiento jurídico. Por otro lado, cuando Kelsen habla de Constitución olvida que dicha palabra implica una pluralidad de normas y no una sola. Además, no es cierto que de la norma básica se deriven las demás a través de cauces lógicos, como parece desprenderse de la última denominación vista.<sup>8</sup> En terminología anglosajona funcionan, entre otras, las denominaciones "uppermost norm", "most fundamental norm", "top norm", "apex norm", "origin

<sup>5</sup> Ramos Pascua, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., pp. 35 ss. /Stone, Julius: "Mystery and Mystique in the Basic Norm", in *Modern Law Review*, 1963, 26, p. 34.

<sup>6</sup> Ramos Pascua, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., pp. 135-144.

<sup>7</sup> Stone, J.: "Mystery and Mystique...", cit., pp. 34-36. /Eckhoff, Torstein-Sundby, Nils Kristian: "The notion of the basic norm(s) in Jurisprudence", in *Scandinavian Studies in Law*, 1975, 19, p. 123.

<sup>8</sup> Stone, J.: "Mystery and Mystique...", cit., p. 43.

norm” o la más común, de “basic norm” para designar lo que en castellano se suele conocer como norma básica o fundamental. Más uniforme es la denominación de la norma fundamental en Hart, conocida generalmente como “rule of recognition” (regla de reconocimiento). Es de notar el empleo del sustantivo “rule” en vez de “norm”.

La enunciación no ya externa, sino interna, varía también en la “Grundnorm” de Kelsen, que es expresa, y en la “rule of recognition” de Hart. Dice Hart que, del mismo modo que la regla de tanteo de un juego, la regla de reconocimiento en la mayor parte de los casos no es expresa: “En el curso del juego, la regla general que define las actividades que modifican el marcador (por ejemplo, lo que es un gol) rara vez es formulada; en lugar de ello es usada por las autoridades y por los jugadores al identificar las fases particulares que tienen relevancia para ganar”.<sup>9</sup>

Por otro lado, en Hart existe la distinción entre enunciados internos, de quienes aceptan la regla de reconocimiento, y enunciados externos, de quienes se limitan a constatar el dato de su aceptación. Los primeros serían de la forma “es Derecho...” y los segundos “se reconoce como Derecho...”. En ambos casos los destinatarios serían todos, funcionarios y súbditos en general.<sup>10</sup> Dice Ramos Pascua que “la regla de reconocimiento, aunque puede usarse para emitir enunciados internos de validez respecto al resto de las normas del ordenamiento, respecto a ella misma sólo es posible emitir enunciados externos”.<sup>11</sup> Por su parte, la “Grundnorm” tendría la forma: “debe aceptarse la primera Constitución histórica” y sus destinatarios serían sólo los científicos del Derecho.

Vistos ya el tema del origen y enunciación de la norma básica, vamos a adentrarnos en el de su naturaleza. En este punto surge la cuestión de si la “Grundnorm” de Kelsen tiene naturaleza jurídica, es decir, si es una verdadera norma.<sup>12</sup> Así, Alida Wilson considera la existencia de una contradicción interna entre el término “norma” y el predicado “básica”, pues en la realidad no existiría tal norma y, en caso de existir, no sería básica, por implicar siempre una norma bajo ella. Por otro lado, la “Grundnorm”, al limitarse a ordenar el seguimiento de la Constitución sin contemplar “sanción” alguna, carecería del elemento coactivo, esencial al Derecho, siendo como mucho una norma incompleta y dependiente. Además, el no haber sido dictada por “órgano” competente alguno, como las demás normas, cuestiona asimismo su carácter de tal.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Hart, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, traducción castellana de Genaro Rubén Carrió, México, Editora Nacional, 1980, p. 127.

<sup>10</sup> Hart, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 137. /Carrió, Genaro Rubén: *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires. Astrea. 1973, p. 57 ss. /Cracogna, D.: “Regla de reconocimiento...”, cit., pp. 374-375.

<sup>11</sup> Ramos Pascua, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., p. 146.

<sup>12</sup> Hart, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 138: “insistiendo en que en la base del sistema jurídico hay algo que es ‘no Derecho’, que es ‘prejurídico’, ‘metajurídico’ o es simplemente un ‘hecho político’”.

<sup>13</sup> Wilson, Alida: “Joseph Raz on Kelsen’s Basic Norm”, en *The American Journal of Jurisprudence*, 1982, 27, pp. 46 ss.

En la misma línea, Hughes considera la norma básica, más que como una norma “de” Derecho, como una proposición “acerca del” Derecho, que “es legal sólo en el sentido de que tiene ‘funciones’ legalmente relevantes”.<sup>14</sup> En palabras de Stone, se trata de ver si la norma básica tiene naturaleza “lógico-trascendental” o “legal”, es decir si es “extra” o “intrasistemática”. En el primer caso, sería un mecanismo intelectual construido para facilitar la comprensión de lo jurídico por los científicos del Derecho, mientras que en el segundo supuesto estaríamos ante una norma superior, vértice de identificación del material jurídico, a cargo del jurista práctico.<sup>15</sup>

Por su parte, Nino considera que la norma básica de Kelsen existiría, pero no como tal norma, sino como un juicio normativo: “La norma básica no pertenece al campo de derivación de las normas, sino al campo de derivación de los juicios de validez”.<sup>16</sup> La noción de norma básica en Kelsen es utilizada por los teóricos del Derecho más que por los juristas prácticos, siendo un enunciado de la ciencia del Derecho más que una auténtica norma jurídica. Para calificar a la “Grundnorm” de norma, habría de presentar las mismas características de las normas a las que fundamenta. Para ello, dice Catania, habría de calificarse como “proposición deóntica”, que es, a la vez que esquema de interpretación, producto de la misma. Así, la norma fundamental, al mismo tiempo que interpreta las demás normas jurídicas o, si se prefiere, la Constitución, es como ellas “el producto interpretativo de los hombres que quieren conocer el citado material jurídico”.<sup>17</sup>

En esta misma línea varios autores han distinguido en Kelsen entre el significado objetivo de la norma del tipo “los individuos deben comportarse en el modo A” y el significado objetivo de la proposición “los individuos se comportan en el modo A”. El significado objetivo de la primera radica en su carácter de norma obligatoria, el de la segunda en su correspondencia con ciertos hechos que son objeto de constatación.<sup>18</sup> La norma fundamental sería así no una norma del primer tipo, sino una proposición normativa del segundo, en la medida en que su validez depende del hecho de la observancia efectiva del ordenamiento jurídico por sus destinatarios.

La pregunta ahora es cuál es la naturaleza de la norma básica para el propio Kelsen. La respuesta a esta cuestión ha evolucionado a lo largo de su

<sup>14</sup> Hughes, Graham: “Validity and the basic norm”, in *California Law Review*, 1971, 59, 3, pp. 703-705.

<sup>15</sup> Stone, J.: “Mystery and Mystique...”, cit., pp. 44-46.

<sup>16</sup> Niño, Carlos Santiago: “Some confusions around Kelsen’s concept of validity”, in *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1978, LXIV/3, p. 361.

<sup>17</sup> Catania, Alfonso: *Il problema del Diritto e L’obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 97 ss. e pp. 115-123.

<sup>18</sup> Para algunos como Hughes, G.: “Validity and the basic norm”, cit., p. 701: “La noción de efectividad (y, por tanto, esta relación con los hechos), no aparece simplemente como una condición de la validez del Derecho, sino que la misma se convierte en parte del contenido prescrito de la norma básica que debe confirmarse con una Constitución efectiva”. / Giorgianni, Virgilio: “Il fondamento della validità del Diritto nella teoria generale del Kelsen”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. 1962, I-III, p. 106.

obra. En un primer momento, en los "Hauptprobleme der Staatsrechtlehre", Kelsen manifiesta una inclinación empirista, al considerar su creación como un "hecho", si bien trascendente al sistema jurídico. Más adelante, el autor califica la norma fundamental de "presuposición". En la segunda edición de la "Reine Rechtslehre" la considera como una presuposición posible, no obligatoria. En consecuencia, la validez del Derecho no sería absoluta sino relativa. También habla Kelsen de la norma básica como "hipótesis" o norma hipotética. En realidad, el nombrarla indistintamente como ambas no es correcto. Habría que distinguir entre hipótesis, que es una tentativa de tesis y, como tal, no una auténtica norma, e hipotético/a, como adjetivo, predicable también de las normas.<sup>19</sup> Por su parte, Catania, frente a los que consideran que la "Grundnorm" tiene una importancia relativa, señala que la misma no es "una" posible hipótesis, sino "la" hipótesis del conocimiento jurídico, de valor, por tanto, absoluto.<sup>20</sup> Por otro lado, afirma Stamatis, la hipótesis de la norma fundamental sería claramente "a posteriori", pues presupone un orden jurídico "ya" establecido y eficaz. En este sentido, resultarían válidos los intentos de Robert Walter, defensor contemporáneo de la Teoría Pura del Derecho, de calificar la norma fundamental de suposición ("Annahme") que reenvía a una aserción condicional "a priori". Pero, permanecería la cuestión, formulada por Stamatis a modo de conclusión, de cuál es este "a priori": "Se hace referencia al antiguo mito según el cual el mundo es sostenido por las robustas espaldas del Atlas. La pregunta, aún sin respuesta, es ¿dónde pone su pie el Atlas?".<sup>21</sup> En el fondo se trata en Kelsen de la existencia de una evidente influencia de la filosofía kantiana de las formas, categorías o ideas "a priori", acopladas al campo de la ciencia jurídica.

Desde 1963, Kelsen tiende a considerar la norma básica, ya no como hipótesis, sino como "ficción". La distinción entre ficción e hipótesis se basa en que, a diferencia de la segunda, la primera va acompañada de la plena conciencia de que la misma no se armoniza con la realidad. Esto se encuentra en relación con la idea de Vaihinger en su filosofía del "como si" ("Als Ob") de la existencia, no sólo de "semificciones", es decir ficciones no correspondientes con la realidad externa, sino también de "ficciones totales", aquellas que en sí mismas, internamente, son autocontradictorias.<sup>22</sup> La norma básica sería de uno u otro tipo dependiendo del autor que la examine.

Además de las vistas, cabrían otras versiones alternativas de la "Grundnorm".<sup>23</sup> Eckhoff y Sundby citan las siguientes. En primer lugar, y en el mismo

<sup>19</sup> Stone, J.: "Mystery and Mystique...", cit., p. 47.

<sup>20</sup> Catania, A.: *Il problema del Diritto...*, op. cit., pp. 59 ss.

<sup>21</sup> Stamatis, Constantin M.: "La systématique du droit chez Kelsen et les apories de la norma fondamentale", in *Archives de Philosophie du Droit*. 31 —*Le système juridique*—, pp. 44-45. /Wilson, Alida: "Joseph Raz on Kelsen's basic norm", cit., pp. 49 e 53.

<sup>22</sup> Wilson, Alida: "Joseph Raz on Kelsen's basic norm", cit., pp. 49-50. /Sobre el tema también Stewart, J.: "The Basic Norm as fiction", in *Juridical Review*. 1980, pp. 199-224.

<sup>23</sup> Dice al respecto Ramos Pascua, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., pp. 50 ss. que se trata de una norma jurídica, aunque formal, no con un contenido material, y que no es positiva sino presupuesta.

sentido que Farrell, como "axioma" que, como tal, no necesita de justificación. En segundo término, como origen "histórico" de un sistema legal, confundiéndola en cierto modo con el concepto kelseniano de primera Constitución histórica. En tercer lugar, la norma fundamental podría concebirse con una carga valorativa, al modo de las doctrinas iusnaturalistas o de la "moralidad legal" de Fuller. Finalmente, citan estos autores el uso de la norma básica en el ámbito "internacional", al que luego haremos referencia.<sup>24</sup>

En cuanto a la naturaleza ya no de la "Grundnorm", sino de la regla de reconocimiento, dice Ramos Pascua que parece adecuado considerarla como algo más que una práctica social, como una verdadera norma jurídica, si bien de carácter consuetudinario.<sup>25</sup> Se trataría de una norma de carácter secundario, de naturaleza distinta de la de las demás reglas del sistema, tanto de las primarias, como de las secundarias de cambio y adjudicación.<sup>26</sup> No queda muy clara, sin embargo, la cuestión para Cracogna, para quien la regla de reconocimiento es Derecho o un mero hecho dependiendo del punto de vista desde el que se la considere sea interno o externo.<sup>27</sup> Pese a que Hart marca en este punto categóricamente su distinción de Kelsen, en realidad ambas concepciones se aproximan, pues, si bien la norma de reconocimiento es un hecho, es un hecho presupuesto y, aunque la norma básica es un presupuesto, se encuentra determinado por los hechos.

Por otro lado, en lo que atañe al "contenido", mientras el de la regla de reconocimiento es "material" y distinto para cada ordenamiento jurídico, el de la norma básica es de naturaleza "formal", a modo de autorización o cheque en blanco, y, al menos en interpretación de Hart, unitario. Para Kelsen, por el contrario, la norma básica sería plural en la medida en que fundamenta la validez de constituciones diferentes.<sup>28</sup> Sería como un cheque con distintas sumas de dinero según el destinatario.

También respecto al contenido, dice Raz que la norma básica es "otorgadora de derechos", aunque Kelsen parezca formularla más bien como "impositiva de deberes". En realidad, señala Raz, no se trata sino de dos caras de la misma moneda, pues "es siempre posible describir toda ley otorgadora de facultades legislativas diciendo que impone el deber de obedecer las leyes hechas por el órgano autorizado".<sup>29</sup> Por su parte, la regla de reconocimiento, dice Ramos

<sup>24</sup> Eckhoff, T.-Sundby, N. K.: "The notion of basic norm(s)...", cit., pp. 147 ss.

<sup>25</sup> Ramos Pascua, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., pp. 165 ss.

<sup>26</sup> Sobre el tema Gómez, Astrid C.: "Acerca de la vinculación de la regla de reconocimiento con las restantes reglas secundarias", in *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*. Prólogo de Genaro Rubén Carrió. Astrea. Buenos Aires. 1976, pp. 47-55.

<sup>27</sup> Cracogna, D.: "Regla de reconocimiento...", cit., pp. 377 ss.

<sup>28</sup> Cracogna, D.: "Regla de reconocimiento...", cit., p. 376.

<sup>29</sup> Raz, Joseph: "Kelsen's theory of the basic norm", in *American Journal of Jurisprudence*, 19, 1974, p. 97. /Raz, Joseph: "The identity of legal systems", in *California Law Review*, 59, 3, 1971, p. 807. Hay traducción castellana de Rolando Tamayo y Salmorán en Boletín Mexicano de Derecho comparado. UNAM. 29, enero-abril, 1954.

Pascua que, más que conferir poderes, impone el deber de ser seguida por los tribunales, aunque esto sea cuestionable ante la falta de previsión de una sanción para el caso de incumplimiento.<sup>30</sup>

Lo que sí resulta claro es que la norma fundamental, tanto como norma básica, como regla de reconocimiento, tiene una "función" validadora del ordenamiento jurídico, al que confiere unidad, coherencia y plenitud. Lo que ocurre es que lo hace con una intensidad diferente en Kelsen y Hart.

El conferir unidad al ordenamiento jurídico se manifiesta, especialmente en Kelsen, en la consideración del Derecho como un todo, como un auténtico "sistema",<sup>31</sup> al cual pertenecen todas sus normas<sup>32</sup> de una manera global y ordenada. En Kelsen se trata de un sistema "dinámico".<sup>33</sup> Se habla así de la condición de miembro ("membership") como "validita-correlazione-appartenenza o conformità".<sup>34</sup> Sin embargo, afirma Nino que, aunque estrechamente conexos, la validez y el ser miembro<sup>35</sup> no son en Kelsen cuestiones idénticas: "a) Una norma es válida cuando deriva de otra norma válida; b) Una norma pertenece a un ordenamiento jurídico cuando deriva de otra norma que pertenece al mismo." Ambas nociones están basadas en la misma idea de derivación. Sin embargo, son mutuamente independientes. Así, un ordenamiento jurídico, puede reconocer la validez de normas de otros sistemas legales, sin que ello implique que dichas normas sean parte de dicho ordenamiento jurídico. Lo mismo puede aplicarse a las normas "anulables", las cuales pertenecen al sistema, aunque no sean válidas después de ser anuladas.<sup>36</sup>

El carácter sistemático del Derecho se ve también claramente cuando nos referimos a las "normas jurídicas no independientes", es decir a aquellas que "no pueden ser entendidas por sí solas, sino en conjunción con otras normas jurídicas del respectivo ordenamiento jurídico". Así, por ejemplo, las normas sancionadoras, que sólo tienen sentido en relación con las normas cuya conducta sancionan; las normas de competencia, sólo significativas respecto de las normas creadas por el órgano competente; las normas convencionales, que se remiten en caso de incumplimiento a la legislación general; las normas permisivas, que sólo cobran sentido en relación con las normas prohibitivas más generales, cuya validez ellas limitan; o las normas derogatorias, que se hallan en relación con las normas cuya validez clausuran.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> Ramos Pascua, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, cit., pp. 168 ss.

<sup>31</sup> Raz, J.: "Kelsen's theory...", cit., p. 95.

<sup>32</sup> Ramos Pascua, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., p. 67.

<sup>33</sup> Ramos Pascua, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., p. 66: Aunque en "1928 reconocía el jurista existen límites al carácter dinámico del Derecho. Y en 1960 en la "Reine Rechtslehre" se dice que el Derecho sólo constituye un sistema dinámico "en lo esencial".

<sup>34</sup> Barberis, M.: "La norma senza qualita. Appunti su validità in Hans Kelsen", in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XI, 2, 1981, pp. 426-432.

<sup>35</sup> Sobre el tema Caracciolo, R.: "Justificación normativa y pertenencia", in *Análisis Filosófico*, 1988, 1, pp. 37-67.

<sup>36</sup> Nino, C. S.: "Some confusions around...", cit., pp. 362-365.

<sup>37</sup> Squella Narducci, Agustín: *Derecho y Moral. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el Derecho?* Valparaíso. Edeval. 1989, pp. 18-20.

Por otro lado, el tema de la unidad del Derecho está en estrecha relación con la cuestión, sobre la que irá este trabajo, de si la norma fundamental es única o plural. Dicen al respecto Eckhoff y Sundby que se trata de una cuestión "empírica", que sólo puede resolverse en virtud de una investigación de los hechos. Añade Raz que, como los ordenamientos jurídicos "existen en diferentes sociedades, viviendo bajo diferentes condiciones, hay, por ello que adoptar diferentes soluciones al problema de la identidad".<sup>38</sup> Como vimos más arriba, ni Kelsen ni Hart son claros en el punto de la unidad o diversidad de la norma fundamental. Pero podría afirmarse que en Kelsen ésta es más bien unitaria, pues, si no, dado su carácter formal, sería una reduplicación inútil de la Constitución. Por el contrario, en Hart se tiende a la pluralidad de reglas de reconocimiento. Dice Raz, comentando la obra de Hart, que habría tantas normas de reconocimiento como tipos de "funcionarios" tenga por destinatarios (tribunales civiles, penales, contencioso-administrativos, etc.). Además existirían reglas de reconocimiento distintas para el caso de normas "contradictorias". En tercer lugar, añade este autor, habría que diferenciar entre las reglas de reconocimiento que señalan a los tribunales las normas a aplicar y las que, en caso de silencio, les confieren potestad discrecional. Pese a todo, Hart prefiere a hablar de pluralidad, hablar de complejidad de la norma de reconocimiento, pues, aunque comprensiva de diversos criterios de validez, los unifica jerárquicamente.<sup>39</sup>

A lo anterior hay que añadir la posibilidad de existencia de normas fundamentales diferentes en el "tiempo". El problema aquí sería ver qué cambios son compatibles con la existencia continuada de la misma regla y cuáles implican la aparición de una nueva regla que reemplaza a la anterior.

Así, hay autores que, pese a la tendencia del pensamiento occidental de reducir la norma fundamental a una, consideran que sería plural.<sup>40</sup> De este modo, la pirámide normativa sería plana en la punta y no puntiaguda. Por el contrario, concibe la norma fundamental de manera unitaria, por ejemplo, Catania cuando afirma que "una pluralidad de normas fundamentales significa una pluralidad de sistemas, una pluralidad de diferentes cualificaciones, pero la función lógico-cognoscitiva de la norma fundamental es siempre la misma, cualquiera que sea el sistema que examinemos". De hecho, continúa Catania, "la postulación de una pluralidad de normas fundamentales encuentra un límite en el carácter de la fenomenización de aquello que queremos calificar como jurídico... La calificación de lo jurídico viene a ser utilizada sólo para dar un sentido a los acontecimientos, a los fenómenos que, si no se juridifican, aparecerían desconectados, disgregados, y no como un posible objeto de conocimiento".<sup>41</sup> Para Catania

<sup>38</sup> Raz, J.: "The identity...", cit., pp. 800, 809-10, 812. /Eckhoff, T.-Sundby, N: "The notion of basic norm(s)...", cit., pp. 130-137. /Hart comenta, sin embargo que la norma básica tiene siempre el mismo contenido: Stone, J.: "Mystery and Mystique"...", cit., p. 46.

<sup>39</sup> Ramos Pascua, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., pp. 154-156.

<sup>40</sup> Así, Alexander Peczenik: "The concept 'valid law'", in *Scandinavian Studies in Law*, 16, 1972, pp. 213-251, habla de "linguistic rules of recognition" en plural, y Stephen Munzer: *Legal validity*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1972, pp. 56-69, de "rules of much smaller scope".

<sup>41</sup> Catania, A.: *Il problema del Diritto...*, op. cit., pp. 69-72.

la misión de la "Grundnorm" se encontraría en sede gnoseológica, en el ámbito del conocimiento del Derecho, considerado no unilateralmente, sólo como fenómeno sociológico. Se trata de un conocimiento que no se limite a ser mero registro de hechos, sino calificación e interpretación de los mismos.<sup>42</sup>

Otra cuestión conexas con el carácter unificador y sistematizador de la norma fundamental, especialmente como norma básica en el sentido kelseniano, es si la misma es una norma de "apertura" o de "clausura" del ordenamiento jurídico. Se trata de ver qué es primero lógicamente, dicha norma o el sistema jurídico. En el primer caso se trataría de una norma constitutiva de la existencia jurídica de las demás, en el segundo, el intérprete se encontraría ante una serie de normas jurídicas ya existentes y su labor consistiría sólo en sistematizarlas formando un todo unitario. Allí se trata de abrir el sistema, aquí de cerrarlo evitando el regreso al infinito. Allí, de transformar un evento histórico fundamental en Derecho, aquí de pasar de la norma hipotético-fundamental al Derecho. Ambas posibilidades revisten problemas. En el primer caso, si la validez no es otra cosa que la existencia de las normas, si éstas existen ya, son por ellas mismas válidas, con independencia de la norma fundamental, que quedaría así vacía de contenido validificador, sin función alguna como norma de apertura. En el segundo supuesto, cabe preguntarse cómo es posible que una norma hipotética transmita validez positiva a las demás normas del sistema. Estaríamos ante una norma como "construcción del significado subjetivo" de determinados actos de la voluntad humana "como su significado objetivo".<sup>43</sup> Pero ¿cómo es posible que una norma pensada, que ni siquiera es norma de la ciencia legal, transmita validez a normas puestas por la voluntad? Nos encontraríamos en este caso ante dos tipos de validez, una hipotética y la otra positiva. Por otro lado, el considerar la norma básica simplemente como norma de apertura del sistema jurídico implicaría una concepción sociológica que distinguiese entre existencia real y existencia jurídica del Derecho.<sup>44</sup> La norma básica de Kelsen parece por tanto más bien una norma de clausura. Para salvar el obstáculo del carácter hipotético de la validez conferida por la norma básica así concebida, podría afirmarse, con Catania, que lo hipotético es la "operación" de validación de las normas, y no las normas "objeto" de la misma.<sup>45</sup>

Hay que señalar que el carácter unitario del ordenamiento jurídico generalmente se concibe a nivel del ordenamiento jurídico nacional, pese a que hoy en día se tienda cada vez más a la fusión de los sistemas legales en un derecho internacional común, en el que los Derechos nacionales quedarían como "subsistemas".<sup>46</sup> Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

<sup>42</sup> Catania, A.: *Il problema del Diritto...*, op. cit., pp. 7-9.

<sup>43</sup> Stone, J.: "Mystery and Mystique...", cit., p. 39.

<sup>44</sup> Catania, A.: *Il problema del Diritto...*, op. cit., pp. 61 ss.

<sup>45</sup> Catania, A.: *Il problema del Diritto...*, op. cit., p. 75.

<sup>46</sup> Eckhoff, T.-Sundby, N.: "The notion of basic norm(s)...", cit., p. 136. /Wilson, A.: "Joseph Raz...", cit., p. 46. /Scarpelli, Uberto: "Voz "validità" en *Gli strumenti del sapere contemporaneo*. II. Torino. Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1985, p. 930.

La función sistematizadora de la norma fundamental concebida como regla de reconocimiento al modo hartiano, ya no es principal, como en Kelsen, sino embrionaria. Lo verdaderamente determinante de un ordenamiento jurídico para Hart es la conjunción de normas primarias, obedecidas por el colectivo, y normas secundarias, destinadas a los jueces. La regla de reconocimiento, también llamada "regla de identificación", trataría de poner remedio a un defecto de las reglas primarias, su falta de certeza. Ésta sería su verdadera función. Se cuestiona si el papel identificador del Derecho es exclusivo de dicha norma o extensible también a las otras reglas secundarias. En realidad, todas aparecen mezcladas, siendo difícil delimitarlas, pero las "reglas secundarias de cambio" responden más bien a la falta de dinamismo del Derecho y las "reglas secundarias de adjudicación" a su falta de eficacia.

Una segunda función de la norma básica es la de conferir "coherencia"<sup>47</sup> al sistema, evitando las antinomias.<sup>48</sup> La coherencia se ve claramente favorecida por el carácter jerárquico que, sobre todo en Kelsen, se otorga al ordenamiento jurídico, en forma de "Stufenbau" o construcción "a gradini".<sup>49</sup> Se trata del principio de "no contradicción"<sup>50</sup> del que el criterio jerárquico es una manifestación ("lex superior derogat inferiori"). En general puede afirmarse que son "más" que coherentes los sistemas jurídicos de carácter estático o material, y "menos" que coherentes los de carácter dinámico o formal. Hart no se manifiesta claramente partidario de uno u otro tipo de solución. Ramos Pascua considera, no obstante, que en él predomina el carácter formal del Derecho.<sup>51</sup>

La misma idea de jerarquía atribuye a la norma básica la función de determinar el "status" o rango de las demás normas, por ejemplo, en los sistemas anglosajones su carácter estatutario o de "Common Law", así como el hecho de ser Derecho extranjero, al cual puede haberse conferido un valor específico inferior.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> Al respecto, señala agudamente Ramos Pascua, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., p. 68 que: "Otro aspecto problemático y frecuente blanco de objeciones es la concepción kelseniana del sistema jurídico como coherente, es decir, como no contradictorio. Según el autor de la Teoría Pura del Derecho, las contradicciones entre las normas son sólo aparentes y desaparecen haciendo uso de los correspondientes criterios interpretativos. La razón última de tal opinión radica en la aceptación del principio de que toda ciencia ha de ser capaz de describir su objeto como unidad exenta de contradicciones... Lo que sí parece cierto es que, presentando el orden jurídico como carente de antinomias Kelsen se aparta, en cierto modo, del propósito básico del positivismo jurídico y describe no tanto el Derecho como es, no la realidad desnuda del Derecho, sino una reconstrucción idealizada del mismo."

<sup>48</sup> Eckhoff, T.-Sundby, N.: "The notion of basic norm(s)...", cit., pp. 124-127.

<sup>49</sup> Catania, A.: *Il problema del Diritto...*, op. cit., p. 83. /Vernengo, Roberto José: "La función sistemática de la norma fundamental", in *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960, I-II, pp. 207-225.

<sup>50</sup> Wilson, A.: "Joseph's Raz...", cit., pp. 55-60.

<sup>51</sup> Ramos Pascua, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., p. 157.

<sup>52</sup> Otra enumeración es la de Summers, Robert S.: "Towards a better general theory of legal validity", en *Rechtstheorie*, 1985, 16 Band, Heft 1, p. 66: "1) Diferenciar las normas, las específicas normas legales de las normas morales; 2) Diferenciar las específicas normas

Respecto a la "plenitud" del Derecho, Hart, contrariamente al ideal de Kelsen de ausencia de lagunas, considera la existencia en el ordenamiento jurídico de una cierta "porosidad" o "textura abierta", tanto en la regla de reconocimiento como en las demás normas del sistema, aunque en la primera las dudas serían siempre en cuestiones de detalle, nunca en lo principal.

Al margen ya de la función, también se distinguen la norma fundamental de Kelsen de la de reconocimiento de Hart en que la primera es presupuesta como válida, mientras que la segunda no es ni válida, sino simplemente existente. De ahí que se la denomine más que norma, "regla" de reconocimiento.

Sin embargo, ambos autores coinciden a la hora de señalar que la validez o existencia, según el caso, de la norma más importante supone la eficacia del ordenamiento jurídico en su conjunto. Lo que ocurre es que en Hart, aunque eso es lo normal, cabría lo contrario en circunstancias especiales. Por el contrario, en Kelsen, Ramos Pascua llega incluso a afirmar que "la validez, algo radicalmente distinto de la efectividad, se asienta en el último término de la Teoría Pura del Derecho sobre una norma fundamental, que sólo es posible presuponer respecto de aquella Constitución que goce de efectividad. Dado que la efectividad de la Constitución es condición necesaria y suficiente para que se presuponga respecto a ella una norma fundamental, podemos deducir que es la efectividad de la Constitución, y no la Grundnorm, el fundamento último de la validez de todas las normas de un orden jurídico. Para decirlo plásticamente, la efectividad sería a la validez lo que el viento a la veleta: cosas distintas, pero en relación tal que la dirección de aquél determina siempre la posición de ésta".<sup>53</sup> De este modo se entroncaría la doctrina de la norma básica con las "teorías del reconocimiento". Por su parte, la regla de reconocimiento requiere para existir su "aceptación", como algo intermedio entre la obediencia ciega y el no sentirse obligado. Esta aceptación tiene un papel mayor que en Kelsen y menor que en Ross y los realistas.

Por otro lado, Kelsen insiste en la ausencia en sus teorías de un fundamento axiológico o valorativo, hablándose de normatividad "objetiva", frente a la normatividad "justificada",<sup>54</sup> pues estamos ante una ciencia del Derecho y no ante una metafísica jurídica.<sup>55</sup> Sin embargo, en Hart hay ciertas intrusiones, si bien de tipo contingente, en el ámbito de la moral, a través de su teoría del contenido mínimo de Derecho Natural.<sup>56</sup>

---

legales de las normas consuetudinarias u otro tipo de normas sociales; 3) Diferenciar lo que es hoy Derecho del Derecho anterior, hoy superado y 4) Resolver conflictos entre diferentes normas legales (especificando su prioridad)".

<sup>53</sup> Ramos Pascua, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., p. 62.

<sup>54</sup> Wilson, A.: "Joseph Raz...", cit., p. 46.

<sup>55</sup> Kelsen, Hans: "Quel est le fondement de la validité du Droit?", in *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 1956, p. 167. Hay traducción italiana de Gaetano Arangio-Ruiz in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1957, XL, pp. 497-511 y traducción castellana en *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974.

<sup>56</sup> Hart, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, op. cit., nota al cap. VI, p. 125. /Garzón Valdés, E.: "Algunos modelos de validez normativa", in *Estudios en honor del doctor Luis Recasens*

35 A modo de conclusión de todo lo dicho respecto de la norma fundamental, nos gustaría presentar un ensayo de un concepto conciliador de las principales teorías de la misma, la kelseniana y la hartiana. Existirían varias posibilidades. Para la primera partiremos de las siguientes palabras de Alf Ross en su obra "Tû-tû":<sup>57</sup> "el concepto de derecho subjetivo es un instrumento para la técnica de presentación que sirve exclusivamente a fines sistemáticos, y que en sí no significa ni más ni menos que 'tû-tû'... Por otra parte, es imposible adscribir una referencia semántica independiente a la palabra 'propiedad' en los razonamientos que operan con ella. Cualquier intento de tomarla como la designación ya de un hecho jurídico (uso), ya de consecuencias jurídicas ("opinio iuris"), ya de ambas cosas a la vez (norma jurídica) está destinado al fracaso". La misma naturaleza que "tû-tû", "derecho subjetivo" o "propiedad" tendría la Grundnorm de Kelsen como enlace del silogismo  $Vc \rightarrow G. N., G. N. \rightarrow Rr.$  (Validez de una norma  $c \rightarrow$  Grundnorm, Grundnorm  $\rightarrow$  Regla de reconocimiento). La regla de reconocimiento sería el resultado de la "intersección" de algo "tû-tû", común a todas las normas del sistema, su Grundnorm.

Una segunda posibilidad de conjuntar las nociones de norma fundamental de Kelsen y regla de reconocimiento de Hart es considerar que el vínculo entre ambas no es ya la intersección, sino la "inclusión". La "Grundnorm" formaría así parte de la regla de reconocimiento. Si ésta es una cuestión fáctica, de carácter consuetudinario, debe tener los dos elementos de la costumbre: el uso y la "opinio iuris" como contenidos material y espiritual respectivamente. El uso podría venir constituido por la práctica, constatable, de que los teóricos y juristas prácticos han venido hablando y aplicando a menudo la norma básica. La "opinio iuris" sería la "Grundnorm" como ficción (hipótesis de trabajo o presupuesto mental, lógico o metodológico) de que esa práctica es vinculante a nivel teórico y epistemológico. El resultado es una regla de reconocimiento como conjunción del plano del deber ser y el de ser. Esta concepción valdría tanto con una configuración de la Grundnorm como norma unitaria como con su posible carácter plural, es decir tanto con la concepción de la "Grundnorm" originaria y clásica, la de Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, como con la de los demás autores que a ella se han adherido. Todo lo dicho hay que armonizarlo con la imposibilidad de relación del ser y el deber ser. No habría incompatibilidad en la conjunción de ambos, desde el momento en que son los dos elementos de la costumbre y ésta se considera fuente del Derecho.

En suma, o la Grundnorm es "tû-tû" o es el elemento espiritual de la regla de reconocimiento. Especialmente en el segundo caso, por la vía de la inclusión, llegamos a una consideración unitaria de la norma fundamental, como proponíamos en el título de nuestro trabajo.

*Siches*, México, UNAM, 1980, p. 389. /Hart, H. L. A.: "Positivism and the separation of Law and Morals", in *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 593-629.

<sup>57</sup> Ross, Alf Niels Christian: *Tû-tû*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. Colección Nueva Teoría. Trad. castellana de Genaro Rubén Carrió, pp. 24, 35-36.

Ya vimos como para Hart la regla del reconocimiento era una cuestión de hecho, de Derecho consuetudinario. Además, hay otros muchos pensadores, en la trayectoria realista, que consideran que la clave de la validez del Derecho está en su eficacia, es decir, en su aplicación por los tribunales. Esto nos hace necesariamente preguntarnos cuál es en la concepción de la norma fundamental aquí expuesta la relación del Derecho legal, es decir, el Derecho en su manifestación típica continental, con el Derecho consuetudinario, por un lado, y con él, llamémosle "Derecho" jurisprudencial, por otro.

Para responder a esta cuestión coherentemente, es adecuado partir del postulado positivista de la existencia de la regla de reconocimiento como clave de la validez del Derecho. Según la concepción clásica de la misma, ésta es una costumbre y, como tal, "crea" Derecho. De aquí que podamos afirmar que el problema de la validez jurídica se reconduce, a la postre, al problema de las fuentes del Derecho.

Configurada como tal costumbre, a tenor de lo dicho, la regla de reconocimiento comprende en sí dos elementos, la "opinio iuris" y el uso.<sup>58</sup> Por su parte, la "opinio iuris" puede reconducirse al concepto tradicional de "Grundnorm" kelseniana, como postulado teórico, a modo de convicción de que ese uso es Derecho.<sup>59</sup> Esto puede hacernos cuestionar el carácter normativo de la "Grundnorm" y llevarnos a considerarla como un postulado en el plano cognoscitivo, de carácter lingüístico y formal, más que material.

La norma básica así entendida, como costumbre, cumple su función en la argumentación jurídica desplegada por los órganos aplicadores del Derecho. No se aplicaría directamente, porque, para que el uso, o hecho, caiga dentro del ámbito jurídico, es preciso que se configure como supuesto de hecho de una norma, al que se atribuya una consecuencia jurídica. El problema es simple a la hora de "aplicar" una costumbre ya existente, pero entendemos que la labor del juez al aplicar la norma fundamental va más allá de la mera aplicación-subsumción, hasta la elaboración de auténticos tests de validez sobre la propia existencia de esa costumbre potencial.

Podríamos pensar que la norma fundamental es producto teórico de los científicos del Derecho, que a lo largo de la historia del pensamiento jurídico han venido sosteniendo su existencia. Es la primera posibilidad.<sup>60</sup> Pero, podemos

<sup>58</sup> Meneghelli, Ruggero: *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*. Padova. Cedam. 1975; distingue (pp. 185 ss.) entre la existencia y la validez de la costumbre. La primera dependería exclusivamente de la existencia de un uso. La segunda exigiría la concurrencia de la "opinio iuris". En cuanto al primer requisito, el autor distingue entre el uso como repetición del comportamiento (costumbre) o como acto (ley). El primero se verifica. El segundo supone una manifestación de voluntad.

<sup>59</sup> De este modo se soluciona el problema planteado por Raz (in Simmonds, N. E.: "Legal validity and decided cases", in *Legal Studies*, 1981, I, pp. 34-35) de que como la regla de reconocimiento es en sí misma una costumbre judicial no puede conferir ningún status especial a las demás costumbres jurídicas. Si lo podría hacer ya que, a diferencia de éstas, en aquella la "opinio iuris" sería la Grundnorm.

<sup>60</sup> A este respecto dice Nino C. S. *La validez del Derecho*, op. cit., p. 23: "Un punto crítico, en el cual Harris se aparta de Kelsen, es en su tesis de que no sólo los juristas sino también

también pensar que dicha regla es el resultado práctico de aplicar el juez una determinada práctica como jurídica.<sup>61</sup> El carácter primero, de tipo teórico, correspondería a la "Grundnorm". El carácter segundo, de tipo práctico, correspondería a la "rule of recognition". La primera sería el elemento espiritual de la segunda.

No se trata, por tanto, de que el juez aplique la regla de reconocimiento, a modo de costumbre ya existente, sino de que aplique la "Grundnorm", creando en ese momento una costumbre antes inexistente, la regla de reconocimiento. La "Grundnorm" tendría función más bien "identificadora", la "rule of recognition" da un paso más y "crea un Derecho hasta entonces sólo existente potencialmente. Una se sitúa "antes" del Derecho o, al menos, fuera de él. La otra lo hace "en" el propio nacimiento del Derecho. La primera es una norma presupuesta, al modo en que Kelsen la configuraba. La segunda es una norma puesta, una norma positiva, como Hart quería.

Esto nos permite, hasta cierto punto, dar una salida satisfactoria al problema positivista de la circularidad de la validez, al de su regreso al infinito y al de basar el deber ser en el ser. Mientras el Derecho no es tal, se identifica respecto de algo exterior a él. Una vez nacido, existe como tal en virtud de algo intrínseco a él.

Hay que aclarar que, por ahora, nos hemos referido únicamente a la que podríamos calificar como fase primera de la vida del Derecho, su creación. Aquí es donde se verifican las pruebas de acceso a la categoría de Derecho, los tests de validez. Una vez nacido el Derecho, se pasa a la segunda etapa, que, también protagonizada por el juez, se refiere a la "aplicación" en sentido estricto, es decir a la respuesta por el Derecho a las necesidades de la vida real. Podríamos preguntarnos aquí cuál es la misión del legislador y si no le corresponde más a él que al juez crear el Derecho. Es cierto que es el órgano legislativo, a través de determinado procedimiento, el que crea el Derecho. Pero, esto no supone nada nuevo. Ya Kelsen configuraba la validez como la producción por el órgano competente y en la forma adecuada. Lo hasta aquí dicho se refiere a la hora de fundar la validez de la última norma, o si se prefiere, de la primera. Y esto, aunque parezca paradójico, lo realiza constante, aunque, tal vez, inconscientemente, el aplicador del Derecho. En efecto, cada vez que aplicamos el Derecho legal, indirectamente estamos aplicando toda la cadena de validez y, como tal, también su norma última.

Puede distinguirse, así, entre una aplicación-creación o "recreación" de la regla de reconocimiento, como Derecho consuetudinario, y una aplicación-aplicación del resto del Derecho, especialmente el Derecho legal como tal.

---

los jueces deberían presuponer la norma básica. Aun cuando Kelsen no es muy claro sobre esto, dudo mucho que le entusiasmara la extensión de la clase de personas que deberían aceptar la norma básica; una cosa es 'razonar' teóricamente de acuerdo con la presuposición de que un sistema eficaz está justificado y otra cosa es 'actuar' según esa presuposición".

<sup>61</sup> Vernengo, Roberto J.: "Validez y verdad...", cit., p. 16: "Ello significa... que la cadena de validez puede consistentemente remontarse a una 'Grundnorm' aceptada por la *jurisprudencia teórica* dominante (o una regla de reconocimiento vigente, según otra versión corriente del positivismo) (El subrayado es nuestro).

Pero, habría incluso una tercera fase, producto de las dos anteriores. La misma estaría protagonizada no por el Derecho legal, ni por el Derecho consuetudinario, sino por el, en una acepción amplia y algo impropia, llamado Derecho jurisprudencial. En este sentido, ¿qué es la jurisprudencia sino una costumbre judicial? Esto es más claro en los sistemas de Derecho anglosajón, en los que el precedente es, no sólo fuente del Derecho, sino la principal fuente del mismo. Por el contrario, en sistemas de Derecho Continental, como el español, su función es la de mero "complemento" del Derecho. Hay que llamar la atención sobre el hecho de que el Código Civil español en su título preliminar, tras la reforma de 31 de mayo de 1974, habla de complementar y no de completar como función de jurisprudencia.

Es decir, que la función del juez sería en tres sentidos: 1) Creando la "rule of recognition" como costumbre jurídica; 2) Aplicando el resto del Derecho, especialmente el legal; 3) Complementándolo a través del Derecho jurisprudencial.

Además, hay que tener en cuenta que la regla de reconocimiento, al configurarse como una costumbre judicial, incorpora ya en sí, como tal, una serie de pautas de validez. Así, por ejemplo, su racionalidad; su proyección hacia el pasado, como justificación y, hacia el futuro, como predicción, al modo entendido por los realistas norteamericanos; su carácter de "standard" jurídico, que evita las decisiones basadas en convicciones morales o políticas personales; el principio de "justicia formal" (que casos semejantes sean tratados de manera semejante); y el principio de jerarquía entre los diversos tribunales.<sup>62</sup> Todo esto va implícito en el concepto de "rule of recognition" como costumbre judicial.

Otros puntos inherentes a la misma como tal son, según Nino, los siguientes: 1) La resolución judicial sobre si una norma concuerda con otra superior es constitutiva de tal hecho y no declarativa de un hecho preexistente; 2) Las normas sobre las que no se han pronunciado ningún juez serán, al menos temporalmente, válidas; 3) Las normas generales no pueden ser invalidadas de forma completa por vía judicial, sino sólo para el caso concreto de que se trate.<sup>63</sup>

Pero, observemos bien que la jurisprudencia, obtenida a través de la argumentación jurídica no es una "norma jurídica", sino una "máxima de decisión", es decir, la combinación de un hecho y una consecuencia jurídica, pero que no constituye ni una ley, ni una costumbre, ni un principio general del Derecho. Es sólo una máxima judicial. Podríamos, por tanto, en la línea de Farrell, ir más allá del Derecho válido y del Derecho vigente, y buscar el auténtico "Derecho verificado", es decir, confrontarlo con los verdaderos hechos. La clave no es la sentencia, sino que "parte" de ella.<sup>64</sup> Habría, pues, una cuarta fase,

<sup>62</sup> Simmonds, N. E.: "Legal validity and decided cases", cit., pp. 35-36.

<sup>63</sup> Niño, C. S.: *La validez del Derecho*, op. cit., p. 31.

<sup>64</sup> Farrell, Martin Diego: *Hacia un criterio empírico de validez*, Buenos Aires, Astrea, 1972, pp. 14 ss., 61-67/ Farrell, Martin Diego e Grün, Ernesto: "Problemas de verificación en el Derecho", in *Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 55-75.

junto a las de creación, aplicación y complemento, la de verificación. Esta se situaría ya en el plano de los hechos en sentido estricto, pero, considerando éstos, no como principio del Derecho, sino como constatación "a posteriori" del mismo.

Vemos así conjugados en nuestra teoría los distintos planos del Derecho, el del deber ser y el del ser. Podríamos preguntarnos en qué momento y lugar intervienen los valores en el proceso descrito. La respuesta sería "nunca", en un sentido material, y "siempre", en sentido formal. En efecto, para no caer en los inconvenientes del iusnaturalismo, no debemos confundir la validez o existencia del Derecho, con su justificación, o existencia como "Derecho bueno". Pero, tanto la costumbre, a través de la "opinio iuris", como la aplicación y argumentación jurídica, a través de la "ratio legis o iuris", como la jurisprudencia, mediante la "ratio decidendi", incorporan al Derecho el elemento valorativo, en la medida en que toda "ratio" o esencia, a la hora de ver qué entendemos por esencial y qué por accidental, supone una elección y ésta implica, aunque sólo sea formalmente, una toma de posición.

Cuando nos referimos a la argumentación jurídica, lo hacemos, tanto a los supuestos positivos de aplicación por semejanza (analogía, argumento "a contrario", argumento "a fortiori", etc.), como al supuesto negativo de la total contrariedad, en el que es de aplicación la norma general exclusiva, o al más sencillo de la subsunción, en caso de que se dé una completa identidad.

Como conclusión de lo dicho, podemos afirmar que el Derecho legal, la costumbre y la jurisprudencia aparecen relacionados a la hora de fundamentar el Derecho. Es la dialéctica de la validez, la legitimidad y la eficacia.<sup>65</sup>

Pero, en esa dialéctica y configuración unitaria de la norma fundamental se plantea un problema. Existe junto al Derecho estatal, de carácter relativamente centralizado, un Derecho descentralizado, de talante fundamentalmente consuetudinario, aplicado por sus propios sujetos. Es el Derecho Internacional. ¿Supone la existencia de este Derecho la ruptura de la unidad de la teoría de la norma fundamental? Para responder a este interrogante es preciso examinar cuáles son las relaciones de los diversos Derechos estatales o internos entre sí y las de éstos con el Derecho Internacional.<sup>66</sup> Vamos a ver a continuación cuál es la opinión al respecto de los principales autores positivistas.<sup>67</sup> Comenzamos por Kelsen.

<sup>65</sup> A esta dialéctica nos hemos referido en nuestros trabajos: "La tridimensionalidad y el problema de la validez del Derecho", in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 76, 1989-90, pp. 75-105; y, en la misma revista, número 79, 1991-92, pp. 87-121, "La dialéctica jurisprudencial de la legitimidad, la validez y la eficacia"; y especialmente en la monografía, *Concepto y fundamento de la validez del Derecho*, Madrid, Civitas, 1994, prólogo de François Ost.

<sup>66</sup> Wilson, Alida: "Joseph Raz on Kelsen's basic norm", cit., pp. 49-50. /Ottolenghi, G.: "Il principio di effettività e la sua funzione nell'ordinamento internazionale" en *Rivista di Diritto Internazionale*. 1936, 1, pp. 3-33; 2-3, pp. 152-171; 4, pp. 163-164. /Dijk, P. van: *Normativiteit en effectiviteit van internationaal Recht*. Utrecht. Europa Instituut. 1989.

<sup>67</sup> Kelsen, Hans: "The concept of the legal order", in *The American Journal of Jurisprudence*, 27, 1982, p. 72. Traducido por Stanley L. Paulson. /La Pergola, A.: "La transformación

A diferencia de lo que rige respecto de las relaciones entre el Derecho y la moral, que se consideran como órdenes separados, Kelsen predica la esencial unidad del Derecho Internacional y los Derechos internos. Frente a la tesis tradicional del dualismo jurídico, Kelsen defiende el monismo jurídico. En el primer caso hay una pluralidad de ordenamientos, entre sí independientes, mientras en el segundo éstos están en una relación de dependencia, hasta el extremo de formar un único sistema jurídico. En el primer supuesto, ambos, el Derecho Internacional y el Derecho interno, están en un plano de igualdad, mientras en el segundo se da la primacía y consecuente subordinación de uno respecto al otro. Así, cabrían dos posibilidades teóricas: la primacía del Derecho Internacional sobre los Derechos internos, a los que Kelsen denomina ordenamientos jurídicos domésticos”, comparándolos a menudo con el “Derecho municipal”; o la primacía de éstos sobre aquél.<sup>68</sup> Kelsen contempla estas dos posibilidades sin decantarse favorablemente por ninguna de ellas. La razón sería que, a su juicio, la elección de una u otra solución sería una cuestión ideológica o política, contraria, por ello, a la pureza metódica por él propugnada.<sup>69</sup> Sin embargo, se tiene la impresión al leer a Kelsen de que favorece la teoría de la primacía del Derecho Internacional. En realidad, se trata de construcciones correspondientes a dos puntos de referencia.<sup>70</sup> La antítesis entre estos dos puntos de vista podría compararse con la existente entre la visión geocéntrica del universo del Ptolomeo y la visión heliocéntrica de Copérnico. Según la primera, la Tierra es el centro del universo, según la segunda, es el Sol. Como dice Max Planck “la antítesis entre estas dos formulaciones no es contradictoria ni oscura; es simplemente una cuestión de dos distintas maneras de mirar las cosas”.<sup>71</sup>

La cuestión es cómo se resuelve el tema de la validez en cada uno de estos dos supuestos. En el caso de supremacía del Derecho Internacional sobre los Derechos internos, la situación sería la siguiente. Existiría, en primer lugar, una norma básica fundamental de carácter presupuesto, respecto a la cual Kelsen es muy escueto. La misma confiere validez al Derecho positivo internacional, más en concreto al peldaño superior del mismo, el Derecho consuetudinario, también llamado Derecho Internacional general. A su vez, dicho Dere-

---

del Derecho Internacional en Derecho interno y la teoría de Hans Kelsen”, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 14, 1961, pp. 467-516.

<sup>68</sup> Hart, H. L. A.: “Kelsen’s doctrine of the unity of law”, in Hart, H. L. A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophie*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 309-310. /Kerchove, Michel van de: *Les deux versions de la théorie kelsénienne des conditions de validité d’une norme juridique. Contribution à l’étude des presupposés épistémologiques de la Théorie Pure du Droit*, Louvain, Université Catholique de Louvain, Faculté de Philosophie et Lettres, pp. 87-89. /Hughes, Graham: “Validity and the Basic Norm”, cit., pp. 708 y ss. /Kelsen, Hans: “Quel est le fondement de la validité du Droit”, cit., pp. 167 y ss.

<sup>69</sup> Hughes, G.: “Validity...”, cit., p. 712.

<sup>70</sup> Raz, Joseph: “Kelsen’s theory of the basic norm”, in *American Journal of Jurisprudence*, 19, 1974, p. 110.

<sup>71</sup> Max Planck, citado por Kelsen, H.: “The concept...”, cit., p. 79.

cho consuetudinario, a través de su regla “pacta sunt servanda”, confiere validez al segundo escalón del Derecho Internacional, constituido por los Tratados o Derecho convencional, también conocido como Derecho Internacional particular. Por su parte, este Derecho convencional sería la norma intermedia que confiere validez a los Derechos internos, más exactamente a su Constitución primera, a través del principio de efectividad, en aquel contenido. La peculiaridad aquí es que dicho principio, a diferencia de lo que ocurre en el caso de primacía de los Derechos internos, es una auténtica norma jurídica, interior al ordenamiento jurídico internacional y constituye la “conditio per quam” de la validez. La verificación empírica de la efectividad no retorna sobre la validez de manera directa, sino indirecta, a través del Derecho convencional. En él el principio de efectividad se enunciaría así: “De acuerdo con el Derecho Internacional, un gobierno independiente, que ejerce el control efectivo sobre la población de un cierto territorio, constituyendo un Estado, tiene una Constitución válida (legítima dice Kelsen)”. Pese a que no siempre resulte clara en la doctrina la distinción entre norma básica presupuesta, principio “pacta sunt servanda” y principio de efectividad, es preciso distinguir en el pensamiento de Kelsen estos tres escalones. De este modo la validez del Derecho interno dependería sólo mediatamente de la norma básica presupuesta e inmediatamente del principio y de efectividad recogido en el Derecho Internacional Convencional.

Hay autores, como Tucker,<sup>72</sup> que sostienen que, junto al principio de efectividad, se encontraría asimismo como principio validificante y norma positiva del Derecho Internacional el principio “ex iniuria ius non oritur”, expresión del postulado de la legitimidad. Pero, esto no entra dentro de los parámetros de la teoría kelseniana y de su pretensión de incontaminación del mundo de lo jurídico respecto de los valores.

Por lo que respecta al segundo supuesto del monismo jurídico, la primacía del Derecho interno respecto del Derecho Internacional, en él el orden de la cadena de validez sería el siguiente. En primer lugar, como norma fundamental, se encontraría la norma básica presupuesta, que confiere validez al Derecho positivo estatal, más en concreto, a su Constitución, siempre que ésta sea eficaz. La eficacia aquí ya no es una norma jurídica, sino un hecho externo al ordenamiento jurídico, y no una “conditio per quam” sino una “conditio sine qua non”. A su vez, esta Constitución eficaz conferiría validez, además de al resto del Derecho interno, al Derecho Internacional, a través del “reconocimiento” del mismo por parte del Estado soberano. Estaríamos de nuevo ante un solo Derecho, el nacional, en sentido amplio, que comprende en sí los órdenes jurídicos de los otros Estados, a los que se denomina, también en sentido amplio, Derecho Internacional. Así, el Derecho Nacional en sentido amplio, comprendería, junto al Derecho propiamente interno, el Derecho Internacional, tanto en

<sup>72</sup> Tucker, R. W.: “The principle of effectiveness in international law”, en *Law and politics in the world community. Ensayos sobre la Teoría Pura de Hans Kelsen y los problemas conexos del Derecho Internacional*, recopilados y editados por George A. Lipsky, Berkeley y Los Ángeles, 1952, p. 39.

su acepción estricta, como Derecho común a todos los Estados, como en su vertiente algo más impropia, según la cual englobaría asimismo lo propio de los Derechos internos de los demás países. En realidad, según una interpretación más estricta, existirían tres bloques: el Derecho Nacional "strictu sensu", el Derecho Internacional en sentido técnico y los demás Derechos internos. La unión entre ellos se produciría en Kelsen por la vía del "reconocimiento".

Dice González Navarro, comentando a Kelsen, que se impone la eliminación del dogma de la soberanía estatal tanto si el sistema jurídico universal se basa en la primacía del Derecho nacional, como si lo hace en la del Derecho Internacional. En el primer caso, la causa sería que sólo cabría otorgar soberanía al Derecho del Estado base, no al de los demás Estados cuyos Derechos son por él absorbidos. En el segundo supuesto, porque, si el Derecho Internacional tiene supremacía, no puede hablarse ya de Estados soberanos.<sup>73</sup>

En cuanto al reconocimiento antes aludido, éste no implica problemas cuando nos referimos a su acepción propia, como reconocimiento por el Derecho nacional del Derecho Internacional, ya a nivel legislativo, incluso constitucional, ya a nivel jurisprudencial. Sin embargo, en un sentido amplio, podría entenderse que se produce también un reconocimiento por el Derecho Internacional del Derecho nacional, pues no otra cosa quiere decir el principio de efectividad. En este último supuesto, y dado el carácter descentralizado del Derecho Internacional, deberíamos de usar como test de membresía la noción de reconocimiento por "la sociedad o la comunidad" o, en una interpretación más estrecha, por un "tribunal". Se trata obviamente de los tribunales internacionales. Pero lo usual, repetimos, es el reconocimiento por parte del Derecho nacional, por los tribunales y órganos nacionales. Aquí Hart distingue entre el reconocimiento "original" y el reconocimiento "derivado". El primero tiene lugar, por ejemplo, cuando un tribunal español aplica una ley española. El segundo ocurre cuando surgen cuestiones de Derecho Internacional Privado. En este supuesto parte del razonamiento del tribunal para reconocer una norma es que ésta sea originalmente reconocida por los tribunales de algún otro país.<sup>74</sup>

Por lo que respecta al otro gran baluarte del positivismo jurídico, H. L. A. Hart, su pensamiento en torno al Derecho Internacional y su validez jurídica respecto a los Derechos internos se opone en gran medida al kelseniano. El planteamiento hartiano puede resumirse en dos afirmaciones: "el Derecho Internacional es Derecho, pero de una naturaleza distinta a la de los Derechos internos". Para el desarrollo de la argumentación al respecto, seguimos a Páramo Argüelles.<sup>75</sup> Según Páramo, existirían para Hart tres principales fuentes de

<sup>73</sup> González Navarro, Francisco: "La 'norma fundamental' que confiere validez a la Constitución española y al resto del ordenamiento español", in *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1, enero-diciembre, 1983, pp. 310-311.

<sup>74</sup> Páramo Argüelles, Juan Ramón de: *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 273-274.

<sup>75</sup> Páramo Argüelles, J. R. de: "H. L. A. Hart...", *op. cit.*, pp. 259 ss. /Del mismo autor también: "Harts 'concept of law' nach dreissig Jahren" in *Rechtstheorie*, 1991, 22, pp. 303-414.

duda acerca del carácter jurídico del Derecho Internacional: 1) El Derecho Internacional carece de sanciones institucionalizadas; 2) Los sujetos del Derecho Internacional son los Estados, incapaces, en cuanto soberanos, de ser destinatarios de obligaciones jurídicas; 3) La estructura del Derecho Internacional sería más prejurídica que jurídica, identificándose con la moral más que con el Derecho.

Hart rechaza las tres objeciones: 1) La primera de ellas podría ser solventada si alguna vez el Derecho Internacional pudiera ser reforzado por un sistema centralizado de sanciones; 2) Para negar la segunda objeción, Hart alude a las teorías voluntaristas, las cuales reconcilian el Derecho Internacional con las obligaciones de los Estados soberanos por la vía de la propia autolimitación estatal. Además, el mismo inconveniente se podría encontrar en el caso de nacimiento de nuevos Estados, anexión o conquista de otros, que quedarían así, sometidos al Derecho Internacional; 3) En tercer lugar, Hart se opone a la identificación del Derecho Internacional con la moral, pues, mientras aquel puede ser modificado por vía legislativa, ésta no puede serlo. Además, el Derecho Internacional puede tener carácter meramente formal y axiológicamente neutro e imponerse sin una base moral, por motivos egoístas, de tradición, etcétera.

Pero, que el Derecho Internacional sea Derecho no quiere decir que lo sea al modo del Derecho interno. Las principales diferencias, a juicio de Hart, serían que frente a éste, en el Derecho Internacional ningún tribunal tiene jurisdicción compulsiva para examinar la licitud o ilicitud de los actos hechos en defensa propia, que ningún Estado puede ser llevado a los tribunales internacionales sin su previo consentimiento, que en el orden internacional se reconoce usualmente validez a los acuerdos obtenidos por la fuerza, y que en dicho orden sólo existen normas jurídicas primarias, sin pretensión de formar una unidad sistemática. Hasta tal punto es esto cierto que Hart, frente a Kelsen, llega incluso a cuestionarse la existencia en el Derecho Internacional de regla básica de reconocimiento. Para él, la aceptación de dicha norma como cuestión de hecho estaría ya implícita en las mismas normas internacionales, como por ejemplo, el "pacta sunt servanda".<sup>76</sup> Esto es posible, porque, frente a la asimilación kelseniana de existencia y validez de las normas, para Hart, aunque toda norma válida es existente, no toda norma existente es válida. El Derecho Internacional sería así, más que una estructura unitaria y jerárquica, una mera unión asistemática de reglas todas ellas primarias. Es la misma idea que late en la distinción entre codificación, como todo armónico, y recopilación, a modo de mera yuxtaposición o suma de normas jurídicas aisladas. Defiende pues Hart, frente al monismo kelseniano, el dualismo jurídico.

Pero no toda la doctrina positivista se engloba dentro de estas coordenadas del "monismo" y el "dualismo" jurídicos. Así Ost y Van de Kerchove, siguiendo a F. Rigaux, consideran la fecundidad de la hipótesis "pluralista". En lugar de la concepción estrictamente jerárquica y lineal de las relaciones entre

---

<sup>76</sup> Cracogna, Dante: "Regla de reconocimiento y norma básica", cit., p. 385.

el Derecho Internacional y los Derechos internos, propugnan una “interacción cruzada”. Irreducibles, tanto a una separación rigurosa, como a una reducción a la unidad, estos autores destacan la frecuencia cada vez mayor con que una regla de Derecho Internacional es directamente aplicable en el orden interno y viceversa. Además cada Estado no se limita a reconocer su propio ordenamiento jurídico, sino que hay “reglas de reconocimiento de todos los demás sistemas jurídicos”.<sup>77</sup>

A modo de conclusión de lo dicho respecto de la relación entre el Derecho Internacional y los Derechos internos, puede afirmarse que de las tres opciones posibles —monismo, dualismo y pluralismo jurídicos—, sólo la primera es compatible con la configuración unitaria de la norma fundamental por nosotros propuesta en este trabajo.

Por JORGE A. RUBIO ZUNIGA

Para hacer un análisis acerca de la viabilidad de recurrir a la inversión extranjera como la virtual salida del país a la crisis económica, tendremos que establecer algunas referencias comparativas en el campo de la economía mundial y seguir el desenvolvimiento que la misma ha observado los últimos cincuenta años.

Años anteriores al estallamiento de la Segunda Guerra Mundial, economistas internacionales trataban de ponerse de acuerdo acerca de las políticas en materia económica que debían de prevalecer en todo el planeta; capaces de asegurar una buena estabilidad en ese campo, pero poca disponibilidad encontraron en los principales países industrializados, lo que vino posteriormente a degenerar en el conflicto bélico más significativo de este siglo. Pero esto no detuvo el ánimo de los economistas; en el año de 1943, tuvo un acontecimiento muy significativo que establecería las bases modernas de la economía mundial. En Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos, se reunieron economistas norteamericanos e ingleses con la finalidad de diseñar un nuevo orden económico internacional.

Este hecho marcó una nueva era, aunque todavía se venían arrastrando los temas de inquietudes que denotaban una barrera para poder llegar a un pronto acuerdo. La fragmentación del mundo industrializado en bloques de distintas modalidades cambiarias, el manejo de la liquidez internacional, la incompatibilidad entre modalidades cambiarias rígidas así como el antagonismo entre diversos objetivos económicos, tales como el proteccionismo y el libre comercio, denotaban serios obstáculos que habrían de superarse.

A pesar de las grandes dificultades, se logró llegar a grandes propuestas que dieron origen al Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Internacional

<sup>77</sup> Rigaux, F.: “Le droit au singulier et au pluriel”, en *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, núm. 9, 1982, p. 51. /Ost, François-Van de Kerchove, Michel: *Jalons pour une théorie critique du Droit*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, página correspondiente a las notas 162 y siguientes.

