

La validez del derecho como deber de obediencia

The Validity of Law as a Duty of Obedience

Raúl A. Martín Armengol*

Abogado, UCV (1981). Profesor de escalafón en la categoría de Asistente.

Dicta las asignaturas Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho en la Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV

Resumen

La expresión “validez” aplicada al derecho, se emplea con distintos significados. Uno de ellos es considerar que “validez” significa deber de obediencia. Así, afirmar que una norma jurídica es válida equivale a afirmar que la misma debe ser obedecida. Esta es la acepción que priva en la teoría pura de Kelsen.

En cuanto a la naturaleza que Kelsen asigna a semejante deber de obediencia, el punto es disputable. Una primera interpretación es que dicho deber es de índole moral, toda vez que predicar que una norma jurídica debe ser obedecida entraña que existe el deber de acatar el deber jurídico prescripto en ella; forzosamente, aquel deber no puede, a su vez, ser jurídico sino moral. Tal es la propuesta del positivismo ideológico o pseudopositivismo, en la que, como algunos pretenden, Kelsen estaría enrolado. Una segunda interpretación sostiene que el deber en cuestión tiene carácter jurídico, pues Kelsen asume el punto de vista del sistema jurídico, por lo que mal puede postular una obligatoriedad que no sea jurídica. El deber de obediencia se identifica con

Abstract

The term “validity” as applied to law has different meanings. One of them is to consider that “validity” means a duty of obedience. Then, stating that a legal norm is valid entails that it shall be respected. This is the meaning in Kelsen’s pure theory.

The importance that Kelsen attaches to such duty of obedience is debatable. A first interpretation is that said duty is moral, since arguing that a legal norm must be respected implies the duty to comply with the legal duty therein set forth. By force, said duty may not be legal, but moral. Such is the claim by ideological positivism or pseudo-positivism embraced by Kelsen, as some state. A second interpretation is that the duty in question is of legal nature because Kelsen assumes the view of the legal system, and he may not, then, postulate any other obligation, but a legal one. The duty of obedience is associated with the legal duty as stipulated by the respective norm. Finally, in my opinion, said obligatory nature stems from the fundamental norm, which, according to Kelsen, is a presupposed norm. Consequently, the validity that it gives to the legal system may only

* **Correo electrónico:** martinarmengol@gmail.com

Recibido: 10-06-2013

Aprobado: 05-12-2013

el deber jurídico que estipula la norma respectiva. Finalmente, nuestra opinión es que la obligatoriedad en referencia es meramente hipotética, dado que la validez del ordenamiento jurídico dimana de la norma fundamental, la cual, según Kelsen, es una norma presupuesta; en consecuencia, la validez que ella imprime al sistema jurídico no puede ser sino hipotética. En Kelsen, la validez del derecho como deber de obediencia no constituye una proposición categórica, sin una preposición hipotética. Con todo, no deja de ser una proposición normativa, lo cual no parece conciliable con el enfoque descriptivo del positivismo jurídico profesado por Kelsen, ni con su postulado de pureza metódica.

be hypothetical. For Kelsen, the validity of law as a duty of obedience is not a categorical proposition without a hypothetical preposition. With all of this, it remains a normative account, which does not seem to match either the descriptive approach of legal positivism as claimed by Kelsen or with his postulate of methodical purity.

Palabras clave:

Validez, deber, obediencia, derecho, moral, positivismo, norma fundamental, hipótesis

Key words

Validity; duty; obedience; law; moral; positivism; fundamental norm; hypothesis

INTRODUCCIÓN

La expresión “validez”, empleada en el campo jurídico, es sumamente ambigua. Así lo destaca Nino (1985, pp. 132-133), quien puntualiza algunos significados con que se usa tal expresión:

a) Un uso muy extendido es el de considerar la validez de una norma o sistema jurídico como equivalente a su existencia. De modo tal que los criterios para determinar la validez son los mismos que los que definen la existencia de las normas jurídicas y dichos criterios varían de acuerdo con las distintas concepciones del derecho.

b) También se identifica la validez de una norma o de un sistema jurídico con su fuerza obligatoria. En este contexto, predicar la validez de una norma jurídica significa que ella debe ser obedecida.

c) Es posible, de igual modo, decir que una norma jurídica es válida cuando hay otra norma jurídica que declara que su aplicación u observancia es obligatoria.

d) Otro uso es el de reputar como válida una norma jurídica cuando su producción está autorizada por otras normas jurídicas.

e) Asimismo puede afirmarse que una norma jurídica es válida cuando la misma pertenece a determinado sistema jurídico.

f) Finalmente, con la aseveración de que una norma o un sistema jurídico son válidos puede querer significarse que la norma o sistema en cuestión son eficaces, vale decir, que generalmente son aplicados y observados.

Tales acepciones no son excluyentes ni independientes entre sí. Por el contrario, aparecen como interdependientes, pudiendo condicionarse unas con otras.

Ahora bien, siguiendo a Nino (pp. 134-135), a partir de dichos significados pueden construirse distintos conceptos de validez. La diferencia entre ellos será cualitativamente relevante según incluyan o no el significado contenido en b), a saber, validez como sinónimo de fuerza obligatoria o deber de obediencia. Ello, por cuanto mientras los restantes significados son puramente descriptivos, el señalado en segundo término es de carácter normativo. Es decir, aquellos son verificables fácticamente, en tanto este último no lo es.

Proponer un concepto de validez que incluya la idea de deber de obediencia o fuerza obligatoria de las normas jurídicas, comportaría en principio asumir una definición no genuinamente positivista del derecho, toda vez que de acuerdo con esta concepción el derecho se define atendiendo a propiedades solamente descriptivas.

Pues bien, nuestro objetivo es hacer algunas reflexiones sobre la noción de validez de Kelsen. Como es sabido, Kelsen ha sido considerado un exponente paradigmático del positivismo jurídico. En su extensa obra, el tema de la validez desempeña un papel muy importante dentro de la propuesta de ciencia jurídica del maestro de Viena.

Si bien Nino (pp. 135ss.) señala que existen dos interpretaciones en torno a la noción kelseniana de validez, planteando una de ellas que se trata de una noción puramente descriptiva, en tanto que la otra atribuye a Kelsen un concepto normativo de validez, no abordaremos tal disputa.

Sin perjuicio de reconocer que en la obra de dicho autor puede rastrearse una noción de validez referida a la pertenencia de una norma a cierto sistema jurídico (Bulygin, 1991, p. 511), consideramos que el concepto central de validez de Kelsen

es de carácter normativo, vale decir, que el mismo se asienta en la idea de deber de obediencia o fuerza obligatoria de las normas jurídicas y del derecho en general.

Asumida esta posición, la cuestión a examinar es si siendo la obligatoriedad el foco principal de la noción de validez de Kelsen, tal obligatoriedad tiene carácter moral o jurídico. En otras palabras, si este autor incorpora un ingrediente valorativo a su concepto de validez o mantiene separados validez y valor, fiel a su postulado de pureza metódica como hilo conductor de su obra. Además, se analizará en qué “clave” o bajo qué perspectiva el mencionado autor plantea su noción de validez.

Dicha indagación podrá arrojar luz sobre la consistencia de Kelsen en dos aspectos: su adhesión al positivismo jurídico y su anotada pureza metódica.

Así las cosas, nuestro programa de trabajo será el siguiente:

- Hacer algunas consideraciones generales sobre la noción de validez de Kelsen.
- Consideración de la validez como obligatoriedad moral.
- Consideración de la validez como obligatoriedad jurídica.
- Finalmente, exposición de nuestra posición acerca del tema.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NOCIÓN DE VALIDEZ DE KELSEN

Estableciendo un símil entre la validez jurídica y la vida humana, Kelsen señala que “La eficacia es condición de la validez jurídica en el sentido de que la eficacia debe añadirse a la creación para que tanto el ordenamiento jurídico como un todo, como también una norma individual, no pierdan su validez. Un hombre debe nacer para vivir; para seguir viviendo deben llenarse otras condiciones, por ejemplo, recibir alimentos. Sin estas condiciones el hombre pierde la vida. Pero la vida no se identifica con el nacimiento ni con la alimentación” (Kelsen, 1969, p. 24).

De dicho texto puede inferirse que la vida para el hombre y la validez para el derecho son sus respectivas formas de existencia, sin que esta se identifique

con hechos, aun cuando se encuentre condicionada por ellos. Tenemos, pues, que la validez de una norma o de un sistema jurídico equivale a su existencia, mas esta existencia (validez) no es fáctica, es decir, que no se da en el mundo de la experiencia.

¿Qué significa, entonces, que una norma jurídica es válida o existente? Varios pasajes de la obra de Kelsen trazan pistas claras sobre la respuesta. Citaremos algunos de ellos. “Por “validez” entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o –lo que es lo mismo– a reconocer que tiene “fuerza obligatoria” frente a aquellos cuya conducta regula” (p. 35). “Validez del derecho significa que las normas jurídicas son obligatorias, que los hombres deben conducirse como estas lo prescriben, y que deben obedecer y aplicar las mismas normas” (p. 46). “Que una norma que se refiere a la conducta de un hombre valga significa que obliga que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma. Ya en un contexto anterior se expresó que la validez de la norma –es decir, la pregunta por qué un hombre debe comportarse así– no puede ser contestada mediante la verificación de un hecho empírico, ya que el fundamento de validez de una norma no puede ser semejante hecho” (Kelsen, 1995, p. 201).

En dichos pasajes se advierte claramente que para Kelsen la validez jurídica significa deber de obediencia; afirmar que una norma es válida equivale a decir que la misma es de cumplimiento obligatorio. En ello consiste la existencia específica de las normas jurídicas. En la teoría pura, la existencia de una norma jurídica no comporta un juicio de hecho, sino que tiene una connotación prescriptiva. Una norma jurídica, apunta Kelsen, es el sentido objetivo de un acto de voluntad. El acto de voluntad mediante el cual se crea una norma jurídica es un deber ser subjetivo; la norma jurídica, en cuanto sentido de ese acto, es un deber ser objetivo. “Así, al ser lo debido” el sentido objetivo del acto se expresa que la conducta hacia la cual el acto se orienta intencionalmente es considerada como debida no solo desde el punto de vista del individuo que cumple el acto, sino también desde el punto de vista de un tercero no participante; y ello incluso cuando la voluntad, cuyo sentido subjetivo es el deber, haya cesado fácticamente de existir, en cuanto con la voluntad no desaparece el sentido, lo debido. El deber “vale” aun cuando haya cesado el querer; más vale, inclusive, cuando el individuo, cuyo comportamiento según el sentido subjetivo del acto de voluntad es debido, nada sepa de tal acto y de su sentido; vale cuando ese individuo es considerado como obligado o facultado

para actuar como se debe. Entonces, ese deber, como un deber “objetivo”, es una “norma válida”, que obliga a quien está dirigida (pp. 21-22).

Que la norma jurídica sea un deber ser objetivo significa que posee validez objetiva. Ahora, ¿cuál es la fuente de validez de las normas jurídicas? Según fue dicho, una norma jurídica no puede obtener su validez de un hecho, so pena de incurrir en la falacia naturalista, a saber, derivar un deber ser de un ser, y viceversa. Es claro, entonces, que la fuente de validez de toda norma jurídica es otra u otras normas jurídicas que, gráficamente, se encuentran en una grada superior del sistema jurídico.

Tales normas determinan el órgano y el procedimiento de creación de aquella y, en medida variable, su contenido. A su vez, las normas en cuestión obtienen su validez de otras normas de mayor nivel jerárquico, aun y así sucesivamente, hasta llegar al peldaño más alto de la estructura jerárquica: la Constitución. Podría prolongarse la cadena de derivación, señalando que la Constitución actual deriva su validez de una Constitución anterior y esta de una más antigua todavía, pero llegaríamos a la primera Constitución, es decir, a la primera manifestación de derecho positivo que, como tal, no podrá extraer su validez de una norma positiva o puesta.

Como es sabido, Kelsen cierra el sistema postulando una norma fundamental presupuesta, de la cual obtiene su validez la primera Constitución. Según la concepción kelseniana clásica, tal norma fundamental no es querida, sino pensada; sin su concurso no podría interpretarse un conjunto de hechos, como constitutivo de un sistema jurídico. Todo jurista, según Kelsen, de algún modo “tiene en mente” la norma fundamental cuando atribuye carácter normativo a los materiales con los que trabaja.

Sólo cuando se presupone una norma fundante básica referida a una constitución determinada, es decir, sólo cuando se presupone que uno debe comportarse conforme con esa constitución bien determinada, puede interpretarse el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y los actos realizados conforme a la constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas objetivamente válidas, y las relaciones constituidas mediante esas normas, como relaciones jurídicas... Cuál sea el contenido de esa constitución y la del orden jurídico estatal erigido con su fundamento; que ese orden sea justo o injusto, es cuestión que aquí no se suscita; tampoco el de saber si ese orden efectivamente garantiza, dentro de la comunidad por él constituida, un estado relativo de paz. Con la presuposición

de la norma fundante básica no se afirma ningún valor trascendente al derecho positivo...En tanto sólo mediante la presuposición de la norma fundante básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir interpretarlos como normas objetivamente válidas, puede designarse a la norma fundante básica, tal como es representada por la ciencia del derecho; y si cabe recurrir *per analogiam* a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-trascendental de esa interpretación. Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿Cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, el sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnosológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la fundante básica: uno debe comportarse como la constitución lo prescribe... (Kelsen, pp. 209-210).

Partiendo de la base de que la norma fundamental es válida, resulta válido el orden jurídico a ella subordinado. Dicha norma es una hipótesis; no es puesta sino supuesta (Kelsen, 1981, pp. 138-139).

Todas las proposiciones por las cuales la ciencia jurídica describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas” (p. 139).

En virtud del carácter hipotético de la norma fundamental “...la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa” (p. 140).

Kelsen asigna diversos contenidos a la norma fundamental. Como vimos, uno de ellos postula que “uno debe comportarse como la Constitución lo prescribe”. Y, desde ya, dicho deber se extiende a las normas inmediata o mediatamente dictadas conforme a la Constitución. Pero desde el punto de vista científico o teórico (que es la óptica asumida por Kelsen), tal validez o deber de obediencia está impregnado por el carácter hipotético o condicional de la norma básica que se erige en fundamento último de validez del sistema en su conjunto.

Ahora bien, ¿en qué consiste el deber de obediencia? ¿Cuál es la naturaleza de dicho deber?

LA VALIDEZ COMO OBLIGATORIEDAD MORAL

El (el juez Cayo) nos dice que las normas de un sistema jurídico son válidas o tienen fuerza obligatoria en el tiempo y lugar en que ellas rigen... Si (con ello) se pretende sostener que hay una obligación de obedecer las normas jurídicas... corresponde preguntarse de donde surge esa obligación. No se puede contestar que surge de otra norma jurídica, puesto que si así fuera tendríamos que preguntarnos si estamos obligados a obedecer esa otra norma jurídica; en algún momento se agotarán las normas jurídicas que estipulan la obligación de obedecer a otras normas jurídicas. La única respuesta posible es que la obligación de obedecer las normas jurídicas surge de otro tipo de norma, de normas que son consideradas “intrínsecamente obligatorias”. Ahora bien, las únicas normas de las que se puede predicar que son intrínsecamente obligatorias son las normas de una moral crítica o ideal (Nino, 1983, p. 25).

El texto citado forma parte de la recreación que Nino hace de los juicios de Nuremberg. El mismo ilustra la posición de un juez imaginario que se adhiere a lo que dicho autor denomina positivismo conceptual o metodológico, para el cual el derecho, y específicamente su validez, se define con arreglo a propiedades fácticas y no valorativas, en contraste con el llamado positivismo ideológico que, a las propiedades fácticas, agrega una propiedad normativa: el deber de obediencia.

Según Bobbio, el positivismo ideológico se caracteriza por sustentar los siguientes postulados:

1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es justo, o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales... (Bobbio, 1965, p. 47).

Mientras el positivismo conceptual excluye de su definición del derecho y de su concepto de validez jurídica, la nota de deber de obediencia, distinguiendo entre

validez y justicia, el positivismo ideológico centra su noción de validez en el deber de obediencia, asimilando la justicia a la validez del derecho positivo.

El positivismo ideológico es una manifestación espuria de positivismo, toda vez que al postular el deber de obediencia al orden positivo en vigor, se asimila metodológicamente al iusnaturalismo. Esta corriente propugna una definición del derecho con base en propiedades valorativas, en la que validez equivale a valor. En ese orden de ideas, plantea que un ordenamiento positivo es jurídicamente válido en la medida en que se corresponda con un conjunto de principios intrínsecamente justos, inherentes a la naturaleza y, por ello, eternos e inmutables. Es justo el sistema de normas que desarrolla tales principios y en su justicia estriba su juridicidad; por lo tanto, es válido (en el sentido de valioso), es decir, que debe ser obedecido. Diversamente, un sistema de normas positivas que ignore dichos principios no es un sistema jurídico y, en consecuencia, no debe ser obedecido. La validez como equivalente a deber de obediencia es así consistente en el enfoque iusnaturalista, mas no en un enfoque que se pretenda positivista, ya que con el postulado del deber de obediencia se introduce un ingrediente valorativo o moral ajeno a la metodología axiológicamente neutra del positivismo, tendiendo un manto de legitimidad a cualquier régimen, independientemente de sus méritos o deméritos éticos.

Ahora bien, proponer el deber de obediencia a todo ordenamiento normativo eficaz es, desde cierta perspectiva, laudable en cuanto con ello se procura el orden, la paz, etc., pero, como señala el juez imaginario de Nino, siendo el deber de obedecer las normas jurídicas un principio moral, no se ve la razón por la cual ha de ser el único principio moral que debe tener en cuenta los jueces a la hora de decidir, como lo pretende el positivismo ideológico; hay otros principios morales que “compiten” ventajosamente con aquel, como los que consagran el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, etc. Las violaciones masivas y grotescas de estos derechos, como ocurrió bajo el régimen nazi, repudian el que las referidas violaciones puedan ser justificadas con el principio, también moral, de que las atrocidades en cuestión tuvieron fundamento en las normas jurídicas del régimen nazi (Nino, 1983, pp. 26-27). Este régimen sí constituyó un ordenamiento jurídico, según el positivismo conceptual, pero, conforme al mismo enfoque, por su grosera inmoralidad, fue indigno que se plantease a su respecto el deber de obediencia.

Pues bien, en el punto anterior hemos visto que Kelsen afirma que la validez de las normas jurídicas y del derecho en general es su forma de existencia específica y que esta especificidad radica en que las normas jurídicas tienen fuerza

obligatoria, esto es, que deben ser obedecidas. Kelsen identifica validez con deber de obediencia.

¿Es que Kelsen propugna un deber moral de obedecer y aplicar las normas jurídicas cualquiera sea el mérito axiológico de ellas? ¿Es Kelsen un exponente del positivismo ideológico?

Ross responde afirmativamente a ambas preguntas. Este autor prefiere denominar al positivismo ideológico “cuasipositivismo”, pues enfatiza el hecho de que la noción de validez que priva en él es una rémora del iusnaturalismo. Dice Ross lo siguiente:

La validez en sentido normativo no cumple ninguna función en la descripción y explicación de la realidad. Su función consiste en reforzar el orden jurídico al proclamar que las obligaciones jurídicas de ese orden no son meras obligaciones jurídicas, respaldadas por sanciones, sino también deberes morales. La noción normativa de validez es el instrumento de una ideología sostenedora de la autoridad del Estado. Cuando es usada por un cuasipositivista, este sostén es incondicional; cuando es usada por un iusnaturalista, está condicionado por alguna armonía con los standars presupuestos del derecho natural...A este respecto, la teoría pura del derecho de Kelsen es una continuación del pensamiento cuasipositivista. Kelsen jamás ha superado la idea de que un sistema jurídico establecido como tal posee validez en el sentido normativo de la palabra. Según Kelsen, la existencia de una norma es su “validez”; y que una norma posee validez significa “que los individuos deben comportarse como la norma lo estipula”. Pero la norma en sí misma, de acuerdo con su contenido inmediato, expresa lo que los individuos deben hacer. ¿Qué significa decir, entonces, que los individuos deben hacer lo que deben hacer?...Hemos visto que la idea de un deber de obedecer el derecho (de cumplir las obligaciones jurídicas) solo tiene sentido si suponemos que el deber aludido es un verdadero deber moral que corresponde a la fuerza obligatoria inherente al derecho (Ross, 1993, pp. 27-28).

Si hay algo de cierto en la creencia de que el “positivismo” preparó el camino para el régimen de Hitler tiene que ser este tipo de “positivismo” (cuasipositivismo) —esta escuela de derecho natural— y no el positivismo verdadero... (p. 25).

En ese orden de ideas, cabe destacar que la obligación del deudor, por ejemplo, está referida a una conducta (prestación) concreta, a saber: pagar a su acreedor la suma de dinero por él debida so pena de ser objeto de una sanción. En cambio, el

deber de obedecer las normas jurídicas (para Kelsen las normas jurídicas genuinas son las que establecen obligaciones) no tiene como contenido una conducta específica, sino que comprende en su seno todas las conductas calificadas como obligatorias por el ordenamiento jurídico. Que una conducta sea el contenido de una obligación jurídica significa que la conducta opuesta es condición de una sanción. El deber de obediencia no tiene como contrapartida una sanción específica en caso de incumplimiento, es decir, en caso que no sean obedecidas las normas que componen el sistema jurídico. La hipótesis de desobediencia generalizada con respecto al ordenamiento jurídico, da lugar a su derrumbe y su sustitución por otro sistema jurídico. De acuerdo con esta óptica, entonces, el deber de obediencia se mueve en los predios de la moral y la ideología.

De igual modo, Fariñas pareciera interpretar que la noción kelseniana de validez se centra en la fuerza obligatoria moral de las normas jurídicas:

Kelsen, pues, intenta demostrar que la validez de una norma no se identifica con el acto de su creación y que, por tanto, el concepto de validez por él defendido no es un concepto empírico o fáctico. Por el contrario, para Kelsen la validez es un concepto deóntico o normativo, mientras que el acto de instauración normativa es un hecho real, con el cual tan sólo se describe la positividad de la norma, ya que ésta necesita ser “puesta” por un acto de voluntad, como condición para tener “validez”. Se podrá decir –utilizando palabras de Vernengo– que la “validez tiene fecha –comienza en un momento histórico y concluye en otro– pero no se confunde con ningún hecho real ocurrido en ese lapso...”. La validez, para Kelsen, significa que la norma debe ser obedecida o acatada, es decir, que hay que comportarse de la manera que la norma prescribe (Fariñas, 1991, pp. 53-54).

En principio, también Nino participaría de la aludida interpretación en torno a la noción de validez de Kelsen, al sostener que “Para Kelsen, decir que un sistema jurídico o una norma jurídica son válidos (o sea, que son precisamente un sistema jurídico o una norma jurídica) implica decir que ellos están justificados o son obligatorios” (Nino, 1985, p. 24). Es decir que, según Nino, para Kelsen validez de una norma jurídica significa justificabilidad de la misma. Claro está que la justificabilidad es una idea que se mueve en el plano moral y, por tanto, la obligatoriedad respectiva tiene carácter moral. No obstante, veremos más adelante que la posición de Nino acerca del concepto kelseniano de validez es más compleja.

Ahora bien, hemos visto que, en efecto, Kelsen identifica validez con fuerza obligatoria o deber de obediencia, pero nunca afirmó que dicha obligatoriedad

tuviese carácter moral. Vale la pena, entonces, explorar la tesis según la cual la obligatoriedad a que se refiere el autor de la teoría pura es de carácter jurídico.

LA VALIDEZ COMO OBLIGATORIEDAD JURÍDICA

Bobbio, con motivo de su análisis del positivismo como ideología, enfatiza que la teoría de Kelsen "...no contiene la afirmación de que la obligación de obedecer a las leyes del Estado sea una obligación moral" (Bobbio, 1965, p. 49). En otra obra, el citado autor expresa lo siguiente:

Kelsen ha distinguido hasta la saciedad el problema del valor del Derecho del de la validez, es decir, el problema de si una norma es justa (por ej.: si es o no conforme al Derecho natural para quienes piensan que el Derecho natural es el Derecho absolutamente justo), del problema de si existe (es decir, si es válida); y ha dicho que no es tarea de la ciencia del Derecho, si quiere ser ciencia como cualquier otra ciencia, esto es, indiferente a los valores, ocuparse de la mayor o menor justicia de las normas de un ordenamiento jurídico, sino de su existencia o inexistencia...Se podría sacar un argumento si se pudiese demostrar que de la posición metodológica de la teoría pura del Derecho, según la cual el jurista tiene la función de ocuparse del Derecho efectivamente válido y no del Derecho justo, derivase como lógicamente necesaria la regla de "que las leyes, en cuanto tales, deben ser obedecidas": pero esta posición no es de ningún modo deducible, ni Kelsen, que yo sepa, la ha deducido nunca por su parte. En efecto, una cosa es afirmar que el jurista que quiera hacer ciencia y no labor de apologética, de política o de filosofía moral, debe estudiar las leyes en su facticidad independientemente de su correspondencia con tal o cual ideal de justicia, y otra cosa es afirmar que el individuo debe obedecer las leyes en cuanto tales. La primera es una proposición de orden lógico-metodológico que caracteriza la actitud del científico del Derecho distinguiéndola de la del filósofo o del orador, la segunda es una proposición de orden ético o político que se refiere al comportamiento del individuo respecto a las leyes de su país (Bobbio, 1980, pp. 122, 125).

En ese sentido, interesa subrayar que Kelsen se propuso, desde el inicio de su obra, depurar el derecho en cuanto objeto de conocimiento científico, de dos tipos de elementos: elementos fácticos, es decir, elementos del mundo de los hechos, a cuyo efecto distingue entre el ser y el deber ser; elementos valorativos de carácter moral o ideológico, para lo cual distingue el deber ser axiológico del deber ser lógico. De modo tal que, conforme se desprende del texto de Bobbio, es extraño a la metodología de Kelsen incorporar un ingrediente axiológico a su

teoría, como lo es el deber moral de obediencia hacia el ordenamiento jurídico, pues ello no se compagina con la marginación de los valores del campo jurídico, en tanto objeto de estudio.

Criticando la interpretación de Ross en torno a la noción kelseniana de validez, García Amado plantea que

La obligación jurídica de que habla Kelsen, y que surge siempre que una norma es válida y existe un destinatario de la misma, es la que describen los juristas que explican el Derecho, la que dimana de la norma como deber impuesto por ésta de hacer o no hacer algo; no es una obligación de ningún otro tipo. Por tanto, cuando Kelsen habla de obligatoriedad del derecho se refiere a la perspectiva que desde el propio Derecho se tiene sobre determinadas conductas afectadas por la norma, de la conducta del sujeto vista bajo el prisma de la norma jurídica, no desde parámetros morales, políticos, etc.... nada más lejos del propósito de Kelsen cuando habla de obligación, que fundamentar un deber “hacia el sistema” y menos un deber moral. El se refiere al deber desde el sistema o bajo la óptica del sistema (García Amado, 1996, p. 179).

Conforme a esta línea de ideas, Kelsen asume el punto de vista del sistema jurídico y no el de los individuos destinatarios de las normas jurídicas. Adoptando esa perspectiva, la validez de una norma jurídica se resuelve en el deber jurídico que ella proyecta sobre los sujetos. Las convicciones de estos en cuanto a las normas jurídicas, sus deliberaciones éticas, su actitud hacia el sistema jurídico, escapan al lente cognoscitivo kelseniano. Kelsen se mantiene dentro de los linderos del sistema jurídico, haciendo un estudio estructural del derecho, a cuyo fin analiza las distintas categorías o conceptos jurídicos (entre ellos, el de validez); de manera que, ubicado en el terreno jurídico, mal puede postular un deber moral en relación con el cumplimiento del derecho, por la misma razón que quien ubicado en el marco del sistema moral no podría predicar un deber jurídico de obedecer las normas morales.

Afirma Kelsen que la “...la existencia de un deber jurídico no es sino la validez de una norma de Derecho que hace depender una sanción de la conducta contraria a aquella que forma el deber jurídico” (Kelsen, 1958, p. 69). Esta afirmación del autor de la teoría pura pareciera certificar que para él los conceptos de validez y deber jurídico se identifican. En otras palabras, que cuando dicho autor sostiene que la validez del derecho es su obligatoriedad, con esta última expresión no está mencionando nada distinto a la obligación jurídica establecida en la norma, es decir, a la conducta cuya contraria es la condición de una sanción.

Por otra parte, el relativismo de Kelsen, así como el carácter rigurosamente científico de su obra, no se compadecerían con la doctrina (que se le imputa) del deber moral de obediencia hacia el derecho.

El relativismo de Kelsen no encaja en modo alguno con la interpretación que de su doctrina se hace muy a menudo, como propugnadora de la obediencia de los sujetos a las normas del Derecho positivo...Kelsen no se pregunta por el fundamento de un deber subjetivo de obediencia, pues en su filosofía relativista no cabe un fundamento objetivo para ese deber subjetivo, moral, sino por el fundamento de una obligación objetiva de cumplir las normas jurídicas: objetiva desde el punto de vista del ordenamiento jurídico y objetividad esta que se funda en la cadena de validez formal que tiene su eslabón más alto en la norma fundamental presupuesta.. Las normas crean esta obligación objetiva o jurídica porque son válidas y valen porque son creadas con arreglo a la norma superior, hasta llegar a la norma fundamental, cuyo carácter hipotético o ficticio hace que esa validez sea sólo relativa a la aceptación de ese supuesto último y fácticamente condicionada por la eficacia (García Amado, 1996, pp. 178, 179, 182).

El relativismo de Kelsen tiene dos manifestaciones. En primer lugar, afirma la imposibilidad de fundamentar racionalmente los juicios de valor, por lo cual no cabría en su pensamiento la propuesta de fundamentar un deber moral de obediencia hacia las normas jurídicas, habida cuenta de la naturaleza valorativa de semejante deber. En segundo lugar, asentado que la validez u obligatoriedad del derecho tiene carácter intrasistemático, en cuanto se identifica con la noción de obligación jurídica misma, la objetividad de tal validez se remonta, en última instancia, a la norma fundamental, supuesto (es decir hipotético, no categórico) este que solo constituye una explicación posible (no necesaria) de la realidad jurídica y que, como tal, puede ser aceptado o no.

Por otra parte, en la medida en que Kelsen se propone un estudio científico del derecho, esto es, su conocimiento mediante proposiciones descriptivas, no hay cabida para el proselitismo: pregonar que la gente debe obedecer las normas jurídicas. Esta no es una tarea científica, sino eminentemente política... “Una doctrina que propugne que los hombres deben obedecer las normas legales ejerce una función política, no científica, por lo que no puede la teoría pura dar ese paso” (p. 185, citando a Kelsen).

NUESTRA POSICIÓN: LA VALIDEZ COMO OBLIGATORIEDAD HIPOTÉTICA

Según Bulygin, “La concepción de existencia (validez) como obligatoriedad está relacionada con la idea de Kelsen de que las normas son entidades ideales que pertenecen al mundo del deber” (1991, p. 511). Dicho autor sostiene que esta noción normativa de validez de Kelsen es producto de la influencia del pensamiento kantiano en la obra del maestro de Viena, influencia esta que fue particularmente notoria en sus primeros escritos. En ese sentido, apunta Bulygin que:

...se hallan en el pensamiento kelseniano dos grupos de ideas que provienen de dos corrientes filosóficas muy diferentes y que son no sólo difíciles de reconciliar, sino a veces francamente incompatibles. Tanto la filosofía kantiana, como la corriente positivista están presentes en la Teoría Pura y el origen de algunas de las tesis más importantes de Kelsen puede encontrarse en estas dos tradiciones filosóficas fuertemente opuestas (1991, p. 500).

Dentro de los tres períodos en los que puede dividirse la obra de Kelsen, en el primero de ellos los elementos kantianos y los positivistas coexisten más o menos pacíficamente, en el segundo hay una transición, en tanto que en el tercero adquiere predominio la influencia positivista (pp. 500-501).

Ahora bien, a nuestro juicio, Kelsen siempre mantuvo, con mayor o menor énfasis, un concepto normativo de validez, vale decir, la consideración de la validez como fuerza obligatoria. Esto se refleja en sus principales obras: la primera versión de la *Teoría pura del derecho* (1934), *La teoría general del derecho y del Estado*, la segunda versión de la *Teoría pura del derecho* (1960) y la *Teoría general de las normas*, publicada después de la muerte de Kelsen.

La controversia (precedentemente examinada) acerca de si la obligatoriedad en que consiste la validez jurídica tiene carácter moral o jurídico, debe ser ubicada en su contexto, esto es, debe ser conectada con los puntos de partida de los desarrollos de Kelsen en torno a la validez. Como bien señala Bobbio, según ya vimos, Kelsen nunca afirmó que exista una obligación moral de obedecer las normas jurídicas; de igual modo se expide Nino: “Kelsen no afirma que existe una obligación moral de obedecer o aplicar toda norma jurídica” (Nino, 1983, p. 35). Tampoco el autor de la teoría pura afirma que exista un deber jurídico de obedecer las normas jurídicas; tan solo se limita a señalar que las normas establecen obligaciones jurídicas. En suma, Kelsen no prescribe ninguna conducta a seguir

frente al ordenamiento jurídico, toda vez que ello escapa al ámbito de su quehacer científico.

Lo expuesto no impide determinar si el deber de obediencia imbricado en la noción kelseniana de validez es de naturaleza moral o jurídica. Al respecto, hay que distinguir entre el deber jurídico estipulado en la norma jurídica y el deber de obedecer dicha norma jurídica; la validez se refiere a este último deber, por lo que mal puede identificarse la validez o deber de obediencia con el deber jurídico establecido en la norma jurídica. Como bien señala Ross, conforme ya señalamos, el deber de obedecer las normas jurídicas no es otra cosa que el deber de obedecer los deberes jurídicos contemplados en tales normas, por lo cual el deber en cuestión no puede a su vez ser jurídico, sino moral. Además, si, como sostiene Kelsen, es jurídicamente obligatoria aquella conducta cuyo incumplimiento se encuentra enlazado a una sanción, la obligación de obedecer las normas jurídicas no es de carácter jurídico, puesto que su incumplimiento no es sancionable. Mas, reiteramos que con esto no cabe concluir que Kelsen prescriba el deber moral de obedecer todo ordenamiento jurídico, cualquiera sea la catadura ética del mismo.

Veamos, ahora sí, las cosas con más detenimiento a fin de terminar de decantar nuestra posición sobre el tema en examen.

Sostiene [Kelsen] que las normas jurídicas existen en tanto y en cuanto son válidas o tienen fuerza obligatoria; las normas se dan, no en el mundo de los hechos, de lo que “es”, sino de lo que “debe ser” (aunque sean necesarios ciertos hechos, como el que sean dictadas y aplicadas, para que existan). En esto Kelsen coincide con el iusnaturalismo, pero como este autor pretende fundar una ciencia valorativamente neutra, rechaza la pretensión iusnaturalista de que la validez o fuerza obligatoria de las normas deriva de su concordancia con principios morales o de justicia. Para Kelsen, tal validez deriva, en cambio, de una norma no positiva, su famosa norma básica, que dice que lo que un orden coactivo eficaz dispone “debe ser”. Esta no es para Kelsen una norma moral; ella es un mero presupuesto epistemológico, una suerte de hipótesis de trabajo, de la ciencia jurídica. Este presupuesto epistemológico permite a los juristas acceder, sin asumir un compromiso moral o ideológico, a la verdadera realidad jurídica que, como hemos dicho, está compuesta, para Kelsen no por hechos, sino por entidades –las normas jurídicas– que pertenecen al mundo del “debe ser”. Si un estudioso del derecho no presupone que lo que dispone una orden de quien ejerce el poder debe ser observada, no estará en condiciones de describir esa orden como una norma jurídica. Describiría

un mero hecho, tal como lo hacen, por ejemplo, los sociólogos...Pero en ningún momento –dice Kelsen– los jueces tienen que aceptar en sus decisiones la norma básica que dice que debe observarse lo que dispone un sistema coactivo eficaz. El solo habla de la aceptación hipotética de la norma básica por parte de los juristas teóricos, para describir –no para aplicar– el derecho. Kelsen no niega que los jueces pueden dejar de aplicar en sus decisiones normas jurídicas por razones morales. Esto permite sostener que, a pesar de las apariencias, tampoco Kelsen es un positivista ideológico (p. 35).

Sobre la base del presupuesto de la norma fundamental, entonces, se ilumina el carácter normativo del derecho. Ahora bien, un estudioso del derecho no puede predicar que su objeto de conocimiento son normas, soslayando que el sentido mismo de estas es prescriptivo, esto es, que exigen obediencia. Mas el conocimiento del derecho, en cuanto orden normativo, no implica que hay que asumir categóricamente la obligatoriedad de las normas, sino que cabe penetrar teóricamente en el mundo del derecho, presuponiendo tan solo por vía de hipótesis su fuerza obligatoria. Siendo la hipótesis de la norma fundamental el fundamento de validez de las normas jurídicas, transmite a la validez de estas ese carácter hipotético. El jurista acepta la norma fundamental como hipótesis y con ello puede conocer el derecho sin asumir un compromiso axiológico acerca de la genuina fuerza obligatoria del sistema en cuestión. Así, un jurista democrático puede dar cuenta de un régimen totalitario como un ordenamiento jurídico válido sin, por ello, ser incongruente con sus convicciones democráticas. De igual modo, a un estudioso del derecho con ideas anarquistas, pese a su rechazo a toda forma de organización jurídica, le es permitido, adoptando la hipótesis de la fuerza obligatoria del derecho, acceder al conocimiento de este y, al mismo tiempo, seguir repudiando su existencia.

La ciencia jurídica no necesita comprometerse con la posición moral de que el sistema jurídico que ella describe es efectivamente válido o justificado, pero ella tiene, al menos, que trabajar según el presupuesto de esa validez (fuerza obligatoria) o justificación para poder presentar el derecho como un fenómeno normativo y no sólo como una secuencia de hechos (Nino, 1985, p. 24, interpretando a Kelsen).

Raz formula un ejemplo para ilustrar el significado de la tesis de Kelsen en torno a la validez jurídica:

Supongamos el caso de un creyente en la fe judía que, ante un punto oscuro de las reglas religiosas hebreas acerca de cómo se debe actuar en un caso particular,

consulta a un amigo cristiano que es experto en la ley talmúdica. La respuesta del amigo no consiste en un enunciado *descriptivo* acerca de lo que dice la ley talmúdica –puesto que la ley talmúdica no trata la cuestión claramente–, tampoco es una prescripción lisa y llana acerca de cómo debe actuar el que profesa la religión judía, puesto que el experto no la profesa y, por lo tanto, mal puede prescribir un comportamiento que él no considera, en última instancia, correcto. Lo que hace el amigo cristiano es, según Raz, emitir un enunciado que presupone *la adopción hipotética de cierto “punto de vista”* (en este caso de la religión judía). Los juristas harían lo mismo cuando formulan enunciados jurídicos; *adoptarían hipotéticamente el punto de vista del derecho* sin adherirse a él; presupondrían por hipótesis la validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas sin que eso implique que las consideren realmente justificadas (Nino, 1983, p. 139, citando a Raz).

Pues bien, hemos señalado que en la obra de Kelsen conviven elementos kantianos y elementos positivistas. Este autor se considera un exponente del positivismo jurídico y, en cuanto tal, asigna explícitamente a su labor científica el propósito de describir el derecho, no de justificarlo. Sin embargo, su noción normativa de validez y el postulado de la norma fundamental en la que dicha noción descansa son, ambos, planteamientos de raíz kantiana.

El aserto de Kelsen según el cual la adopción (con base en la norma fundamental) de la validez o fuerza obligatoria del derecho no tiene carácter categórico, sino hipotético, procura conciliar estos elementos kantianos con su proclamado positivismo. No obstante, pensamos que, pese a la adopción meramente hipotética de la fuerza obligatoria del derecho, este planteamiento no deja de ser un ingrediente prescriptivo o valorativo que choca con el programa del positivismo jurídico metodológico o conceptual: definir el derecho con base en propiedades exclusivamente descriptivas. De igual modo, la naturaleza valorativa de dicho ingrediente afecta la pureza metódica de la teoría kelseniana.

Dice certeramente Nino que

si en cambio los juristas, como en realidad lo hacen, desarrollaran la actividad de *reconstruir* el sistema jurídico (y no meramente describirlo), podría tener algún sentido la idea de la adopción hipotética del punto de vista del derecho, o sea, la idea de presuponer que sus normas son válidas con el fin de determinar en los casos de indeterminación del sistema, qué soluciones son más consonantes con la “justificación” de tales normas (Nino, 1983, p. 39).

A nuestro juicio, una de las razones principales por las cuales la obra de Kelsen ha tenido tanta influencia en el ámbito del derecho continental, radica, precisamente, en haber “captado” y desarrollado con agudeza los presupuestos con los cuales trabajan los juristas teóricos en general. Estos no se limitan a describir normas jurídicas, sino, principalmente, a prescribir soluciones con base en la gama de posibilidades que esas normas ofrecen y presuponiendo, a título de hipótesis, la fuerza obligatoria de ellas.

CONCLUSIONES

Kelsen sustenta una noción de validez cuyo significado central es el postulado de la fuerza obligatoria o deber de obediencia a las normas jurídicas y al sistema jurídico en su conjunto. Se trata de una noción normativa, no descriptiva, de la validez jurídica.

El deber de obediencia en que, según Kelsen, consiste la validez no es un deber jurídico. Los deberes jurídicos son establecidos por las normas, las cuales, en cuanto normas válidas, deben ser obedecidas. Luego, de la noción kelseniana de validez se infiere que existe el deber de obedecer los deberes jurídicos.

Como queda dicho, el deber de obediencia no puede ser, a su vez, un deber jurídico, pues se incurriría en un razonamiento al infinito. Se trataría de un deber moral.

Kelsen no afirma que existe el deber moral de obedecer las normas jurídicas. Una prescripción de tal índole escapa a la labor científica que dicho autor siempre cultivó.

Para comprender cabalmente el sentido de la noción kelseniana de validez, debe reconducirse la validez a su fundamento último: la norma fundamental. Esta es una norma supuesta; es una hipótesis de trabajo a la que recurren los juristas teóricos para interpretar la realidad jurídica como un orden normativo. La norma fundamental irradia su carácter hipotético a la validez que de ella deriva. Suponer la validez de la norma fundamental equivale a suponer que uno debe comportarse de acuerdo con lo que prescribe la Constitución y los actos normativos dictados conforme a ella.

El concepto de validez de Kelsen, entonces, consiste en presuponer, hipotéticamente, la obligatoriedad de las normas jurídicas.

Con todo, pese a su carácter hipotético, tal noción de validez tiene un componente prescriptivo o valorativo no conciliable con el programa del positivismo genuino, al que Kelsen siempre dijo adherir. De igual modo, y por la misma razón, vulnera la pureza metódica de la teoría pura.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, N. (1965). *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Eudeba.
- BOBBIO, N. (1980). *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Torres Editor, S.A.
- BULYGIN, E. (1991). “Validez y positivismo”. En Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- FARIÑAS, M.J. (1991). *El problema de la validez jurídica*. Madrid: Ed. Civitas.
- GARCÍA AMADO, J.A. (1996). *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- KELSEN, H. (1958). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM.
- KELSEN, H. (1969). *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- KELSEN, H. (1981). *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- KELSEN, H. (1995). *Teoría pura del derecho*. México: Ed. Porrúa.
- NINO, C.S. (1983). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ed. Ariel.
- NINO, C.S. (1985). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- ROSS, A. (1993). *El concepto de validez y otros ensayos*. México: Distribuciones Fontamara.