

Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales

Por ANTONIO M. PEÑA FREIRE
Universidad de Granada

1. ALGO MÁS QUE UN PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Muchos son los factores que han convertido a la *validez* en uno de los conceptos más problemáticos de los que maneja y elabora la teoría del derecho: dar cuenta de todos ellos nos llevaría demasiado lejos y desbordaría los límites razonables de este trabajo. Basta apenas una mención a los significados usualmente atribuidos al término «validez» para hacerse cargo de las numerosas dificultades que debe de afrontar cualquier análisis que aborde este tema: *justificabilidad, obligatoriedad, carácter vinculante, existencia, aplicabilidad, pertenencia o legalidad* son algunos de los referentes significativos a partir de los que se suele definir a la validez¹. El cuadro es más complicado de lo que parece puesto que el problema de la validez de las normas en modo alguno puede ser considerado como un asunto meramente terminológico: la oscuridad de esta noción no se explica por referencia a una mera ambigüedad lingüística ni hay tampoco un falso amigo idiomático al que achacar la farragosidad de los referentes significativos del término. A título de ejemplo, ninguno de los *definiens* anteriormente señalados tiene una significación unívoca: todos ellos plantean al estudioso tanto problemas de ambigüedad por ser polisémicos, como problemas de vaguedad ya que sus respectivos ámbitos de referencia no están determinados de modo preciso.

¹ Dos análisis monográficos sobre el tema FARIÑAS (1991) y FALCÓN (1994).

Ocurre además que los asuntos normalmente comprendidos bajo el rótulo de «problemas de la validez» o «teoría de la validez» están en íntimo contacto con las cuestiones ontológicas y epistemológicas fundamentales de cualquier la teoría del derecho (Delgado Pinto 1990: 107) ², lo que queda demostrado al comprobar como a algunos de los referentes significativos anteriormente atribuidos al término «validez» subyacen planteamientos epistemológicos y ontológicos radicalmente distintos y probablemente irreconciliables entre sí. Por este motivo las convenciones o rectificaciones terminológicas no resultan viables para la solución de los problemas que la validez de las normas plantea, si no van acompañadas de un posicionamiento preciso respecto de los problemas *de fondo* implicados.

El objetivo de este artículo es analizar dos de los significados atribuidos a la voz «validez», en concreto la noción de *vigencia o existencia* de las normas jurídicas y también el problema de su *pertenencia* a un sistema jurídico. Sin embargo, para afrontar este cometido será necesario proceder, en primer lugar, a ciertas puntualizaciones de naturaleza en apariencia terminológica, pero que, como ya señalaba antes, tienen un profundo trasfondo, tanto ontológico como epistemológico, que necesariamente habrá que considerar.

En este sentido, una de las mayores fuentes de equívocos y polémicas suscitadas entorno al análisis de la validez, se encuentra en la confusión entre concepciones normativas y concepciones meramente descriptivas del concepto (Nino 1983:134-135). Para las concepciones normativas de la validez, ésta equivale a la justificación de lo prescrito por la norma, a su obligatoriedad o fuerza vinculante de modo tal que la afirmación «una norma es válida» supone afirmar que debe ser observada, al tiempo que sostener que «una norma es válida pero que no debe ser obedecida», es una afirmación autocontradictoria. La validez, desde este punto de vista, sería predicable tanto de las normas como del derecho, esto es, del ordenamiento jurídico en su conjunto. Afirmar que el derecho es válido implica entonces afirmar que globalmente es obligatorio, que deben cumplirse sus normas ³. En segundo

² En idéntico sentido ROSS (1958: 67); ÁLVAREZ (1979: 61-67) o FARIÑAS (1991: 29-30).

³ Entre los partícipes de esta postura hay una presencia muy destacada y controvertida: la de Hans Kelsen. En la teoría kelseniana –al menos en la etapa de su obra que culmina con la *Teoría Pura del Derecho* de 1960–, la validez es la existencia específica de las normas que, a su vez, consiste en su obligatoriedad (KELSEN 1960: 201): afirmar que una norma existe es afirmar que es válida, es decir, que tiene fuerza obligatoria frente a la conducta de aquellos a los que se dirige (1944: 35). El fundamento inmediato de la validez de una norma depende de su legalidad por referencia a otra norma válida: la que otorgaba competencia o permitía a un órgano la producción de la primera. El fundamento último lo localiza Kelsen en la norma básica presupuesta que otorgaría validez a la primera constitución histórica de un orden jurídico. La asimilación de estos elementos –existencia, obligatoriedad, legalidad– en un concepto unitario ha motivado interpretaciones contradictorias respecto de la naturaleza de la validez en la teoría kelseniana. Hay quien sostiene que con el término validez Kelsen designa diversos conceptos: existencia

lugar, para las concepciones descriptivas de la validez, cuando predicamos la validez de una norma jurídica informamos de su existencia en algún modo específico, sin que esta afirmación conlleve ningún tipo de justificación de la conducta prescrita o implique invitación alguna a la obediencia de la norma por el mero hecho de serlo ⁴.

Es manifiesto que las diferencias existentes entre las dos concepciones aludidas no son de matiz o de grado, ya que están construidas desde postulados ontológicos, epistemológicos y metodológicos irreconciliables, lo que las convierte en tesis absolutamente incompatibles (Bulygin 1991a: 377 y ss. o 1991d: 511 y ss.) ⁵. Para aclarar las cosas desde el principio, señalaré que *en ningún momento* a lo largo de este artículo se empleará el término validez en su sentido normativo y que su

y obligatoriedad, que pueden ser incluso incompatibles entre sí (CALSAMIGLIA 1977: 126-127). Hay quien afirma que Kelsen, al menos en sus últimas obras, emplea un concepto descriptivo de validez: según BULYGIN (1991d: 499 ss.), ésta sería la tesis que Kelsen implícitamente sostiene en obras como *Derecho y Lógica* (1965) y también en la *Teoría General de las Normas* (1979: 352), cuando acepta que en un ordenamiento pueden coexistir normas válidas pero contradictorias entre sí, lo que sería incompatible con una concepción normativa de validez. Al margen de la evolución del pensamiento kelseniano, en especial en sus últimas obras, parece, sin embargo, más acertado sostener que Kelsen construye un concepto normativo de validez, aunque el fundamento final de la obligatoriedad sea, como es de sobra conocido, una norma presupuesta o ficticia y sin contenido material, lo que permite predicar la obligatoriedad respecto de las normas de cualquier sistema jurídico eficaz en términos generales. También parece cierto que la asimilación entre existencia, validez y obligatoriedad de las normas operada por Kelsen, es más una consecuencia de sus presupuestos ontológicos respecto de las normas jurídicas –entendidas como el sentido objetivo de ciertos actos de imposición, esto es, en algún modo como entidades ideales de deber ser vinculadas a actos o hechos fácticos– y de la estricta asunción del principio de separación absoluta entre ser y deber ser (BULYGIN 1991a: 371 ss.), que una tesis con resonancias axiológicas o justificatorias. En este sentido, no creo que el autor vienes hubiese suscrito, en ningún momento, un contenido para la validez (en sentido normativo) como el expuesto por NINO (1983: 134) que habla de *la justificabilidad o la fuerza obligatoria moral* de las normas.

⁴ Como gráficamente advierte GUASTINI (1995: 268) hay que admitir como posible la descripción de un ordenamiento jurídico sin necesidad de aceptar la obligatoriedad de sus normas o de su norma suprema, del mismo modo que «se pueden “reconocer” las setas venenosas, sin por ello “aceptar” comérselas».

⁵ También parece ser cierto que el uso indiferenciado del término «validez» desde ambas perspectivas, no puede cooperar a la superación o esclarecimiento de los problemas implicados en el *debate sobre la validez*. Para salvar estos problemas quizás fuese preciso proponer algún tipo de rectificación terminológica con su correspondiente propuesta significativa. NINO (1983: 139), por ejemplo, propone reservar el uso del término validez para su sentido normativo y emplear el término «existencia» para referirse al sentido meramente descriptivo de la validez. FARIÑAS (1991: 132-133), sin embargo, se muestra partidaria de la postura opuesta y propone la utilización del término validez en su sentido descriptivo o, al menos, que cuando se emplee en su sentido normativo se hagan notar de modo claro, para poder diferenciar también entre los discursos meramente descriptivos del derecho y los discursos justificatorios o valorativos, a los que corresponde el uso normativo de la validez. Otra solución sería adjetivar el sustantivo «validez», como por ejemplo, hace LÓPEZ CALERA (1997: 87) que se refiere a validez moral y validez formal de las normas jurídicas. Este uso tiene la ventaja de ser sólo correctivo, es decir, de preservar el uso de un término –la validez– con tradición tanto en el discurso moral, en el discurso del teórico de la justicia y en el del científico del derecho, a la vez que evita la ambigüedad que su uso indiferenciado pudiera generar.

significado será *siempre* descriptivo, es decir, que irá referido a fenómenos y procesos que se desarrollan en el interior de los sistemas jurídicos y entre sus normas, al margen, por lo tanto, de cualquier invitación o afirmación respecto de la conveniencia o vinculatoriedad de las mismas.

2. LA VALIDEZ COMO PERTENENCIA DE LAS NORMAS A UN ORDENAMIENTO JURÍDICO

Sin embargo, ni distinguiendo entre cuestiones normativas y cuestiones descriptivas ni empleando el término validez en su sentido descriptivo, se solucionan todos los problemas que se suscitan entre los teóricos del derecho entorno a esta materia. A la expresión «validez de las normas jurídicas», aun en su sentido descriptivo, se vinculan normalmente nociones y situaciones de naturaleza muy diversa. Son frecuentes expresiones o afirmaciones como las siguientes: «una norma válida es una norma existente», «una norma es válida cuando su producción se corresponde con una norma anterior», «una norma es válida cuando pertenece al ordenamiento jurídico» y finalmente, «una norma producida en la forma dispuesta por otra norma es válida y pertenece al ordenamiento jurídico». En todas estas referencias se dan cita diversas propiedades de las normas –mera existencia, pertenencia y legalidad– presentadas como si fueran coextensivas, cuando lo cierto es que en algunas circunstancias no lo son, con lo que la asimilación generalizada puede resultar problemática.

Presentaré a continuación diversas propuestas referidas al alcance de cada uno de estos conceptos intentando evitar cualquier superposición entre ellos o cualquier inconsistencia significativa, y espero que estas operaciones me permitan también introducir algunas precisiones en el significado de la validez, que al fin y al cabo, es lo que se pretende desde el principio. El punto de partida será la noción de pertenencia de las normas a un ordenamiento jurídico ⁶. Consideraré que las normas pertenecen a un ordenamiento jurídico en virtud de alguna de las siguientes circunstancias:

Pertenecen al ordenamiento jurídico las normas primitivas, originarias o independientes de ese ordenamiento ⁷, es decir, las normas cuya pertenencia a un sistema jurídico no está condicionada por la pertenencia previa de otra u otras normas a ese mismo sistema. Por ejemplo, la primera constitución histórica en el sentido kelseniano, la decisión de una asamblea en la que se acuerda la secesión respecto de

⁶ Al respecto, puede verse VON WRIGHT (1963: 202-203) o ALCHOURRÓN Y BULYGIN (1979: 73-76 y 1991a: 78).

⁷ Sobre el concepto de norma soberana o independiente, VON WRIGHT (1963: 202 ss.), CARACCILO (1988: 31-34), GUASTINI (1995: 257 ss.) y a propósito de su identificación, Moreso y Navarro (1993: 77-91)

un Estado matriz, el bando militar que instaura un nuevo régimen político al margen de las instituciones precedentes, etcétera.

Pertencen a un ordenamiento las normas creadas por una autoridad a la que el propio ordenamiento confiera el poder de dictar normas y siempre que se ejercite ese poder en las condiciones expresadas por el ordenamiento. Desde este punto de vista, una norma pertenecerá a un ordenamiento jurídico si reúne todos los requisitos establecidos para su creación en las normas que regulan la producción jurídica (GASCÓN 1997: 133). A título de ejemplo, si una norma jurídica confiere poder a un órgano representativo o parlamento para elaborar leyes, si el parlamento elabora una ley conforme al procedimiento establecido para su producción y si el contenido de esa ley no es incompatible con ninguna otra norma del sistema ⁸, diremos que la ley así elaborada pertenece al ordenamiento de que se trate hasta que no sea derogada ⁹.

Una tercera posibilidad, quizás no muy explorada, es la que permite dar cabida en el ordenamiento jurídico a aquellas normas derivadas cuya legalidad no sea revisable. Éste sería el caso de las sentencias dictadas en última instancia o cualquier tipo de norma cuya legalidad o constitucionalidad no pueda revisarse o sólo pueda serlo bajo ciertas circunstancias, por estar así determinado normativamente o bien que pudiendo revisarse, no lo sea en ningún momento ¹⁰. No parece discutible la posibilidad de que este tipo de entidades se conviertan en guías para la conductas de sus destinatarios o en referentes de la legalidad de actos normativos posteriores que encontrarán en ellas las condiciones de su propia validez, es decir, que no parece discutible que esas normas,

⁸ En general, se puede englobar a todos requisitos bajo la siguiente idea: una norma pertenecerá a un ordenamiento jurídico cuando su producción no sea *impedida con éxito* por cualquier otra norma de ese ordenamiento y, en particular, por las denominadas normas sobre la producción jurídica. Bajo este rótulo se incluyen cualesquiera problemas de compatibilidad entre dos normas antinómicas resueltos por aplicación de los criterios de jerarquía o temporalidad (BOBBIO 1956: 203 ss.), por aplicación del criterio de la competencia o la prevalencia (GASCÓN en BETEGÓN *et al.* 1997: 275-277) o de cualquier criterio que determine la consideración de que el acto de producción de la norma de que se trate es ilegal. De modo especial, para el caso de los ordenamientos constitucionales habría que considerar también las relaciones establecidas entre una norma y las normas en que se reconocen y garantizan los derechos fundamentales del sistema, que también pueden llegar a impedir con éxito y en la forma determinada por los ordenamientos constitucionales, la producción de actos derivados contrarios a su sentido (PEÑA 1997: 124-126).

⁹ También es usual admitir que la validez se cancela por desuetudo o desuso, aunque, al menos desde la óptica de este trabajo, lo cancelado por este ancestral olvido no sería tanto la condición de *norma perteneciente a un ordenamiento* como su mera existencia, en el sentido en que luego será explicado.

¹⁰ Pensemos, por ejemplo, en la sentencia dictada por un tribunal de última instancia contra la que no cabe recurso alguno, para el primero de los tres supuestos referidos. Para el segundo vale el caso de la ley contraria a un precepto constitucional y que puede ser recurrida, pero en un plazo determinado o sólo si el recurso cuenta con un cierto respaldo, es decir, si va suscrito por unos determinados sujetos –como ocurre en el caso español–. Para el tercer caso, vale el supuesto anterior si la ley en cuestión pudiera ser recurrida indefinidamente pero no lo fuera. En estos tres casos estamos frente a normas que incumplen alguno de los requisitos establecidos por el ordenamiento para su producción, pero que pasan a formar parte del mismo, sin que exista la posibilidad de poner de manifiesto la irregularidad o sin que se haga de modo efectivo.

de algún modo, pertenecen al sistema. Sin embargo, es evidente que no se trata de normas independientes en la medida en que su pertenencia al ordenamiento depende, al menos, de una norma anterior: la que determina su carácter definitivo o no revisable, la necesidad de proceder a su ejecución o su carácter inmediatamente vinculante, al margen de cualquier otra consideración, es especial, las referidas a su legalidad. Tampoco pueden ser consideradas normas legalmente producidas, es decir, normas que puedan acogerse al segundo criterio de pertenencia expuesto, ya que si presuponemos que serían anuladas si pudieran ser recurridas, afirmamos la existencia de una norma que *en condiciones normales impediría con éxito* al acto de su producción ¹¹.

Por último, pertenecen al ordenamiento las normas que sean consecuencia lógica de otras normas del (*pertenecientes al*) sistema (Alchourrón y Bulygin 1974: 86-89 y 1979: 73-76), es decir, que a un sistema jurídico pertenecen no sólo las normas explícitamente formuladas, sino también todas las que están implícitas en aquéllas (Guastini 1995: 259).

Ya veíamos antes cómo los usos discursivos de los juristas tienden a la asimilación de la validez, la legalidad y la pertenencia de las normas al ordenamiento jurídico. Sin embargo, a la luz de los criterios de pertenencia expuestos, no parece que sea factible asimilar simultáneamente los tres conceptos.

¹¹ El análisis del estatus normativo de estas normas es muy polémico: la tesis más conocida que pretende dar cuenta de su naturaleza es la de Kelsen quien supuso la existencia de una cláusula alternativa tácita, incorporada a las normas que reglan la actividad de aquellos órganos cuyas decisiones son irrecurribles. Esta cláusula autorizaría al poder subordinado a dar a sus actos normativos, no sólo el contenido expresamente querido por la norma habilitante, sino cualquier otro, siempre y cuando, la decisión así dictada resultara efectivamente irrecurrible (KELSEN 1960: 275-279). La idea de la habilitación alternativa tácita no ha resultado muy convincente y ha sido, desde mi punto de vista, acertadamente criticada. NINO (1978: 364-365), que ha llegado a calificar como *absurda* a esta tesis, señala que lo correcto hubiera sido reconocer que la validez –en un sentido normativo– se trasmite de unas normas a otras no sólo cuando el órgano anterior determina que el órgano posterior autoriza la creación de la norma, sino también cuando se impone el deber de obediencia respecto del órgano posterior. Es cierto, sigue Nino, que esta tesis niega la coextensión entre validez en un sentido normativo y pertenencia, pero es mejor esta salida que una interpretación tan débil en el contexto de la teoría jurídica como la explicación de la cláusula alternativa tal y como es propuesta por Kelsen. ATIENZA Y RUIZ MANERO (1996: 52) consideran que el intento de Kelsen de explicar la existencia de las normas irregularmente producidas termina por disolver uno de los elementos más representativos de todo orden jurídico: la idea del derecho como sistema normativo, esto es, la imperatividad del orden jurídico. Y es que una cosa es que el legislador o el juez, por seguir con los ejemplos citados de Kelsen, *puedan* dictar normas con un sentido distinto al expresamente querido por las normas superiores y que determinan sus actos y otra, muy distinta, reconocer que *tienen permiso* para hacerlo. En otro lugar, RUIZ MANERO (1990: 60-95) señala que estas conclusiones de Kelsen lo alejan del normativismo al que comúnmente se le vincula y lo colocan en un lugar muy próximo al judicialismo más radical, por reconocer estatus normativo pleno a las decisiones de los órganos judiciales, al margen, de las condiciones en que se produzcan. También pone de manifiesto Ruiz Manero la incompatibilidad entre el concepto kelseniano de norma, como imperativo no necesario, es decir, que de ningún modo excluye la posibilidad de su incumplimiento (KELSEN 1960: 24), y la existencia de normas alternativas, cuyo cumplimiento es siempre lógica y empíricamente necesario.

No es posible, en primer lugar, afirmar que la *pertenencia sea igual a legalidad del acto de producción de una norma*. Es obvio que el requisito de la legalidad no es formulable respecto de las denominadas normas originarias o independientes de un ordenamiento al que, sin duda, pertenecen, ya que su producción no se corresponde con ninguna norma anterior por estar incluidas en el sistema por definición (Caracciolo 1988: 31 y ss.). Por motivos igualmente evidentes, tampoco pueden ser consideradas como *normas legales* –al menos, en términos absolutos, es decir, por referencia a todas las normas relevantes del ordenamiento y no sólo a una de ellas–, normas irregularmente producidas pero irrecurribles: la irregularidad viene dada por la existencia de alguna ilegalidad en el proceso de producción de la norma. Si se admite la pertenencia al ordenamiento de cualquiera de estos dos tipos de normas –las originarias y las irregularmente producidas pero irrecurribles–, se impugna la asimilación entre legalidad y pertenencia.

Respecto a la validez puede vincularse significativamente tanto con la pertenencia como con la legalidad. Si se mantiene, por ejemplo, la equivalencia entre validez y pertenencia, es decir, si se sostiene que toda norma perteneciente al ordenamiento es válida y que el ordenamiento es un conjunto de normas jurídicas válidas, necesariamente habrá de reconocerse –en contra de usos muy extendidos– que *no todas las normas válidas son legales*, puesto que habrá que considerar válidas –esto es, *al ordenamiento pertenecen*– normas respecto de las que no tiene sentido predicar legalidad o ilegalidad, como son las normas independientes, y también otras normas que son manifiestamente ilegales, como es el caso de las normas irregularmente producidas, pero irrecurribles. Es decir, si se asimilan validez y pertenencia, hay que admitir que las normas legalmente producidas son una especie de las normas pertenecientes o válidas, rechazando así la frecuente identificación de validez y legalidad.

También es posible construir otra propuesta, alternativa a la anterior, según la cual la validez queda directamente vinculada a la legalidad, es decir, que postularía que son válidas aquellas normas cuyo acto de producción fue legal. La legalidad de una norma, esto es su validez, determinaría su pertenencia al ordenamiento, si bien no sería ésta la única forma a partir de la que una norma puede incorporarse a un sistema jurídico, pues a él pertenecerían además las normas originarias, identificadas como tales por señalamiento, las irrecurribles y, por último, las normas que sean consecuencia lógica de cualesquiera otras normas pertenecientes al ordenamiento: ninguna de estas últimas categorías, lo sería de normas válidas, pero todas ellas son normas pertenecientes al ordenamiento. Desde la óptica de esta opción, no todas las normas pertenecientes al ordenamiento serían válidas: el uso del término «validez» quedaría reservado para aquellas normas que pertenecen al ordenamiento en la medida en que han sido elaboradas conforme a lo dispuesto por el sistema, es decir, que la validez se asimilaría a la legalidad del acto de emitir una norma.

Sólo un par de matizaciones más a propósito de este último análisis y la correspondiente propuesta de significado.

La validez/legalidad sería una propiedad resultante de la relación entre normas jurídicas que, de algún modo, determinan la producción de otras normas y los correspondientes actos de producción normativa. Pues bien, la norma o normas habilitantes habrán de ser normas pertenecientes al ordenamiento, pero no necesariamente normas válidas, es decir, normas legalmente producidas en el sentido aquí considerado. Cualquier norma perteneciente al ordenamiento puede incidir en la legalidad del acto de una autoridad jurídica que pretenda producir nueva una norma, pero no es necesario que las normas habilitantes sean ellas mismas normas válidas/legalmente producidas, pues, de ser así, ninguna autorización para dictar normas contenida en una norma independiente —que, desde este punto de vista, no es ni válida ni inválida— sería hábil para determinar la creación de nuevas normas válidas. Esta limitación ni tiene sentido ni responde a la práctica común de los procesos de formación de los ordenamientos jurídicos, que generalmente, se reproducen a partir de las delegaciones o autorizaciones para la creación de normas contenidas en unas pocas normas originarias, aparecidas tras algún proceso revolucionario o de subversión contra un orden precedente. También una norma irregularmente producida puede actuar como norma habilitante de la producción normativa posterior; imaginemos, por ejemplo, una ley de un parlamento que habilite a un órgano ejecutivo para la producción de nuevas normas, y en cuyo proceso de aprobación se cometió algún tipo de irregularidad que, en abstracto, hubiera sido fundamento suficiente para una declaración de inconstitucionalidad de haberse instado el procedimiento correspondiente en las condiciones determinadas por el ordenamiento de que se trate. Otro caso similar sería el de la sentencia irregularmente producida pero irrecurrible, que incidirá en la legalidad de los actos de ejecución a que dé lugar, predeterminando, por ejemplo, sus destinatarios, su contenido o alcance, las condiciones y los plazos en que ha de procederse, etcétera. En definitiva, si se asimila validez a legalidad, parece necesario admitir que el referente útil para determinar la legalidad de una norma, estará integrado por *normas pertenecientes al ordenamiento* de que se trate, sin ser preciso que las normas determinantes sean, todas y cada una de ellas, normas a su vez válidas, esto es, normas legalmente producidas respecto de otra u otras normas.

La segunda consideración está conectada con esta anterior: si la validez/legalidad implica la pertenencia de las normas a un ordenamiento jurídico no puede ser vista como una propiedad que surja de la relación de corrección entre dos normas aisladas. Desde la óptica de la pertenencia, no interesa tanto la relación de corrección entre dos normas como la relación entre la norma cuya legalidad pretende afirmarse y el resto de las normas del ordenamiento y, de modo específico, interesa que entre las normas que condicionan la legalidad de otra norma, no exista ninguna que impida la producción de esta última, es decir, no exista ninguna con la que no pueda establecerse la correspondiente relación de corrección. La validez/legalidad, desde este punto de vista, equivale a la relación de corrección con todas las normas del ordena-

miento jurídico o, al menos, con todas las que resulten relevantes desde el punto de vista de la norma cuya legalidad se examina; en definitiva y para abreviar, la validez/legalidad es la relación de corrección entre una norma y un ordenamiento jurídico¹².

Desde este punto de vista, no sería correcto sostener que *la validez de una norma depende de una norma anterior* en el sentido de *una norma pertenece al ordenamiento si su producción es permitida por otra norma del ordenamiento*¹³, ya que la existencia de una norma que autorice o permita la producción de una norma posterior es condición necesaria, pero no suficiente, de validez/legalidad y sólo la relación de congruencia con todas y cada una de las normas del ordenamiento es condición suficiente de validez. Por el contrario, la existencia de una norma que impida con éxito la realización de un acto normativo, es condición suficiente de su ilegalidad, esto es, de su invalidez en el siguiente sentido: cuando la producción de una norma sea impedida por otra norma, será posible reaccionar frente a la primera calificándola como norma ilegalmente producida, esto es, inválida lo que, normalmente, determinará su expulsión del ordenamiento, salvo que no sea posible recurrir o impugnar el acto normativo correspondiente, si bien en este caso, estaremos ante un acto normativo que, dado su carácter definitivo, se integra en el ordenamiento al margen, incluso, de su legalidad.

No es difícil encontrar situaciones en las que una norma ha sido producida simultáneamente de un modo *legal o correcto* respecto de alguna o algunas normas e *ilegal o incorrecto* respecto de otra u otras. Pensemos en los siguientes supuestos: una norma puede haber sido dictada por el órgano competente y de acuerdo al procedimiento establecido, pero incumpliendo, en algún aspecto, lo dispuesto por una norma prohibitiva, distinta de las anteriores y que iba referida al contenido de la decisión¹⁴; segundo supuesto: un órgano, en este caso, competente

¹² Esta *concepción global o absoluta de la legalidad* es distinta de la que construye VON WRIGHT (1963: 201-205), quien, tras asimilar validez y legalidad, distingue entre *validez en sentido relativo o validez relativa* y *validez en sentido absoluto o validez absoluta*: una norma será válida en sentido relativo respecto de otra norma cuando su producción está permitida por esta segunda norma y es válida en sentido absoluto si puede retrotraerse a una norma independiente o soberana. En el primer caso, la validez es la relación de corrección entre dos normas y en el segundo, la suma de estas relaciones entre pares de normas hasta alcanzar una norma soberana o un par en el que uno de los miembros sea una norma soberana. En cualquier caso no ha de confundirse la legalidad en sentido absoluto de Von Wright con la legalidad como criterio de pertenencia, ya que ésta última sería más bien el conjunto de todas las relaciones de corrección y sólo de relaciones de corrección, es decir, el conjunto de todas las relaciones entre una norma y todas las normas que inciden en su producción siendo, en todo caso, la totalidad de las relaciones, relaciones de corrección y en ningún caso de incorrección o incoherencia.

¹³ De otro lado, quienes así razonasen estarían mezclando indebidamente consideraciones vinculadas a la concepción normativa de la validez –*el fundamento de la obligatoriedad de una norma es otra norma obligatoria*– con otras afirmaciones de carácter meramente descriptivo, como son las referidas a la corrección de una norma respecto de las normas sobre la producción jurídica de un ordenamiento jurídico concreto.

¹⁴ Por ejemplo, un juez competente y tras haber actuado conforme a las normas procedimentales oportunas, dicta una sentencia cuyo contenido está prohibido por una norma legal.

adopta una decisión cuyo contenido no contradice a ninguna norma del sistema, pero el órgano no se atuvo al procedimiento establecido en otras normas para la adopción de las decisiones de ese tipo¹⁵; por último, y sin agotar todas las posibilidades, consideremos que un órgano adopta una decisión, cuyo contenido no está prohibido por ninguna norma del sistema, conforme al procedimiento establecido para la adopción de este tipo de decisiones, pero ese órgano no puede ser considerado como el competente para producir esa decisión, sea por no tener competencia reconocida para hacerlo sea por estar atribuida a otro órgano de modo exclusivo¹⁶. Ante situaciones como las descritas, cualquier jurista afirmará que tales normas son ilegales o inválidas¹⁷ y que contra ellas será posible instar el correspondiente recurso de corrección, que terminará –en las condiciones de cada ordenamiento– con una eventual declaración de nulidad y con la expulsión de la norma del ordenamiento.

¹⁵ Por ejemplo, un parlamento adopta por mayoría simple una decisión sobre un determinado asunto que requería una mayoría cualificada. También vale el caso de una corporación local que aprueba una ordenanza sobre ruidos o un plan urbanístico, en general, sobre algún asunto de su competencia, impecable desde el punto de vista de las normas superiores que predeterminan su contenido, pero sin haber sometido los proyectos al trámite de audiencia pública o sin haber respondido a las alegaciones formuladas pese a que, según las normas del ordenamiento de que se trate, dicho trámite es preceptivo.

¹⁶ El concepto y la estructura de las normas de competencia es, como ocurría con la validez, una de las cuestiones más debatidas en la teoría del derecho actual, sin que sea posible, a mi juicio, ofrecer un concepto, definitivo o que suscite un grado de consenso suficiente como para ser aplicado directamente al análisis. Un sintético análisis de las concepciones de las normas de competencia como normas obligatorias, permisivas o como reglas conceptuales o disposiciones cualificadoras en HERNÁNDEZ MARÍN (1996: 121-129); la propuesta de este mismo autor sobre el tema en HERNÁNDEZ MARÍN (1998: 307: 335). Algunas referencias «clásicas»: KELSEN 1960: 68-70; HART 1961: 99 ss.; ROSS 1958: 32 y 50-51; del mismo autor 1968: 57-61 y 123-127 y, finalmente, VON WRIGHT 1963: 198-200. Otras referencias de interés: ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991c: 439 ss.; BULYGIN 1991d: 485 ss.; GUASTINI 1983: 548 ss.; ATIENZA y RUIZ MANERO 1996: 45-90.

¹⁷ He optado por considerar a la competencia como un factor más de entre los que determinan la validez/legalidad de las normas sin entrar en mayores precisiones. El motivo es que ésta parece ser también la opinión extendida entre los juristas, tanto teóricos como prácticos, que generalmente consideran que la incompetencia del órgano que promulgó una norma determina su nulidad, esto es, su ilegalidad o invalidez y, al fin y al cabo, éste no es sino un estudio sobre un par de conceptos construido a partir de los usos lingüísticos dominantes entre los juristas. Sin embargo, llegan a una conclusión muy distinta a la anterior algunas relevantes propuestas doctrinales que atribuyen al vicio de incompetencia y a las normas o reglas que la otorgan un sentido muy distinto al que aquí simplemente *se expone*: en concreto, que la incompetencia determina, no ya la invalidez de la norma, sino en algún modo específico su inexistencia (GUASTINI 1994: 213 y 219-223; FERRAJOLI 1989: 355 ss. y 871 ss.; ATIENZA y RUIZ MANERO 1996: 58 ss.; GONZÁLEZ LAGIER 1995: 330 y 377 ss.; HERNÁNDEZ MARÍN 1998: 315 ss.; también GASCÓN 1997: 138 ss., que se refiere, de modo especial, a las dificultades prácticas para la vinculación del concepto de inexistencia al incumplimiento de normas de competencia). Prescindiré de las importantes consideraciones que esta postura implica, entre otras cosas porque requeriría un exhaustivo análisis de lo que sean las normas de competencia y de sus funciones en los sistemas jurídicos y ni el objeto ni la extensión de este trabajo –mi probablemente mi propia capacidad para dar respuesta a ese complejo problema– permiten entrar con el mínimo rigor exigible en esas cuestiones. Respecto de los problemas vinculados a la existencia, sí que volverán a ser objeto de atención, aunque lo sea desde un punto de vista meramente fáctico y no *competencial*, en la última parte de este artículo.

En definitiva, desde la lógica de la pertenencia de las normas al ordenamiento, la legalidad relativa o por referencia a una única norma presenta un alcance muy limitado. Sólo en los momentos fundacionales de los ordenamientos, cuando apenas sea posible identificar a una norma independiente que determine, de modo exclusivo, la validez de las normas elaboradas a partir de ella, tiene cierto alcance la afirmación¹⁸. No obstante, cuando el ordenamiento comience a *desarrollarse*, se hará más complejo y serán más las normas –generalmente contenidas en una constitución– que condicionen la producción de nuevas normas, con lo que el referente de la validez pasará a ser el ordenamiento en su conjunto o, al menos, un número amplio de normas del mismo. Al margen de estos supuestos realmente marginales, la afirmación de que una norma derivada pertenece a un ordenamiento jurídico si se demuestra su congruencia con *otra norma* perteneciente a ese mismo ordenamiento, sólo tendría sentido en sistemas jurídicos en los que, de algún modo misterioso, fuese fácticamente imposible que una norma permita hacer algo y otra lo prohíba o que una norma atribuya competencia a un órgano y algún otro órgano jurídico desconozca, total o parcialmente, esa determinación.

Estas últimas consideraciones ponen de manifiesto una idea interesante: que los ordenamientos, al regular las condiciones de su propia reproducción, esto es, las condiciones en que se han de producir nuevas normas, formulan necesariamente determinadas condiciones de corrección a los actos de producción de las normas¹⁹. El juicio de validez de una norma entonces nos da cuenta de un orden jurídico ideal, del *derecho en un sentido absolutamente conforme a sus parámetros internos de corrección*, en tanto que la validez/legalidad funciona como un auténtico *modelo normativo* respecto de la identidad y estructura del derecho (Moreso y Navarro 1993:114). Luego el resultado del test de la validez entendida como legalidad, es decir, el resultado del contraste entre una norma y los parámetros de corrección del ordenamiento al que se la vincula²⁰, es la formulación de un *orden jurídico ide-*

¹⁸ Por ejemplo, las normas inmediatamente creadas a partir de un bando militar que establece que «la Junta Militar X tiene poder normativo absoluto» respecto de éste último; las primeras normas creadas tras un estallido revolucionario respecto de la proclama insurgente que establece que «la asamblea revolucionaria X elaborará inmediatamente una nueva constitución» o las primeras decisiones adoptadas por las autoridades secesionistas respecto de la declaración de independencia y la proclamación de soberanía.

¹⁹ En un sentido análogo, ALEXY (1997: 41 ss.) si bien para este autor la corrección va referida a cuestiones o parámetros de naturaleza moral, externa al propio ordenamiento entendido como sistema de normas jurídicas. En este trabajo, los parámetros de corrección o coherencia son *en todo caso* de naturaleza interna, es decir, que aluden a las obligaciones, prohibiciones y exigencias de todo tipo que las normas jurídicas establecen y que afectan a producción de nuevas normas jurídicas.

²⁰ Suponiendo que esta tarea fuese posible de un modo práctico, pues a consecuencia de las dimensiones de los actuales sistemas jurídicos, los juristas, en especial, los operadores jurídicos prácticos, no toman en consideración todas las normas para la formulación de sus juicios y conclusiones, sino apenas pequeñas parcelas o sectores del ordenamiento (ALCHOURRÓN y BULYGIN 1971: 121-122). Esta operación de discriminación o selección que, en términos reales, es el presupuesto operativo de numerosas ope-

al que no tiene por qué coincidir con el orden real en el que o lo que es lo mismo, de un ordenamiento formado a partir de actos cuya elaboración ha sido impecable por responder a todas y cada una de las exigencias de corrección que el propio sistema les impone. Esta separación entre orden jurídico ideal y orden jurídico real es necesaria, es decir, constante, pues, como ya veíamos, sólo estaría excluida en contextos en los que las autoridades normativas actuasen siempre de conformidad con todas las normas que, directa o indirectamente, determinan sus decisiones y no parece que ninguno de los mundos reales en los que los ordenamientos existen, responda a estos rasgos ni se aproxime a las condiciones de un orden jurídico ideal. Al orden jurídico real, es decir, al conjunto formado por las normas que son sometidas al test de la validez al margen de que lo superen o no, y a los criterios empleados para su identificación me referiré a continuación.

3.1. La vigencia como criterio de identificación alternativo

La validez, sea como legalidad sea como pertenencia, es una propiedad de las normas jurídicas, luego, la validez es algo distinto de la mera existencia de las normas. En el momento en que nos planteamos si una norma es válida o no o si pertenece al ordenamiento jurídico por ser una norma última al margen de cualquier otra consideración, ya estamos presuponiendo la existencia de la norma como tal, es decir, que ya admitimos la existencia de esa entidad como norma jurídica y no como una entidad distinta, pues sólo respecto de normas jurídicas se puede predicar la legalidad o la pertenencia. Por este motivo, la asimilación entre validez –entendida como legalidad o como pertenencia de la norma al ordenamiento– y existencia es difícilmente sostenible. Es cierto, no obstante, que por lo general, la negación de la validez de una norma o anulación, llevada a cabo por un juez o por cualquier otro órgano competente para determinar de modo concluyente la legalidad o ilegalidad de las normas, supone su expulsión del sistema jurídico al que anteriormente se la vinculaba ²¹, es decir, que la anulación de la norma supone que deja de pertenecer al ordenamiento o bien que se declara taxativamente que nunca perteneció al mismo ya que su presencia en él fue, en todo momento, errónea. En estos casos, es frecuente afirmar que «la norma se extingue», que «deja de existir desde el momento en que se declara su invalidez» o bien «que no existió nunca como norma en el ordenamiento». Pese a todo esto, la subordinación de la existencia a la validez que dejan traslucir los usos lingüísticos

raciones jurídicas, tiene un gran interés y, sin embargo, no suele ser objeto de especial atención por parte de la literatura jurídica.

²¹ En los restantes casos, sea el caso de la afirmación de invalidez formulada por un estudioso del derecho que lo reconstruye críticamente o por un abogado que prepara, por ejemplo, la defensa de su cliente en juicio, la afirmación de una norma no es válida carece de efectos normativos directos, si bien es una invitación o argumento a favor de su anulación o expulsión del sistema.

descritos, no debe de oscurecer las importantes diferencias que hay entre ambos conceptos. En este sentido, afirmaciones como «*existe una norma que debería ser anulada*» u otras similares, resultan expresivas del fenómeno o procedimiento de identificación al que me quiero referir a continuación.

Antes veíamos como el juicio de validez permite la reconstrucción de un orden jurídico ideal a partir de una base o conjunto de normas y conforme a parámetros de corrección internos, esto es, determinados por otras normas pertenecientes al ordenamiento: todas las normas que sean sometidas al test de validez y que superen con éxito las exigencias que el ordenamiento les imponga, pasarán a formar parte de ese orden ideal. Pero además de este procedimiento para la identificación/calificación de las normas como normas válidas o como normas pertenecientes, los juristas –e incluso los ciudadanos a título personal– habitualmente emplean otro que, por ejemplo, les permite simplemente identificar las normas que forman parte de esa base al margen de cualquier otra consideración y que, en todo caso, podrán ser objeto del correspondiente análisis para determinar su correspondencia o no con otras normas o su pertenencia o no al sistema de acuerdo a los criterios correspondientes. Este segundo procedimiento de identificación da cuenta de la mera existencia de las normas jurídicas, insisto, no ya como normas pertenecientes a un sistema jurídico idealmente o construido, sino apenas como normas jurídicas de una comunidad dada y en un tiempo determinado.

Esta sencilla forma de existencia de las normas jurídicas no es una forma de validez provisional ni la presunción de validez aún no declarada, como tampoco la validez es un complemento a la existencia o una forma de existencia más sólida. Al hablar de existencia y de validez estamos, más bien, ante dimensiones distintas de las normas y de los fenómenos normativos: al dar cuenta de la existencia de las normas, las identificamos desde un punto de vista meramente empírico, por referencia a los hechos que permiten a los sujetos de caracterizar, justificar o determinar acciones y conductas desde el punto de vista de las normas, sin entrar por ello a prejuzgar o afirmar la corrección de la norma o del acto que le dio vida, ni tampoco su pertenencia a un sistema jurídico: una cosa sería así afirmar que «la acción p está prohibida por la norma jurídica X» y otra afirmar que «la acción p está prohibida por la norma X que pertenece al sistema jurídico SJ» (CARACCIOLLO 1988, esp. pp. 11 y 22).

El término con el que es usual referirse a estas situaciones –al menos desde planteamientos próximos a éste– es el del *vigencia*²² y también

²² Si de mera existencia hablamos, el término más adecuado para dar cuenta de este dato será aquel que mejor exprese la redundancia que supone afirmar que *algo que es, existe como tal*. A *sensu contrario*, cualquier término que habitualmente adjetive a otro en algún sentido distinto de su mera existencia, no será del todo apropiado. Éste podría ser el caso del término «vigencia», puesto que es frecuente encontrarlo vinculado a la noción de «eficacia» (NINO 1983: 139, LÓPEZ CALERA 1997: 88) o también a la «entrada en vigor» de una norma. Por estos motivos, el uso del término «vigencia» para

existencia fáctica de las normas jurídicas; respecto de la relación con el orden jurídico del lugar y momento que nos sirve de referencia para cualquier análisis o valoración de la norma, consideraré que la norma *está presente* en el mismo, sin que esta afirmación suponga ni su pertenencia al ordenamiento ni su correspondencia con los parámetros de corrección del mismo, lo que, en su momento, permitirá afirmar la validez o legalidad de la norma, pero no su existencia actual. Desde luego, –y es una constante desde el inicio de este trabajo–, la afirmación de que «una norma existe o está vigente», tampoco tiene ningún sentido normativo, es decir, que no expresa invitación alguna a la obediencia o ni justificación de la fuerza vinculante de lo prescrito.

Sólo una matización antes de pasar a determinar en qué circunstancias afirman los juristas que «existe una norma jurídica», es decir, en qué casos y en qué condiciones es usual considerar que hay o existe una norma. La aceptación de que las normas existen desde un punto de vista meramente fáctico no es en absoluto problemática para aquellas teorías que conciben al derecho y, de modo más concreto, a la norma jurídica, como una entidad de naturaleza empírica; sin embargo, podría plantear problemas para quienes conciben a las normas de algún modo ideal. Desde un punto de vista ontológico, es usual distinguir tres tesis básicas acerca de la naturaleza de las normas jurídicas: una concepción sintáctica, otra semántica y una última pragmática (Mendonça 1991: 41); en otra terminología, se puede hablar de concepciones inscripcionalistas (MORESO 1996: 106), concepciones hiléticas y concepciones expresivas de las normas (Alchourrón y Bulygin 1991b: 121 y ss.).

Tanto para las concepciones sintácticas o inscripcionalistas ²³ como para las pragmáticas o expresivas ²⁴, las normas no son sino hechos con

aludir a la existencia de las normas, puede resultar equívoco. En todo caso, son también frecuentes los análisis que asimilan la vigencia a la existencia (ALCHOURRÓN y BULYGIN 1996: 121 ss., DELGADO PINTO 1990: 101 y ss., entre otros); por este motivo y con la cautela mentada, en lo sucesivo, emplearé ambos términos como sinónimos.

²³ Desde este punto de vista, las normas jurídicas son entidades lingüísticas, es decir, enunciados de una determinada clase, en concreto enunciados jurídicos o formulaciones normativas. La caracterización de las normas jurídicas propuesta por HERNÁNDEZ MARÍN (1998: 37-162) es un perfecto ejemplo de esta concepción: para este autor, las normas son entidades lingüísticas de naturaleza jurídica, en concreto, enunciados que forman parte de un cuerpo legal o jurídico (p. 147). Estas entidades tienen naturaleza factual, es decir, que son hechos, cognoscibles a través de la observación empírica, susceptibles de sufrir cambios o alteraciones fundamentalmente por efecto del transcurso del tiempo, e inmersos en relaciones de causalidad propiedades estas comunes a las restantes entidades factuales y que, sin embargo, no se verificarían en las entidades ideales (pp. 116-117). Con presupuestos ontológicos como los expuestos, es evidente que la existencia de las normas no sólo puede ser fáctica, sino que necesariamente es fáctica y sólo fáctica, en tanto que como hechos lingüísticos las normas no tendrían otra forma posible de existir.

²⁴ Para la concepción expresiva de las normas, las normas son los actos lingüísticos de ordenar determinadas proposiciones (MORESO 1996: 106-107). La norma, desde este punto de vista, no es una entidad ideal o una proposición con un significado normativo independiente del contexto y condiciones en las que se manifestó. El carácter prescriptivo, constitutivo de las normas, no está vinculado al significado de determinados términos o expresiones, no hay proposiciones lingüísticas semánticamente normativas, sino que se adquiere este carácter cuando el lenguaje es usado para incidir o modificar el comporta-

una naturaleza singular, de modo que la única forma posible de dar cuenta de su existencia es mediante su descripción empírica. Desde esta órbita, la afirmación y el análisis de un concepto meramente fáctico de la existencia de las normas no plantea ningún tipo de problema, es especial, de naturaleza ontológica.

Sin embargo, para las teorías semánticas, hiléticas o, en general, de corte idealista, las cosas deben desarrollarse de otro modo. Según los presupuestos ontológicos de estas teorías, las normas jurídicas son entidades ideales, más en concreto, entidades ideales de naturaleza semántica, es decir, que las normas son el sentido de las formulaciones normativas, esto es, el significado de determinados enunciados de naturaleza jurídica. Desde este punto de vista, la afirmación «las normas existen fácticamente» no sería aceptable, pues afirmar la *existencia fáctica de una entidad puramente ideal* sería afirmar una contradicción ya que al ser postuladas las normas como entidades abstractas, como el significado de expresiones lingüísticas específicas, no tienen relación alguna con los hechos y, por consiguiente, no son susceptibles de prueba empírica (Caracciolo 1988: 21). Sin embargo, continúa Caracciolo, aun aquellos que parten de presupuestos ontológicos como el descrito, admiten que no es posible dar cuenta del derecho y de la complejidad de los fenómenos jurídicos atendiendo a cuestiones y planteamientos puramente ideales y, en consecuencia, admiten otra forma de hablar de las normas según la cual éstas existirían socialmente, esto es, empíricamente.

Cualquier alusión a la *existencia fáctica de las normas* en este caso no iría directamente referida a las normas en tanto que entidades ideales, pero sí a determinados hechos –sociales o lingüísticos– que aunque no sean la norma en sí, están íntimamente vinculados con ella. La afirmación «existe fácticamente una norma» seguiría siendo, desde los postulados de este tipo de teorías, internamente contradictoria, si bien no parece que sea posible elaborar una explicación plausible acerca del derecho y de las normas, desde un punto de vista absolutamente ideal²⁵, esto es, sin vínculo alguno con las dimensión fáctica o social del derecho²⁶.

miento de otro u otros sujetos. El elemento constitutivo de las normas se encuentra en el plano pragmático del lenguaje y no en el plano semántico ni, desde luego, en un plano conceptual o ideal de la realidad (ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991b: 121 ss.).

²⁵ La existencia de una norma al margen de cualquier hecho de esta naturaleza, es decir, la afirmación de que las normas pueden existir desde un punto de vista absolutamente ideal, debe de ser referida necesariamente al iusnaturalismo. Sólo desde los presupuestos ontológicos y epistemológicos de esta teoría parece posible sostener que las normas pueden existir al margen de su positividad, de su eficacia o de cualquier otra forma de experiencia, es decir, de un modo absolutamente ideal. La referencia al «olvido» de que habían sido objeto los derechos humanos en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, es suficientemente expresiva de este aspecto.

²⁶ Incluso Kelsen que, en la elaboración de su obra, parte de una absoluta separación entre entidades de mundo del ser y del deber ser y considera a las normas como entidades ideales de deber ser, termina por reconocer algún tipo de vínculo o aspecto empírico relevante en lo que a los procesos de identificación del derecho y también en lo que a la existencia y cancelación de las normas se refiere (BULYGIN 1991d: 504-505). Por ejemplo, la presuposición de la norma básica que permite fundamentar la obligatoriedad

En definitiva, desde estos planteamientos, las objeciones a la posibilidad de formulación de un concepto fáctico de la existencia de las normas, no debieran de ir más allá de las rectificaciones terminológicas que se deriven de la distinción entre formulación normativa o enunciado jurídico, como elementos de naturaleza lingüística, y la norma jurídica como tal, como el significado de ese enunciado ²⁷.

Creo que a partir de lo dicho, se puede delimitar el alcance de la afirmación referida a la existencia meramente fáctica de las normas: lejos de suponer un planteamiento ontológico excluyente respecto de la naturaleza de las normas, es un planteamiento compatible con las tres concepciones expuestas, salvadas quizás las oportunas rectificaciones terminológicas en el caso de la concepción hilética. Lo único exigible es la aceptación de que el derecho y las normas presentan una dimensión empírica –al margen de que ésta sea o no sea la única expresión de su ser–, lo que exigiría que la teoría jurídica dé cuenta de esta circunstancia, mediante la elaboración del correspondiente concepto para su aplicación a la solución de los problemas con los que se enfrentan los juristas.

3.2. Las condiciones de la vigencia de las normas jurídicas

Para concluir, quedan por analizar las condiciones o circunstancias en las que puede ser correcto afirmar que una norma existe o está

de un orden jurídico, se lleva a cabo en presencia de un orden jurídico *eficaz en términos generales o efectivamente impuesto* (KELSEN 1960: 208), es decir, que es la eficacia de un sistema coactivo –esto es, un dato fáctico o empírico– lo que nos permite identificarlo como tal y fundamentar su obligatoriedad. También la existencia de las normas jurídicas, singularmente consideradas, está inexorablemente vinculada a cuestiones empíricas, puesto que la promulgación pasa a ser –en el Kelsen posterior a 1960– condición de existencia de las normas, o lo que es lo mismo, que la validez o existencia de las normas pasa a depender de la verificación de ciertos hechos, es decir, que es una propiedad de las normas empíricamente verificable (GUAISTINI 1991: 449). Por último, y ya en la *Teoría Pura del Derecho* (p. 224), KELSEN admite que la desuetudo, la ineficacia o desuso prolongados, pueden llegar a cancelar la obligatoriedad de las normas, con lo que la eficacia se convierte en condición de validez al menos en un sentido: cuando una norma válida permanece constantemente ineficaz durante un período de tiempo muy prolongado pierde su validez por desuetudo, con lo que luego los hechos pasan a formar parte del *fundamento* de la cancelación de la obligatoriedad de la norma.

²⁷ Esta distinción debería de ser sostenida de modo constante por todo *hilético*. Sin embargo, a veces los usos discursivos de quienes participan de esta teoría resultan más coherentes con los presupuestos ontológicos contrarios que con los propios. En esta línea, BULYGIN (1991b: 482) advierte como es común proferir, desde planteamientos idealistas o hiléticos, expresiones del tipo de la *interpretación de las normas* cuando es obvio que, desde estos mismos planteamientos, las normas, al ser entidades significativas no pueden ser interpretadas, en la medida en que ellas mismas son el fruto de la interpretación de un enunciado. Dicho de otro modo, para quien conciba a la norma como una entidad ideal, lo que se interpretan son las formulaciones de las normas, los enunciados, cuyo significado es la norma jurídica, pero no la norma en sí. Se puede extraer otra conclusión de esta curiosa paradoja: la afirmación de que las concepciones hiléticas son *más intuitivas* –que es uno de los argumentos de quienes las postulan– parece desvanecerse desde el momento en que ni los propios usos lingüísticos y discursivos de los *hiléticos* responden a esa *intuición*.

vigente. Aunque es difícil abordar este punto sin exponer antes de modo preciso cuál es la concepción que se tenga respecto de la naturaleza de las normas jurídicas, es decir, sin elaborar de un modo mucho más extenso al inmediatamente expuesto los presupuestos ontológicos del análisis ²⁸, me referiré a dos factores básicos o generales que suelen ser considerados como condiciones necesarias y suficientes de la vigencia de las normas jurídicas: su *promulgación* y su *publicación*.

Tomaré como exponente del primer factor a la propuesta presentada por Alchourrón y Bulygin en su obra *La existencia de las normas jurídicas* (1979). Su punto de partida es el análisis de las relaciones entre normas y existencia que Von Wright lleva a cabo en el capítulo VII de *Norma y Acción*. Afirma Von Wright (1963: 131-132) que para que una prescripción exista, será preciso que se haya establecido una relación normativa entre dos sujetos, puesto que la mera emisión de una orden o de un mandato no es condición suficiente de la existencia de una prescripción. Esta relación existirá cuando el mensaje prescriptivo vaya acompañado de la amenaza de sufrir un castigo en caso de incumplimiento de lo mandado, que resulte *eficaz* es decir, que infunda miedo al sujeto que recibe el mensaje, llamado sujeto normativo (pp. 139-140). En este caso, será correcto afirmar que hay una relación normativa entre ambos sujetos o lo que es lo mismo, entre la autoridad y el sujeto normativo y entonces y sólo entonces, es posible afirmar, a juicio de Von Wright, que existe la prescripción o la norma como algo distinto tanto del mensaje como de la relación normativa ²⁹. Alchourrón y Bulygin han matizado esta propuesta y no la encuentran plenamente aplicable a las normas jurídicas o, al menos, a la parte más importante de ellas ni tampoco a la relación normativa tal y como se establece con la aparición de una norma jurídica. En concreto, no consideran que la recepción sea una condición necesaria de la existencia de las normas jurídicas, pues el modelo de norma que sirve a Von Wright para la elaboración de su propuesta no es el normal en el universo de las normas jurídicas, es decir, que no es el referido normalmente por los juristas que afirman o presuponen que una norma existe. Alchourrón y Bulygin (1979: 25-26) proponen distinguir entre norma-comunicación y norma-prescripción: la norma-comunicación es la referida Von Wright, es decir, la prescripción que presupone un acto de mandar que necesita ser recibido por el destinatario para que se establezca la correspondiente relación normativa. Para explicar la existencia de las *normas-comunicación jurídicas* ³⁰ vale el análisis de Von Wright, pero no vale para el grueso de las normas jurí-

²⁸ Esta cuestión nos llevaría demasiado lejos y, desde luego, mucho más allá de lo que es la intención de este texto: ofrecer algunas precisiones o consideraciones generales respecto de los conceptos de validez y vigencia.

²⁹ Un análisis de la existencia de las normas en la obra de G. H. Von Wright, en GONZÁLEZ LAGIER (1995: 310-334).

³⁰ Algunos supuestos de normas-comunicación frecuentes en la práctica de los sistemas jurídicos, son las sentencias judiciales, las órdenes militares, mandatos administrativos que comienzan a vincular o despliegan sus efectos al momento de su notificación, etcétera.

dicas, que existen al margen de su recepción: es correcto, por ejemplo, afirmar que las normas *valen* para los sujetos al margen de que las hayan recibido o no o con independencia de que sean conocidas por todos y cada uno de sus destinatarios –ni los más afamados juristas conocen todas las normas del ordenamiento–; no parece, sin embargo, acertado afirmar que las normas existen para quienes las conocen y no existen para aquellos que aún no las recibieron de ningún modo. Todos estos factores y las correlativas presunciones mediante las que se salvan los problemas de conocimiento y recepción de las normas en sociedades complejas, demostrarían que la existencia de las normas jurídicas es, en términos generales, independiente de la recepción o del conocimiento que se pueda tener de ellas (Alchourrón y Bulygin 1979: 31), de modo que para explicar la existencia de las normas jurídicas, en su mayoría normas-prescripción, basta el acto de prescribir, es decir, la *promulgación* que hará nacer la relación normativa sin necesidad de recepción por sus destinatarios³¹. De este modo, «todo acto (serio) de promulgar una norma (= todo acto de prescribir) da lugar a la existencia de una norma. Lo único que queda excluido son los actos no serios (por ejemplo, bromas, prescripciones realizadas por un actor en el escenario, etcétera)» (p. 37).

También podemos considerar que las normas comienzan a existir a partir del momento de su publicación. Hernández Marín (1984: 18 y 1998: 391-397) ofrece un perfecto ejemplo de esta tesis cuando afirma que *son jurídicos* todos aquellos enunciados que aparecen contenidos en un texto o documento que, a su vez, tenga la consideración de cuerpo jurídico en la medida en que reúne una serie de formalidades o se ha elaborado tras la realización de unos ritos, cuya determinación corresponde, en todo caso, a cada ordenamiento jurídico. Si bien tradicionalmente, el criterio o rito básico podía ser la promulgación con unas formalidades específicas, «en las sociedades actuales, el único rasgo tenido en cuenta por la población para identificar un documento como cuerpo jurídico es el de su publicación, o sea, la difusión oficial copias del documento. De ahí que la publicación sea considerada, en la práctica, como un requisito, no sólo necesario, sino también suficiente, para la conversión de un documento en un cuerpo jurídico (p. 396) y, por tanto, para que sus enunciados adquieran la consideración de normas jurídicas.

Considero acertado afirmar que tanto la promulgación como la publicación aluden a circunstancias que hacen cierto el juicio por el que se afirma la existencia de una norma jurídica e incluso, probablemente agoten el universo de circunstancias que, en nuestras singulares circunstancias, pueden llegar a hacer cierta esa afirmación: resulta real-

³¹ Aunque no parece necesario exigir recepción por parte del destinatario de la norma, para comenzar a hablar de la existencia de la mayor y más importante parte de las normas jurídicas, considero acertada la observación crítica de GONZÁLEZ LAGIER (1995: 328), en el sentido de que convendría matizar de algún modo la propuesta para que abarcara la *recepción potencial*, si no la efectiva, por parte del sujeto destinatario de la norma.

mente difícil suponer algún factor que permitiera afirmar que una norma jurídica existe al margen de su promulgación o su publicación, especialmente en un contexto jurídico caracterizado por la positividad y la naturaleza escrita de las normas ³². Sin embargo, creo que es conveniente dejar la puerta abierta a la consideración de cualquier otro factor distinto, pues si la vigencia de una norma es su mera existencia, el juicio de vigencia estará correctamente formulado a partir de cualquier dato o circunstancia que nos coloque frente a una determinada entidad –generalmente lingüística o expresable mediante un lenguaje– merecedora de la consideración de *norma jurídica* y no sería correcto negar que existe porque no se publicó o no se promulgó.

La enumeración de las condiciones que hacen verdadera la afirmación de que «una norma existe», como acertadamente señalan Moreso y Navarro (1993: 109-110), es difícil, pues, la existencia depende en gran medida de las creencias y actitudes de los sujetos de un grupo social determinado: las normas vigentes son las normas que un grupo de sujetos de una sociedad determinada *crea* que son normas jurídicas y reconoce que tienen que ser tenidas en cuenta por funcionarios y particulares. Luego el juicio de vigencia viene condicionado por cualesquiera condiciones que hayan podido motivar esas creencias y dado lugar a la existencia de una norma y no el resultado de una verificación conforme a unos determinados parámetros formalizados o axiomatizados ³³.

Esta consideración final tampoco llega a resultar contradictoria con las dos causas de la existencia de las normas jurídicas antes presentadas, al menos tal y como las han formulado sus mentores. Alchourrón y Bulygin afirmaban que las normas existían a partir de los intentos *serios* de promulgación y determinar qué es la *seriedad* es algo que difícilmente puede ser visto como una cuestión cerrada, técnica o formalizada. En cuanto a la tesis de la publicación, el propio Hernández Marín (1984: 17-18) ha ofrecido un ejemplo de una circunstancia, en cierto modo, determinante de la existencia de la norma y que resulta ser alternativa a su propia propuesta: se refiere a casos de aplicación de disposiciones no publicadas oficialmente –supuesto que toma de Lapuente 1978–, lo que «permite pensar que algunos representantes de la Administración española consideraron dichas disposiciones como jurí-

³² Pensar en supuestos distintos es difícil pero no imposible, especialmente si prescindimos, al menos parcialmente de las condiciones de positividad y naturaleza escrita del derecho. Pensemos, por ejemplo, en una norma consuetudinaria que hubiera tenido su origen en la creencia errónea respecto de lo publicado o promulgado por una antigua autoridad normativa.

³³ En particular, el juicio de vigencia no es el efecto del cumplimiento de requisitos legales o normativos preestablecidos, lo que nos lleva a la legalidad o la validez, pero, en ningún caso, a la existencia. Las creencias respecto de la existencia de las normas podrán ser criticadas, corregidas, confirmadas, rectificadas de acuerdo a múltiples criterios y parámetros, e incluso pueden ser extinguidas se constate que autoridades, funcionarios y particulares creían erróneamente que una norma era válida o cuando creían erróneamente que una norma válida no lo era (MORESO y NAVARRO 1993: 112), pero no tiene mucho sentido negar la existencia de aquello que se valora o corrige ni tampoco negar cualquier estatuto ontológico a aquello en lo que se cree.

dicas, en contra de la opinión dominante». Y es que afirmar que la existencia de las normas jurídicas viene determinada *necesariamente* por la promulgación, por la publicación o por cualquier otro factor concreto, es decir, axiomatizar la existencia de las normas, implica *legislar acerca de usos lingüísticos y formalizar el pensamiento y la ideología de los juristas* (HERNÁNDEZ MARÍN 1984:18), algo que efectivamente no parece muy razonable.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. (1971): *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
- (1979): *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela).
- (1991): *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid.
- (1991a): «Von Wrigh y la Filosofía del Derecho» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- (1991b): «La concepción expresiva de las normas» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- (1991c): «Definiciones y normas» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- (1996): «Norma jurídica» en GARZÓN VALDÉS y LAPORTA 1996.
- ALEXY, R. (1997), *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Gedisa, Barcelona.
- ÁLVAREZ, N. (1979): «Reflexiones entorno al concepto de validez jurídica» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 56, Madrid, 1979.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996): *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona.
- BETEGÓN, J., GASCÓN, M., DE PÁRAMO, J. R. y PRIETO, L. (1997): *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw Hill, Madrid.
- BOBBIO, N. (1956): *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991.
- BULYGIN, E. (1991a): «Kant y la Filosofía del Derecho contemporánea» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- (1991b): «Dogmática jurídica y sistematización del derecho» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- (1991c): «Sobre las normas de competencia» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- (1991d): «Validez y positivismo» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- CALSAMIGLIA, A. (1977): *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona.
- CARACCILO, R. (1988): *El sistema jurídico. Problemas actuales*, CEC, Madrid.
- DELGADO PINTO, J. (1990): «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas» en *Doxa*, núm. 7, 1990.
- FALCÓN y TELLA, M. J. (1994): *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Cívitas, Madrid.
- FARIÑAS DULCE, M. J. (1991): *El problema de la validez jurídica*, Cívitas, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (1989): *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1992.
- GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. J. (1996), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid.

- GASCÓN, M. (1997): «Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes» en *Doxa*, núm. 20, 1997.
- GUASTINI, R. (1983): «Teorie delle regole costitutive» en *RIFD*, 1983.
- (1991): «Norme, giudici di validità e scienza giuridica nell'ultimo Kelsen» en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XXI, 1991.
- (1994): «Invalidity» en *Ratio Iuris*, vol. 7, núm. 2, 1994.
- (1995): «Normas supremas» en *Doxa*, 17-18, 1995.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (1995): *Acción y Norma en G. H. von Wright*, CEC, Madrid.
- HART, H. L. A. (1961): *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1996): «Autoridad–competencia» en GARZÓN VALDÉS y LAPORTA 1996.
- (1984): *El derecho como dogma*, Tecnos, Madrid.
- (1998): *Introducción a la Teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid.
- KELSEN, H. (1944): *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979.
- (1960): *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México.
- (1965): «Recht und Logic» en *Neues Forum*. (Hay traducción al castellano de U. SCHMILL y J. CASTRO: *Derecho y Lógica*, UNAM, México, 1978).
- (1979): *Teoria General delle Norme*, Einaudi, Milán, 1985.
- LAPUENTE, R. (1978): «Reseña de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la publicación y promulgación de normas (1940-1975)» en *Anales de Derecho* 1978.
- LÓPEZ CALERA, N. M. (1997): *Filosofía del Derecho (I)*, Comares, Granada.
- MENDOÇA, D. (1991): *Introducción al análisis normativo*, CEC, Madrid.
- MORESO, J. J. (1996): «Leguaje jurídico» en GARZÓN VALDÉS y LAPORTA 1996.
- MORESO, J. J. y NAVARRO, P. E. (1993): *Orden jurídico y sistema jurídico*, CEC, Madrid.
- NINO, C. S. (1978): «Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity» en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, LXIV/3, 1978.
- (1983): *Introducción al análisis del derecho*, Ariel.
- PEÑA FREIRE, A. M. (1997): *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid.
- ROSS, A. (1958): *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- (1968): *Lógica de normas*, Tecnos, Madrid, 1971.
- RUIZ MANERO, J. (1990): *Jurisdicción y normas*, CEC, Madrid.
- VON WRIHT, G. (1963): *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970.