

Principio de eficacia e imperio de la ley. Observaciones en torno a su relación

Principle of efficacy and rule of law. Observations about their relationship

Diego Almonacid-Almarza

Universidad Austral de Chile, Chile

dalmonacid.a@gmail.com

Resumen: el propósito de este trabajo es explorar la relación entre el principio de eficacia y el imperio de la ley como formalidad legal. Parte sustancial del trabajo se dedica a reconstruir el fundamento que se atribuye a cada noción en las teorías jurídicas preponderantes y cómo se relacionan con el concepto de derecho y con la existencia de los sistemas jurídicos. Este examen muestra que el imperio de la ley como formalidad legal y el principio de eficacia comparten un mismo fundamento, lo que permite trazar ciertas relaciones entre ellas. Los principales resultados de este análisis son dos. Primero, no existe una determinación unánime acerca de la relación entre el principio de eficacia y el imperio de la ley como formalidad legal con el concepto de derecho y con las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos. Segundo, dos de las posiciones que mayor influjo ejercen en la literatura acerca de la relación entre ambas nociones, presentes en los trabajos de M. Kramer y J. Raz, tienen problemas importantes.

Palabras clave: principio de eficacia, imperio de la ley, formalidad legal, dimensión social del derecho.

Abstract: the purpose of this work is to explore the relationship between the principle of efficacy and the rule of law as formal legality. A substantial part of the work is dedicated to reconstructing the foundation attributed to each notion in the prevailing legal theories and how they are related to the concept of law and the existence of legal systems. This examination shows that the formal legality and the principle of effectiveness share the same foundation, which allows establishing certain relationships between them. The main results of this analysis are two. First, there is no unanimous determination about the relationship between the principle of efficacy and the rule of law as a legal formality with the concept of law and with the conditions of existence of legal systems. Second, two of the most influential positions in the literature on the relationship between both notions, present in the works of M. Kramer and J. Raz, have significant problems.

Keywords: principle of efficacy, rule of law, formal legality, social dimension of the law.

I. Introducción

El imperio de la ley como formalidad legal y el principio de eficacia abordan la dimensión social del derecho en el sentido que discurren en torno a la manera en que el derecho guía la conducta de los sujetos normativos. Las teorías del imperio de la ley como formalidad legal sostienen que los sujetos normativos han de ser gobernados por reglas generales, públicamente promulgadas, prospectivas, claras, coherentes, estables y aplicadas fielmente por los funcionarios.¹ La satisfacción de estos principios haría del derecho un instrumento capaz de guiar la conducta humana al hacer posible su observancia y, con ello, alcanzar propósitos sustantivos ulteriores. El principio de eficacia, por su parte, impone como una condición de existencia de los sistemas jurídicos que sus normas sean eficaces. Con este principio se expresa que la existencia de un sistema jurídico depende de una determinada relación entre las reglas que pertenecen a él y la población a la que estas reglas están dirigidas.

Pese a que ambas nociones pretenden explicar aspectos de la dimensión social del derecho, su relación ha permanecido inexplorada. El objeto de este trabajo es identificar la relación entre la formalidad legal y el principio de eficacia en teorías positivistas del derecho. El estudio de esta cuestión es relevante porque permite comprender mejor las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos y avanzar el entendimiento de la dimensión social del derecho.

En lo que sigue sostendré las siguientes tesis:

[T1] El imperio de la ley como formalidad legal y el principio de eficacia, en tanto nociones teóricas, comparten como fundamento la idea de que el derecho es una técnica específica para guiar el comportamiento.

[T2] Según si, por un lado, se afirma (tesis monista) o se niega (tesis dualista) una relación conceptual entre el imperio de la ley como formalidad legal y el derecho y, por otro, según si se entiende que el principio de eficacia expresa un enunciado sintético o analítico, es posible identificar cuatro posiciones sobre la relación entre ambas nociones: monismo positivista, analítico o sintético, por una parte; y dualismo positivista, analítico o sintético, por otra.

[T3] El monismo positivista analítico, que afirma la relación conceptual entre formalidad legal y derecho y entiende el principio de eficacia como un enunciado analítico, infringe el principio metateórico de simpleza teórica.

[T4] El dualismo positivista, que niega la relación conceptual entre derecho e

imperio de la ley, admite una ulterior distinción según si se entiende al imperio de la ley (1) como un ideal regulativo o (2) como una condición de existencia del derecho. [T4.1] En el caso de (1) se produce una tensión que puede diluirse si se incluye a la satisfacción de los principios de legalidad como condición de existencia del derecho. [T4.2] En el caso (2), la relación con el principio de eficacia depende de si se entiende como un enunciado analítico o sintético. Si se entiende como un enunciado analítico se infringe el principio de simpleza teórica.

Procederé en tres pasos. Primero, reconstruiré la forma en que se ha entendido la formalidad legal y sostendré que aquello que permite singularizar esta noción, más allá de la concreta lista de principios que se incluyan, es su fundamento. Luego, siguiendo a Bennett, explicaré la distinción entre teorías monistas y dualistas del imperio de la ley. En segundo lugar, luego de identificar los fundamentos del principio de eficacia precisaré los sentidos de “existencia”, “sistema jurídico” y “eficacia” que se ven envueltos en él. Una vez precisado, trazaré la distinción entre dos comprensiones del principio de eficacia: como un enunciado analítico y como un enunciado sintético. Tras haber precisado las nociones en juego, en el último paso explicitaré y problematizaré las relaciones entre las diferentes comprensiones de ambas nociones.

A lo largo del trabajo reconstruyo las nociones de formalidad legal y del principio de eficacia basándome en los trabajos de autores que han configurado la comprensión de ambas ideas. Dos alcances son necesarios. Primero, los límites del trabajo impiden justificar que efectivamente las ideas que describiré han tenido el impacto que asumo han tenido. Segundo, a menudo la ideas que expongo son solo una parte de un sistema teórico más amplio y su escisión puede llegar a suponer que la reconstrucción no sea exegéticamente precisa. Con todo, para el cumplimiento del propósito de este trabajo considero que el grado de precisión de la reconstrucción que elaboro es suficiente.

II. Imperio de la ley como formalidad legal

La formalidad legal es una comprensión específica pero muy difundida del imperio de la ley. Quizás las dos formulaciones más extendidas de esta noción son las de Fuller y Raz. Fuller en su famosa alegoría del rey Rex identificó ocho maneras en que se podía fallar en hacer derecho. De ahí derivan ocho principios o desiderátums. Las reglas deben ser generales (que regulen conductas genéricas), promulgadas,² prospectivas, claras, no contradictorias, deben requerir conductas posibles, estables y la acción oficial de aplicación de las reglas debe ser congruente con las reglas declaradas (Fuller, 1967, pp. 43-48, 56-107). En una línea bastante similar, Raz (1985, pp. 268-273) propuso

en el primero de sus trabajos dedicados al imperio de la ley una lista no exhaustiva de principios que pueden ser divididos en dos grupos. El primer grupo corresponde a características formales de las reglas que hacen posible su cumplimiento: prospectividad, publicidad, claridad y estabilidad. El segundo grupo corresponde a una serie de arreglos institucionales dirigidos a asegurar que el derecho sea fielmente aplicado: las normas particulares deben ser guiadas por reglas públicas, estables, claras y generales; se debe garantizar la independencia de la judicatura; se deben observar los principios de justicia natural; las cortes deben tener el poder para revisar la implementación del resto de principios; y las cortes deben ser fácilmente accesibles.³ No es exagerado sostener que ambos trabajos han configurado la discusión en torno al imperio de la ley, por ejemplo, autores como Finnis (2011, pp. 270-276), Kramer (2007, pp. 109-142), Rawls (1999, pp. 206-211) y Scalia (1989) han sostenido esta concepción del imperio de la ley.

Pese a su propagación e importancia, la concepción del imperio de la ley como formalidad legal no es ni mucho menos unánime. Es más, se ha sostenido que el imperio de la ley es un concepto esencialmente controvertido en los términos de Gallie (Waldron, 2002; Fallon, 1997, p. 7).⁴ Con todo, la formalidad legal tiene una ventaja a su favor que parece explicar su destacada influencia en la literatura. La formalidad legal no confunde el imperio de la ley con otros elementos sustantivos como la democracia o la justicia. Excluirlo tiene la ventaja de que para determinar el concepto de imperio de la ley es innecesario plantear una filosofía social completa (Raz, 1979, p. 264; Summers, 1993, p. 135). No obstante, la resistencia a aceptar esta versión del imperio de la ley se debe a que es incapaz de cumplir el papel que este concepto ha cumplido en la historia del pensamiento filosófico-político. La inspiración histórica de este ideal es la posibilidad de constreñir una tiranía por parte del soberano. La formalidad legal se desentiende de esta aspiración (Shklar, 1987; Tamanaha, 2004, p. 96). En ese sentido, Tamanaha (2004, p. 96) ha afirmado que se asimila más al imperio *por* la ley que al imperio *de* la ley.

A. Más allá de las definiciones extensionales. Sobre el fundamento de la formalidad legal

Con la finalidad de explorar la relación entre el imperio de la ley como formalidad legal y el principio de eficacia se hace necesario singularizar la primera de estas nociones más allá de la concreta lista de principios que ofrezca una teoría en particular; es decir, más allá de las definiciones extensionales que se propongan.

Una alternativa intuitiva es definir la formalidad legal apelando al carácter formal

de sus principios. Es frecuente distinguir entre teorías del imperio de la ley con un mayor o menor grosor según impongan mayores o menores exigencias. Es habitual trazar una línea divisoria entre teorías formales y sustantivas del imperio de la ley. Las teorías sustantivas suelen caracterizarse como aquellas que imponen requisitos acerca del contenido del derecho, plantean exigencias dependientes de aquel o que suman a las exigencias de las teorías formales la reivindicación de ciertos derechos sustantivos sustentados o derivados del imperio de la ley. Las teorías formales, en tanto, son aquellas que no imponen exigencias dependientes del contenido del derecho y se centrarían en las fuentes apropiadas de la legalidad y en la forma de esta, como la manera en que el derecho fue promulgado, la claridad de las normas promulgadas o su dimensión temporal (Tamanaha, 2004, p. 92; Craig, 2016, p. 95; Summers, 1993, p. 135).

Sin embargo, la distinción entre teorías formales y sustantivas no permite singularizar adecuadamente la formalidad legal porque no existe una propiedad interna a los principios de legalidad que los distinga de las exigencias sustantivas. La razón es que la forma incide en el contenido y, por tanto, las exigencias relativas a la forma tienen implicancias sustantivas (Gardner, 2014, pp. 198-204). Es más, la distinción es meramente informativa pues no se derivan grandes consecuencias del hecho que una teoría se ubique a uno u otro lado de la línea divisoria (Tamanaha, 2004, p. 92). Pareciera que esto se debe a que la distinción busca sistematizar un catálogo de principios que diversas teorías plantearon sin tener dicha distinción en cuenta. Las teorías de la formalidad legal se han formulado a partir de un fundamento, con independencia de si lo que se sigue de él es estrictamente formal o tiene también alcances procesales o sustantivos. Esta es la cuestión metateórica que es importante subrayar pues permite singularizar a la noción de formalidad legal más allá de la lista de principios que una u otra teoría exija. Es por esta razón que el fundamento de la formalidad legal permite singularizar esta noción sin acudir a definiciones extensionales.

Es necesario distinguir la pregunta acerca del fundamento del imperio de la ley como formalidad legal de otras dos preguntas: la pregunta acerca de su valor moral y la pregunta acerca de su relación con el concepto de derecho. La pregunta por el valor moral del imperio de la ley supone determinar si la conformidad con este es un estado de cosas valioso o estimable moralmente en términos sustantivos. Esta pregunta suele traducirse en una disputa por la compatibilidad o incompatibilidad del imperio de la ley con una tiranía; en la discusión sobre la verdad de la tesis de la propensión a la bondad, esto es, que los ordenamientos jurídicos que se conforman en un cierto grado con el imperio de la ley tienden a ser moralmente buenos en términos sustantivos; y en

la solidez de la tesis del valor moral instrumental, a saber, que el valor moral del imperio de la ley depende del valor moral del objeto o propósito al que sirve. La pregunta acerca de la relación entre el imperio de la ley y el concepto de derecho requiere determinar si la transgresión radical a los principios del imperio de la ley hace que el sistema de gobernanza deje de ser derecho. Esta cuestión será abordada en el próximo subapartado. La pregunta acerca del fundamento del imperio de la ley es una interrogante acerca de la razón por la cual se sostiene el ideal normativo del imperio de la ley. Desde luego, estas tres preguntas están intrincadas y sus respuestas relacionadas. Aun así pueden ser escindidas.

Veamos primero como Fuller concibe el fundamento del imperio de la ley. En el contexto de su disputa con Hart, Fuller criticó la insistencia de este en distinguir entre un orden y un buen orden. Sostuvo que incluso si concedemos el punto del argumento a Hart y separamos el concepto de orden del de buen orden, todavía sería necesario considerar un elemento moral, ya que la noción de orden en sí misma incorpora una moralidad del orden o moral interna del derecho. Esta moralidad interna corresponde para Fuller al contenido de las exigencias del imperio de la ley y aquello cuyo respeto permite llamar a un orden derecho, aun cuando sea un orden tiránico (1958, pp. 644-645). Es esta moralidad interna la que se plasma en sus reputados ocho desiderátums. Fuller aclara que al identificar los ocho desiderátums pretende articular “las leyes naturales de una clase particular de empresa humana la cual (...) [describe] como ‘la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de las leyes’” (1967, p. 110). Los desiderátums de la moralidad interna del derecho “[s]on como las leyes naturales de la carpintería” (Fuller, 1967, p. 110). Fuller sostiene que la moral interna del derecho es procesal en un sentido amplio si es que con este término se puede indicar que “lo que nos importa no son los objetivos substantivos de las normas legales, sino las formas en que debe ser creado y administrado un sistema de leyes para gobernar la conducta humana si ha de ser eficaz (...)” (1967, p. 110).

Una pregunta que asalta de inmediato es en qué sentido los desiderátums del imperio de la ley de la teoría de Fuller son morales. Para Fuller la moralidad interna del derecho es similar a las leyes naturales de la carpintería. ¿Acaso quién quiere que su casa se mantenga en pie debe seguir alguna ley natural de la carpintería? Hart señaló acertadamente, primero, que los desiderátums de Fuller no son internos al derecho porque son igualmente aplicables a cualquier actividad guiada por reglas, como un juego; y, en segundo lugar, que Fuller confundía la moralidad con la noción de una actividad propositiva. Envenenar es también una actividad propositiva y existen principios que

deben ser cumplidos si se quiere alcanzar el propósito de matar a la víctima, pero no es en ningún sentido moral (Hart, 1965, p. 1286). En realidad, los principios o desiderátums de Fuller son necesarios para llevar adelante una actividad propositiva de someter la conducta humana a reglas. Son principios que indican lo necesario para la ejecución eficiente del propósito de guiar la conducta humana mediante reglas (Hart, 1965, p. 1284; en igual sentido, Summers, 1965, p. 26; Radin, 1989, pp. 784-787; Waldron, 1994, pp. 261-262; Kramer, 1999, pp. 50-51).

Gardner interpreta los pasajes citados del trabajo de Fuller como una distinción entre medios y fines. Según él, Fuller quiere enfatizar que la moralidad interna del derecho es una moralidad del cómo y no del porqué. El cumplimiento de la moralidad interna es lo que permitiría alcanzar objetivos sustantivos. Fuller, dice Gardner, asume una concepción modal del derecho (por oposición a una concepción funcional). Someter la conducta humana a la gobernanza de las reglas es un medio para alcanzar diversos propósitos u objetivos. En consecuencia, el derecho no se distingue por su función, sino por los medios distintivos que provee para servir a cualquier fin. Es una técnica social específica para someter la conducta humana a la gobernanza de las reglas (Gardner, 2014, pp. 206-208).

El fundamento de la formalidad legal es la relación instrumental que tiene con el propósito o función de guiar la conducta humana. Lo que explica las exigencias del imperio de la ley es la distintiva modalidad con que el derecho regula la conducta humana. Existen ciertas características que hacen de una regla una buena regla y ciertos arreglos institucionales que permiten que las decisiones sean buenas decisiones, a la luz del aludido propósito (Gardner, 2014, p. 211). Esta idea es capturada con particular nitidez por Raz, para quien la idea básica de la cual arranca el imperio de la ley es que “el derecho tiene que ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos” (1979, p. 267). Raz aclara que un sujeto obedece el derecho solo si una de las razones para conformarse a él es su conocimiento del derecho. Por tanto, los sujetos normativos deben ser capaces de conocer el derecho y conformarse a él (Raz, 1979, p. 267).

En este punto es necesario un alcance. El fundamento instrumental del imperio de la ley como formalidad legal ocupa un lugar distinto en las teorías positivistas y en las iusnaturalistas. El punto de coincidencia es que la conformidad con el imperio de la ley entendido como formalidad legal hace posible que el derecho guíe el comportamiento de los súbditos. Sin embargo, en las teorías iusnaturalistas este fundamento suele ir acompañado por un fundamento moral que conectan al concepto de derecho. Estas teorías entienden que la formalidad legal hace posible un ulterior valor moral sustantivo,

por ejemplo, que realiza alguna forma de libertad o autonomía o que impide que el sistema de gobernanza sea tiránico pues una tiranía carece de razones para someterse a la formalidad legal.⁵ Pese a esto, las aproximaciones iusnaturalistas a la formalidad legal no niegan el fundamento instrumental sino solo su carácter único. En consecuencia, este fundamento es un mínimo común denominador en las teorías de la formalidad legal.

B. Monismo y dualismo

¿Existe una relación conceptual entre el imperio de la ley y el derecho? Distintos teóricos han afirmado dicha relación conceptual y otros la han negado. Bennett ha acuñado los términos monismo y dualismo para referirse, correspondientemente, a la posición que afirma que el imperio de la ley es parte del concepto de derecho y a la posición que niega dicha afirmación (Bennett, 2007, pp. 91, 95). En español, el uso del sintagma “imperio de la ley” hace que se pierda el punto lingüístico de la disputa entre dualistas y monistas. Si usamos en vez de “imperio de la ley”, el sintagma “imperio del derecho” podemos recuperar este aspecto del problema. ¿La palabra “derecho” en el sintagma “imperio del derecho” significa lo mismo que fuera de dicho sintagma?⁶ Esta es una pregunta que los defensores de una u otra posición se han ocupado de responder.

Fuller es probablemente el más reconocido de los monistas.⁷ Fuller afirma que el imperio de la ley como formalidad legal es parte del concepto de derecho. Esto es claro pues, para él, su famosa alegoría del rey Rex representa ocho maneras en que se puede fallar en hacer derecho. Estas ocho maneras corresponden a los principios del imperio de la ley (Fuller, 1967, pp. 51-52). Con todo, su argumento es un tanto más complejo. Puede ser sintetizado como sigue. Según Fuller el derecho es una empresa propositiva, cuyo propósito es sujetar la conducta humana al gobierno de las reglas. Los principios del imperio de la ley como formalidad legal admiten un cumplimiento gradual. Esto permite que el imperio de la ley tenga un doble papel. Por una parte, funge como un ideal: un alto grado de conformidad hace que el sistema jurídico forme parte de la clase de los buenos sistemas jurídicos; por otra, el grado de cumplimiento de los principios determina si un sistema de gobernanza es un sistema jurídico en mayor o menor medida.

Raz, en cambio, sostiene una concepción dualista del imperio de la ley. El imperio de la ley, dice Raz, significa lo que literalmente se está diciendo: que es la ley la que impera (o gobierna) (1979, p. 265).⁸ Esto suele entenderse en la filosofía jurídica y política como una exigencia de que el gobierno se rija por el derecho y se someta a él. Se expresa frecuentemente en la frase “el gobierno de las leyes y no de los hombres”. La

primera pregunta es ¿cómo dar entender esta idea en un sentido relevante? La respuesta es diferenciar entre un sentido profesional y uno lego de “derecho”. Mientras que, en el caso del abogado, para que algo sea derecho basta con que cumpla con los requisitos de validez del sistema, al lego le interesa algo más. Lo que le interesa es que —entre otras características— el derecho sea público, general y estable. Así pues, en la frase “el gobierno de las leyes y no de los hombres”, la palabra “leyes” alude a “derecho” en el sentido de los legos. Sin embargo, como es imposible que el derecho esté compuesto solo por reglas generales, públicas y estables porque se requieren decisiones que apliquen dichas reglas, sería necesario agregar que las reglas particulares deben guiarse por reglas generales, públicas y estables (Raz, 1979, pp. 265-267). Estas nociones cumplen la función de un puntal sobre el cual Raz desarrolla su teoría del imperio de la ley.

Lo relevante es que aquí se ve ya el dualismo de Raz. Para este autor el imperio de la ley es un ideal, una virtud específica del derecho que este puede o no poseer en un mayor o menor grado. Si lo posee, el sistema jurídico será virtuoso en este aspecto. Pero esta no es una condición que forme parte del concepto de derecho. Además, es solo una de las tantas virtudes que el derecho puede poseer. El derecho puede ser virtuoso en otros sentidos. Puede ser democrático, respetar la dignidad de las personas o respetar los derechos humanos. Dichas virtudes deberían permanecer escindidas del imperio de la ley por conveniencia analítica (Raz, 1979, p. 264).

Aun cuando Raz sostiene una noción dualista del imperio de la ley, sí admite una conexión mínima entre algunas de las exigencias de la formalidad legal y el concepto de derecho. Los sistemas jurídicos, dice Raz, se basan en instituciones judiciales. Para que estas existan debe a lo menos existir alguna regla general que las instituya, no basta con que un conjunto de reglas particulares instituya a un juez para cada disputa. Además, si hay una violación grosera a los principios de la formalidad legal es porque hay normas retroactivas. Sin embargo, solo pueden existir normas retroactivas si hay una norma prospectiva que instruye aplicarlas. En consecuencia, afirma Raz, algunas reglas de reconocimiento y de adjudicación deben ser generales y prospectivas (Raz, 1979, pp. 278-279). Lo importante, con todo, es que estas exigencias forman parte del concepto de derecho solo en tanto este descansa en un aspecto mínimo de la formalidad legal. Pero esto no implica en ningún caso una aceptación de la posición monista, ya que el concepto de derecho de Raz es compatible con violaciones groseras al imperio de la ley (Bennett, 2007, pp. 103-104).

III. Principio de eficacia

Los autores positivistas, desde Austin, pasando por Hart, Kelsen y Bobbio, hasta Raz, concuerdan en que el principio de eficacia es una de las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos. Para Austin uno de los elementos que constituye a una sociedad política independiente es que la generalidad de sus miembros tenga el hábito de obedecer a un legislador supremo, determinado y común (2007, p. 167). Hart, aceptando esta condición propuesta por Austin, señaló que “cuando las normas jurídicas imponen obligaciones o deberes ellas tienen que ser generalmente obedecidas o por lo menos no desobedecidas generalmente” (1961, p. 140). Kelsen sostuvo que “[u]n orden jurídico es considerado válido, cuando sus normas, en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces, es decir, son fácticamente acatadas y aplicadas” (1960, p. 224).⁹ Además, señaló que “carecería de sentido” un orden normativo “al que los comportamientos reales de los individuos —objeto de regulación de dicho orden— no se adaptaran en absoluto sino que le fueran totalmente opuestos” (Kelsen, 1934, p. 87). Bobbio, afirma que “un ordenamiento jurídico existe mientras tenga *eficacia*” (1958/1960, p. 174). De acuerdo con Raz, los teóricos concuerdan en que “un orden jurídico no es el derecho vigente en una cierta comunidad, salvo que sea respaldado, aceptado o interiorizado por, al menos, ciertos sectores de la población” (1979, p. 62).

Los autores no solo concuerdan en que el principio de eficacia es una de las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos, sino también en la falta de estudio en torno a su contenido y en las dificultades que plantea (Raz, 1979, pp. 61-62; Navarro, 1990, p. 65). No es mi pretensión resolver las complejidades asociadas al principio de eficacia, sino desvelar ciertos aspectos compartidos por este grupo de teóricos. Me centraré, sobre todo, en los trabajos de Kelsen y Hart pues se siguen cuestiones interesantes del distinto rol que atribuyen a la coerción jurídica. Procederé bajo la asunción de que las teorías aludidas han influenciado el entendimiento del derecho y que, frente a los escasos desarrollos del principio de eficacia, la importancia de su comprensión por dichas teorías ha perdurado. Así, la reconstrucción de este aspecto de las teorías de Kelsen y Hart muestra los contornos de la comprensión del principio de eficacia por parte de teorías positivistas previas a los desarrollos teorías del concepto de sistema jurídico de la década de 1970.¹⁰ Esto permitirá trazar algunas relaciones con el imperio de la ley como formalidad legal.

El principio de eficacia indica que “la eficacia de las normas constituye una condición necesaria de la existencia de los sistemas jurídicos” (Navarro, 1990, p. 71). Esta formulación nos advierte de la existencia de tres variables importantes a partir de

[10] *Isonomía* • Núm. 58 • 2023

cuyo entendimiento obtendremos distintas versiones de este principio. Las variables son “eficacia”, “existencia” y “sistema jurídico”. Pero antes de abordarlas intentaré aislar el fundamento de esta exigencia teórica.

A. La función motivadora como fundamento

En la literatura pueden encontrarse al menos dos fundamentos al principio de eficacia que explican su defensa por parte de distintos teóricos positivistas. Un primer fundamento se relaciona con la utilidad epistemológica del principio. En este sentido, se asevera con diferentes matices que el principio de eficacia es el contexto, un trasfondo o un presupuesto, tanto de los enunciados normativos (aquellos que expresan una proposición normativa) como de enunciados internos. Ambos tipos de enunciados contienen una referencia implícita a un sistema jurídico. El principio de eficacia permite identificar a qué sistema jurídico han de entenderse referidos dichos enunciados, a saber, a aquel que es eficaz (Navarro, 2017, p. 49; Vilajosana, 2010, pp. 186-187; Adams, 2019, p. 228). Kelsen, por ejemplo, entiende que la función de la norma básica “es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo” (1960, p. 210) y, de esta manera, para la ciencia jurídica positivista es “una norma que es pensada como *presupuesto* cuando se interpreta un orden coactivo, *eficaz en términos generales*, como un sistema de normas jurídicas válidas” (1960, p. 212, énfasis agregado). Hart sostiene que en caso de “inobservancia general de las reglas del sistema” (...) “falta el contexto o trasfondo normal para formular cualquier enunciado interno en términos de las reglas del sistema” (1961, p. 129). Luego, agrega, “una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema *presupone* la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz” (Hart, 1961, p. 130). Un segundo fundamento, se refiere a la función de motivación y control del comportamiento por parte del derecho. A continuación, me detendré en este.

La razón de la insistencia en el principio de eficacia por parte de los positivistas jurídicos puede rastrearse hasta la tesis de los hechos sociales o de las fuentes sociales (Moreso, 1994, pp. 353-356). De acuerdo con la tesis de los hechos sociales “la existencia y el contenido del derecho en una sociedad dependen de hechos sociales, esto es, de actos o actividades de los miembros de la sociedad” (Bulygin, 2006, p. 72). Para el positivismo jurídico la existencia de hechos sociales es una condición necesaria y suficiente para la superveniencia del derecho (Vilajosana, 2007, pp. 29-30). Es posible demarcar una separación entre dos grupos de estos hechos sociales. El primer grupo está constituido por ciertos actos de observancia de las normas que las hacen eficaces. El

segundo, son ciertas actitudes de las autoridades normativas (Navarro, 1990, p. 11). De ahí que la relación entre el sistema jurídico y los hechos sociales puede ser considerada en dos direcciones: “desde las actitudes de las autoridades normativas hacia los sistemas jurídicos y desde los sistemas jurídicos hacia las actitudes de los sujetos normativos” (Navarro, 1990, p. 11). Centrémonos en esta última dirección.

El sistema jurídico se relaciona con los sujetos normativos de una determinada *forma* y, a lo menos, con una determinada *función*. Para explicar este punto habremos de distinguir entre una teoría que otorga a un papel preponderante a la coerción, como la de Kelsen, y una que le otorga un papel secundario, como la de Hart. Veamos, primero, como se desarrolla esta idea en Kelsen. En cuanto a la forma, Kelsen considera que el derecho es una técnica social específica. Para Kelsen esta técnica social “consiste provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario” (1945, p. 22). Es importante notar que el derecho en tanto técnica social específica se asocia, de modo prevalente, a la función motivadora de la conducta. El derecho desalienta conductas amenazando con la represión de actos ilícitos. Kelsen sintetiza la conexión entre la forma y la función de la siguiente manera:

Si el derecho —desde una perspectiva puramente positivista— es un orden coactivo externo, habrá que entenderlo como una técnica social específica. Esta técnica consiste en que la situación social a la que se aspira se consigue, o se intenta conseguir, vinculando la conducta humana que es contraria a la situación social deseada y el acto coactivo como consecuencia de la misma (...). La finalidad del ordenamiento es, por tanto, motivar a los individuos (...). En esa motivación radica la eficacia que tiende a conseguir el ordenamiento jurídico (Kelsen, 1934, pp. 59-60).

La misma relación, puede sostenerse, aparece en la obra de Hart.¹¹ Este autor intenta mostrar que el contenido de las normas no se reduce a órdenes generales respaldadas por amenazas como ocurre —siendo los casos típicos— en el derecho penal o en la responsabilidad civil. Las normas también confieren poderes públicos y privados y otorgan permisos. En consecuencia, el derecho no solo cumple una función represiva de actos ilícitos, sino que también cumple otras funciones: facilita los acuerdos privados, determina los procedimientos para cambiar el derecho y regula los procedimientos de los órganos aplicadores del derecho. Y estas funciones, se cumplen mediante normas que no pueden ser reducidas a mandatos respaldados por amenazas (Hart, 1961, pp. 34-53).¹² Por esto, para Hart es un error situar las principales funciones del derecho en tanto medio de control social en la labor de los tribunales (1961, pp. 50-51). La función primaria del derecho “es proveer guías a la conducta humana y estándares de crítica a tal conducta” (Hart, 1994, p. 24). En las ocasiones en que opera la coerción jurídica, el

derecho ha fallado en su función primaria y, por ello, se trata de una función secundaria (Hart, 1994, p. 24).

En cuanto a la forma, Hart reconoce que hay numerosas técnicas para controlar a la sociedad, pero en el caso del derecho la técnica:

consiste en especificar, mediante reglas, ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad (...). [S]e espera que los miembros de la sociedad, sin el concurso o la intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y entiendan que ellas les son aplicables y adecúen su comportamiento a las mismas. Lo que es distintivo de esta técnica, comparada con las órdenes individualizadas, (...) es que los miembros de la sociedad tienen que descubrir las reglas a su riesgo y adecuar su conducta a ellas (Hart, 1961, p. 49).

Estas explicaciones de la manera en que el sistema jurídico se relaciona con los sujetos normativos para cumplir una función permite explicar porque son necesarios ciertos actos de observancia de las normas para la existencia del sistema. Con independencia del rol, prevalente o no, que se dé a la coerción jurídica, para Kelsen y Hart el sistema jurídico se relaciona con los sujetos normativos a través de una pretensión de motivar su conducta. El principio de eficacia representa la exigencia de que esta pretensión motivadora sea correspondida en algún grado por los sujetos normativos. Un sistema jurídico existe, en consecuencia, solo si sus normas son eficaces. De ahí que uno de los fundamentos del principio de eficacia pueda hallarse en la función motivadora del derecho (Navarro, 1990, pp. 56, 76).

B. ¿La existencia de qué?

No es sencillo determinar qué se entiende por el sintagma “sistema jurídico” entre quienes afirman el principio de eficacia. En la literatura respectiva se suele utilizar una noción ambigua e imprecisa de sistema jurídico. Con todo, es posible identificar tres ideas relativas al carácter sistemático del derecho que son asumidas cuando se afirma el principio de eficacia. En primer lugar, el principio de eficacia en tanto observación teórica asume lo que Caracciolo ha denominado un “presupuesto básico”, esto es, que la palabra “derecho” es un término de clase que designa conjuntos de normas y a que cada comunidad política se asocia con uno de tales conjuntos (2000, p. 161). Quien afirma que la eficacia de las normas es una condición de la existencia de los sistemas jurídicos, se compromete con la idea de que este último es el conjunto de las normas que han de ser eficaces. En segundo lugar, si la inobservancia de una parte de los elementos del conjunto puede ser determinante para la existencia del conjunto, entonces ha de existir alguna conexión entre estos elementos. Por tanto, el sistema jurídico es un conjunto más

una cierta relación (Caracciolo, 2000, p. 161). En tercer lugar, el carácter sistemático parece entenderse como algo inmanente al derecho, que es producto de la actividad del propio legislador y no de la actividad del jurista. Se adopta, en consecuencia, un uso ontológico, más o menos refinado, del concepto de sistema jurídico (Caracciolo, 2000, p. 163).¹³

Es momento ahora de preguntarnos por el sentido de existencia utilizado al afirmar el principio de eficacia. La consideración de algunas situaciones en que el sistema jurídico no cumple con el principio de eficacia permitirá apreciar el sentido de existencia envuelto. Tamanaha ha propuesto el caso de Yap en Micronesia para analizar el principio de eficacia. El caso de Yap muestra un sistema normativo que cumple con los requisitos estructurales de buena parte (sino de todas) de las teorías positivistas del derecho y en que, pese a ello, no se producen los actos de observancia de las normas del sistema que el principio de eficacia exige. Yap:

(...) tenía un sistema jurídico, con un poder legislativo, un puñado de jueces y abogados, un pequeño cuerpo de policía y un código jurídico completo basado enteramente en leyes trasplantadas desde Estados Unidos. Pero, vastas porciones del código nunca habían sido aplicadas, pocas personas legas tenían algún conocimiento del contenido de las leyes o de la manera en que operaba el sistema jurídico, una larga proporción de problemas sociales eran abordados mediante métodos tradicionales sin participación del sistema jurídico estatal y, de hecho, en buena parte de las islas no había presencia jurídica alguna (Tamanaha, 2001, p. 12. Traducción propia).

El caso de Yap exhibe lo que envuelve negar la existencia de un sistema jurídico cuyas normas son mayoritariamente ineficaces. Pese a ello, el análisis de sistemas jurídicos trasplantados no es la única utilidad que ofrece el principio de eficacia. En Yap no existía otro sistema normativo con carácter institucional en competencia. Otros casos en que el principio de eficacia es provechoso como noción teórica es el de revoluciones o usurpaciones (existencia serial de sistemas) y también procesos graduales en que mientras un sistema decae otro surge (coexistencia simultánea de sistemas). Un ejemplo de la primera situación es el golpe de estado de 1973 en Chile. Su éxito en sustituir el sistema jurídico por otro depende, conforme al principio de eficacia, de la eficacia de las normas impuestas por los usurpadores. Un ejemplo del segundo caso es el de Estonia y la Unión Soviética. En 1987 Estonia declaró su soberanía y en 1991 el pueblo estonio ratificó su independencia en un referéndum que ese mismo año fue reconocido por Rusia. Entre esos años, decayó gradualmente la eficacia del sistema jurídico soviético y sobrevino la eficacia del sistema jurídico estonio. Estos casos iluminan ciertas características del sentido de existencia implicado: su prueba requiere de la producción de ciertos hechos relativos a un grupo, un lugar y un tiempo determinados.

Bulygin ha identificado cuatro conceptos de existencia de las normas que aparecen reiteradamente en el discurso jurídico ordinario: existencia fáctica, existencia como validez normativa, existencia como pertenencia y existencia formal (1991, pp. 508-510). Si la existencia de los sistemas jurídicos guarda relación con la existencia de las normas, entonces es posible identificar de forma correlativa cuatro conceptos existencia a los que podría aludir el principio de eficacia. Así, la eficacia de las normas es una condición necesaria bien para (1) la existencia fáctica del sistema jurídico, (2) la validez normativa del sistema jurídico; (3) la pertenencia del sistema jurídico; o (4) la existencia formal del sistema (Navarro, 2017, pp. 34-35). Aquí interesa especialmente indagar en la noción de existencia fáctica y contrastarla con la existencia formal. Una norma existe fácticamente, dice Bulygin, cuando está en vigor en un grupo social. Este es un concepto de existencia descriptivo de ciertos hechos y relativo tanto a un grupo social como a un periodo de tiempo (Bulygin, 1991, pp. 508-509). En cambio, las normas existen formalmente “bien cuando han sido formuladas por alguien (que no necesita ser autoridad jurídica), o bien si son consecuencias lógicas de normas formuladas” (Bulygin, 1991, p. 510).

La existencia fáctica del sistema jurídico supone la ocurrencia de ciertos hechos (actos de observancia de las normas), relativos a un grupo social (la población de un estado-nación) y en un cierto periodo de tiempo. Los ejemplos antes aludidos sugieren que es esta la noción de existencia envuelta en el principio de eficacia.¹⁴ Los fundamentos del principio de eficacia también apuntan en dirección a la existencia fáctica. Según el fundamento epistemológico, el principio de eficacia permite identificar un sistema privilegiado respecto del cual es posible determinar la verdad de una proposición normativa o que da sentido a un enunciado interno. La alusión a un sistema privilegiado sugiere que pueden existir otros sistemas en competencia y que el sistema privilegiado es aquel que existe fácticamente. El resto de sistemas en competencia tienen una existencia formal o bien una existencia fáctica empobrecida (piénsese en el caso del decaimiento gradual del sistema jurídico soviético frente al estonio). El fundamento de la función motivadora indica que el sentido de existencia involucrado en el principio de eficacia supone que el sistema jurídico guía la conducta de la población a la que se dirige, es decir, se producen ciertos actos de observancia de las normas. En consecuencia, el principio de eficacia se puede expresar así: “[1]a eficacia es una condición necesaria para la existencia fáctica de un sistema jurídico” (Navarro, 2017, p. 47).

C. ¿Eficacia en qué sentido?

Para precisar el sentido de eficacia de las normas exigido por el principio de eficacia es importante apuntar, antes que nada, que al afirmar que una norma es eficaz se predica una propiedad de la norma debido a la existencia de un conjunto de actos que se adecúan al contenido de la norma (Caracciolo, 2009, pp. 18-19). No es necesario aquí determinar cuántos actos que se adecúan al contenido de las normas son necesarios para adscribirle la propiedad de ser eficaz, ni cuantas normas deben tener la propiedad de ser eficaces para que el sistema jurídico exista. Basta con reconocer que no es necesario que las normas sean eficaces como relación en todos los casos para adscribirle la propiedad de ser eficaz y que no todas las normas han de ser eficaces como propiedad para que el sistema jurídico exista.

Otro apunte importante es la distinción entre la observancia y la aplicación de una norma y, correspondientemente, la eficacia como observancia de la eficacia como aplicación. Quien aplica una norma no la observa, sino que la usa como fundamento de una decisión autoritativa para un caso particular. Son los ciudadanos quienes observan las normas al realizar las conductas por ellas prescritas. Es posible distinguir tres tipos de observancia. Si una norma prescribe el estado de cosas o la acción P, hay correspondencia cuando los sujetos normativos producen P; hay acatamiento si los sujetos normativos conocen la norma y producen P; y hay cumplimiento si los sujetos normativos conocen la norma y producen P en virtud de la norma (Navarro, 1990, p. 16). De estas formas de observancia se pueden derivar tres conceptos de eficacia: como correspondencia, como acatamiento y como cumplimiento.

La determinación del concepto de eficacia envuelto en el principio de eficacia está condicionada por la manera en que se entiende que el derecho cumple la función de motivación y por el rol que se atribuye a la coerción. En Kelsen la coerción es un elemento central y, en forma congruente, sostiene que las normas son eficaces si dadas las condiciones de aplicación, la norma es observada o, en caso de la realización de una conducta opuesta a la norma, es aplicada la sanción correspondiente (Kelsen, 1960, p. 224; Kelsen, 1945, p. 46). Kelsen utiliza un concepto de eficacia como correspondencia. La razón para dejar a un lado la motivación psicológica que la norma pueda producir en quien conforma su comportamiento a lo que ella exige es que de forma objetiva solo se puede aseverar que la conducta de los individuos se corresponde con lo prescrito. Por ello, afirma: “La única connotación que en este trabajo atribuimos al término ‘eficacia’, es, por ende, la de que la conducta real de los hombres concuerda con esas normas” (Kelsen, 1945, p. 47). Dos alcances son necesarios. Primero, la eficacia como correspondencia

se ha de entender como un concepto limitado a los ciudadanos. Aún cuando Kelsen entienda que son los jueces los destinatarios de las normas, el comportamiento por parte de los jueces que supone la aplicación de una norma difícilmente puede ser visto como algo meramente conductual, desprendido del conocimiento de dicha norma (Ingram, 1983, pp. 488-489). Segundo, la eficacia como correspondencia no es capaz de asegurar el cumplimiento de la función de motivación y control. El derecho como técnica social específica busca “(...) provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva (...)” (Kelsen, 1945, p. 22). La eficacia como correspondencia de las normas no asegura que el derecho motive indirectamente la conducta. Por supuesto, Kelsen era consciente de esto, pero la imposibilidad de analizar científicamente las motivaciones lo llevan a excluirlas del concepto de eficacia (Kelsen, 1945, p. 28). Con todo, esto no obsta a que la eficacia como correspondencia sea incapaz de capturar la relación entre lo normativamente exigido y la conducta de los sujetos normativos que con el principio de eficacia se busca resaltar.

A diferencia de Kelsen, Hart sostiene que la coerción jurídica es una función secundaria, aunque importante. En consecuencia, para Hart el principio de eficacia exige que las normas válidas en virtud de la regla de reconocimiento sean eficaces en el sentido de que sean obedecidas por los ciudadanos (1961, p. 142). No es claro qué significa la obediencia para Hart. Sí es claro que no es necesaria una actitud crítica reflexiva hacia el modelo de comportamiento establecido por la regla (Hart, 1961, p. 144). No obstante, si el modo en que el sistema jurídico cumple su función supone que “los miembros de la sociedad (...), comprendan las reglas y entiendan que ellas les son aplicables y adecúen su comportamiento a las mismas” (Hart, 1961, p. 49), entonces el sentido de eficacia implicado es la eficacia como cumplimiento o, al menos, como acatamiento.¹⁵

Adicionalmente, Hart exige como una condición de existencia que las reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación sean “efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial” (1961, p. 145). La regla de reconocimiento existe si funcionarios y, en especial jueces, la consideran “desde el punto de vista interno como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas” (Hart, 1961, p. 144). La existencia del sistema jurídico depende de la existencia de la regla de reconocimiento y, por tanto, la eficacia como aplicación de las normas viene presupuesta por la existencia de una regla de reconocimiento. Sin embargo, esta es una condición de existencia distinta al principio de eficacia porque no halla su fundamento en la función de motivación del derecho. La diferencia entre

la propuesta de Kelsen y Hart se aprecia claramente en que un sistema en que los ciudadanos no acaten la mayoría de las normas en la mayoría de las oportunidades es inexistente fácticamente para Hart mientras que para Kelsen puede existir fácticamente si es que frente a los incumplimientos se aplica la sanción correspondiente (Adams, 2019, p. 238).

Existe acuerdo en que el principio de eficacia exige una generalizada observancia de las normas por parte de los ciudadanos. Dado que la eficacia como correspondencia no asegura que el derecho motive la conducta de sus destinatarios, la satisfacción del principio de eficacia exige la eficacia como cumplimiento o a lo menos la eficacia como acatamiento (no es necesario para el objeto del trabajo decantarse por una alternativa). Dependiendo de la relación que se trace entre coerción jurídica y motivación de la conducta, la eficacia como aplicación es o no exigida por el principio de eficacia. En todo caso, es siempre una condición de existencia del sistema jurídico y, por ello, es acertado entender que un sistema jurídico cuyas normas son ineficaces como cumplimiento (o acatamiento) existe si dichas normas son eficaces como aplicación.

D. Principio de eficacia ¿enunciado analítico o sintético?

Los dos subapartados precedentes nos han permitido llegar a la siguiente formulación del principio de eficacia: la eficacia como cumplimiento o, en su defecto, la eficacia como aplicación de las normas es condición necesaria para la existencia fáctica de un sistema jurídico. Resta ahora responder la siguiente pregunta. El principio así expresado ¿es un enunciado analítico o sintético? Para quienes, como Hierro, sostienen que se trata de un enunciado analítico se estaría formulando o expresando “como una condición para que algo tenga el supuesto atributo de la ‘existencia’ lo que no es más que parte del contenido de su definición” (Hierro, 2003, p. 205). Para Hierro un enunciado de este tipo tiene tanto sentido como formular como condición de existencia de una escalera el hecho de que haya un conjunto de escalones unidos en serie. “[E]scalera’ significa precisamente ‘serie de escalones para subir o bajar” (Hierro, 2003, p. 205). Este proceder, ultima Hierro, “es un resabio metafísico [consistente en] reformular los caracteres genéricos y diferenciales contenidos en una definición como condiciones de ‘existencia’ de lo definido” (2003, p. 205, nota 26).

En contraposición, para quienes la referida formulación del principio es un enunciado sintético lo que afirma el principio es un atributo que poseen la generalidad los miembros de una cierta clase. En base a la generalización de un fenómeno relativo a los sistemas jurídicos, a saber, que poseen el atributo de ser eficaces, se elabora una

conjetura universal y se establece la eficacia de las normas como condición de existencia del sistema (Navarro, 2017, p. 48). Establecer la verdad del principio implica dos cuestiones. Primero, es necesario utilizar ciertas reglas semánticas para identificar la clase “sistema jurídico” (por ejemplo, según Hart, la unión de normas primarias y secundarias). Es en base a estas reglas que podemos, por ejemplo, identificar al caso de Yap como un sistema jurídico. Luego, en segundo lugar, se determina si el miembro de la clase tiene o no el atributo que generalmente poseen los miembros de la clase. Esto conlleva establecer si las normas del sistema son en un grado necesario y suficiente eficaces (Navarro, 2017, pp. 48-49). Este segundo paso habría de llevarnos a la conclusión de que el sistema jurídico de Yap no existe fácticamente.

Resolver si para los autores positivistas clásicos el principio de eficacia es un enunciado analítico o sintético envuelve precisar con claridad la definición de derecho en cada autor y esto es algo que excede a este trabajo.¹⁶ No obstante, algunos autores facilitan esta tarea. Para Austin el principio de eficacia parece expresar un enunciado analítico; este autor indica que aquello que conceptualmente distingue a la soberanía de otras formas de superioridad y, por tanto, a una sociedad política de otras formas de sociedad es, en parte, la obediencia habitual de los subordinados (Austin, 2007, p. 166). Raz afirma explícitamente lo contrario. Señala que el principio de eficacia “distingue entre derecho efectivo y no efectivo y no entre órdenes jurídicos y órdenes no-jurídicos” (Raz, 1979, p. 62). Con todo, es importante advertir que, si se entiende que el principio de eficacia expresa un enunciado analítico, entonces se excluye la posibilidad de una existencia formal de un sistema jurídico porque parte de su contenido definicional es que este exista fácticamente. En el caso de Estonia y la Unión Soviética no habría dos sistemas jurídicos de entre los cuáles el eficaz es privilegiado. Solo uno de ellos sería un sistema jurídico. El caso de Yap no sería un sistema jurídico ineficaz y por ello inexistente sino un no-sistema jurídico. Esto complejiza el análisis y merma la capacidad explicativa del principio de eficacia.

IV. Un punto de contacto, un desacierto y una tensión

Las distinciones y precisiones precedentes son cruciales para aprehender con claridad las distintas relaciones entre el imperio de la ley como formalidad legal y el principio de eficacia. La identificación del fundamento de cada noción permite ver que, como asevera la tesis [T1], un punto de contacto importante entre ambas es su fundamento. La formalidad legal tiene como fundamento que el derecho es o debe ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos según si se defiende, correspondientemente,

una concepción monista o dualista del imperio de la ley. Uno de los fundamentos del principio de eficacia es que el derecho es una técnica de motivación y control de la conducta humana. El fundamento del principio de eficacia es equivalente con el del monismo. El derecho es una técnica de motivación y control del comportamiento porque es capaz de guiarlo. Para el caso del dualismo, la diferencia solo radica en que este proclama como un ideal lo que el fundamento del principio de eficacia afirma como condición de existencia.¹⁷

Además, las distinciones y precisiones realizadas permiten aseverar la tesis [T2]: al vincular las comprensiones de cada noción obtenemos cuatro posibles posiciones: monismo positivista, analítico o sintético, por una parte; y dualismo positivista, analítico o sintético, por otra. A continuación, me interesa discutir la capacidad explicativa de estas posiciones, con especial énfasis en las que mayor influjo ejercen en la literatura, esto es, el monismo positivista analítico de Kramer y el dualismo positivista sintético de Raz.

A. El monismo positivista y el desacierto de Kramer

Si el principio de eficacia exige que las normas interactúen de una determinada manera con los sujetos normativos como condición de existencia fáctica de los sistemas jurídicos, ¿es la satisfacción de los principios del imperio de la ley lo que hace posible dicha interacción? El monismo positivista se caracteriza por responder de manera afirmativa a esta pregunta. Además, el monismo defiende que el cumplimiento de los principios del imperio de la ley es parte del concepto de derecho. El derecho, si es tal, es capaz de guiar el comportamiento de los sujetos normativos y la satisfacción de los principios de legalidad lo hace posible. El derecho guía el comportamiento cuando los sujetos normativos cumplen (o acatan) las normas o, en su defecto, se aplica la sanción correspondiente. Es decir, si el derecho guía el comportamiento, las normas son eficaces. De este modo, si se satisfacen los principios de legalidad el derecho es capaz de guiar el comportamiento y es posible que las normas sean eficaces.

Ahora, dado que la eficacia de las normas de un sistema es una condición de su existencia fáctica, también lo es la satisfacción de los principios de legalidad. Si el principio de eficacia expresa un enunciado sintético, entonces un sistema de gobernanza es un sistema jurídico si es capaz de guiar el comportamiento y existe fácticamente cuando guía el comportamiento. Esta es la posición que denomino monismo positivista sintético. En cambio, si el principio de eficacia es un enunciado analítico, entonces la satisfacción de los principios de formalidad legal es parte del concepto de derecho

porque es una condición necesaria para su existencia fáctica y esta, a su vez, es parte del concepto de derecho. Esta es la posición que etiqueto como monismo positivista analítico.

El monismo positivista analítico estipula al mismo tiempo que la satisfacción del principio de eficacia y de los principios de legalidad forman parte del concepto de derecho. Esto es inconveniente porque se pone a un mismo nivel al principio de eficacia, esto es, la razón por la cual el derecho existe fácticamente cuando es cumplido (o acatado) y aplicado, y a la formalidad legal, a saber, un medio que generalmente promueve dicha existencia. Esto es problemático porque la satisfacción de los principios de legalidad no asegura la existencia fáctica. Desde un punto de vista metateórico esto es inconveniente porque se ensancha innecesariamente el concepto de derecho.

Estos desaciertos pueden apreciarse en el trabajo de Kramer, quien defiende un monismo positivista analítico. Veamos los pormenores de su posición. Kramer inicia su argumento apuntando que la formulación de Fuller del propósito o función central del derecho admite más de una interpretación. Por ello, lo precisa de la siguiente forma: “el derecho canaliza y guía el comportamiento dirigiendo las exigencias y prescripciones de sus reglas directamente a las personas sujetas a ellas” (Kramer, 1999, p. 45).¹⁸ Con esta formulación busca relevar que las normas se dirigen directamente a los ciudadanos y la resolución de disputas, aunque importante, es solo una función subsidiaria (Kramer, 1999, p. 49). Es importante advertir que el estado de cosas en que se cumple con el propósito del derecho, conforme a esta formulación, equivale al estado de cosas en que se cumple con el principio de eficacia si por la expresión “el derecho canaliza y guía” se entiende que es el derecho cumplido (o acatado).

Kramer aclara que los principios de legalidad tienen una relación compleja con el propósito porque se relacionan con él no solo instrumentalmente sino también integralmente. La relación instrumental está dada porque si bien los principios de legalidad no promueven necesariamente ningún fin externo al derecho sí promueven generalmente un fin intrínseco, el de sujetar la conducta humana a la gobernanza de reglas (Kramer, 1999, p. 50). Pero, además, si se entiende que el propósito del derecho es canalizar y guiar la conducta mediante prescripciones dirigidas a los ciudadanos, entonces los preceptos de Fuller se relacionan integralmente con la empresa del derecho pues “son condiciones conceptuales o constitutivas de la existencia de un régimen jurídico” (Kramer, 1999, p. 51. Traducción propia). En consecuencia, una transgresión sería a estos preceptos “resulta no en un sistema jurídico ineficiente sino en la total ausencia de dicho sistema” (Kramer, 1999, p. 51. Traducción propia). En otro trabajo,

Kramer ha aclarado esta tesis. Ha sostenido, primero, que la existencia del sistema jurídico depende de que la satisfacción de los principios de legalidad supere un cierto umbral (Kramer, 2007, p. 105). En segundo lugar, ha defendido que la propiedad de ser un régimen jurídico es una propiedad no escalar, es decir, su posesión es una cuestión de todo o nada. Todo sistema de gobernanza que satisfaga los principios del imperio de la ley por sobre un cierto umbral es un sistema jurídico. De ahí en más, el grado de satisfacción de los principios por sobre el umbral tan solo contribuye a la claridad con que el sistema de gobernanza posee la propiedad de ser un sistema jurídico (Kramer, 2007, p. 107).

Resta la clarificación de dos puntos importantes: por una parte, por qué la existencia de un sistema jurídico depende del cumplimiento de los principios de legalidad y cuál es el sentido de existencia involucrado; y, por otra, cómo se determina el umbral que determina la existencia del sistema. En cuanto al primer punto, Kramer se ocupa de aclarar por qué cada principio de legalidad es una condición para la existencia del sistema jurídico. Kramer procede mostrando cómo serían los distintos escenarios en que no se respetara en lo absoluto cada uno de los principios de legalidad. Afirma, por ejemplo, con relación al principio de promulgación que “ningún sistema jurídico puede guiar y dirigir el comportamiento humano si el contenido de sus normas permanece completamente oculto a las personas dentro de la jurisdicción del sistema” y que “un sistema jurídico aparente sería completamente ineficaz en canalizar el comportamiento de las personas” (Kramer, 2007, p. 113. Traducción propia). Con relación al principio que proscribe los conflictos y contradicciones, Kramer afirma que “si los conflictos invaden las normas de un sistema de gobernanza, la función primordial del derecho de guiar la conducta de las personas puede verse frustrada en esa jurisdicción en particular. En ese caso, el estatus del sistema como sistema jurídico se habrá deshecho” (Kramer, 2007, p. 127).¹⁹ La explicación relativa a las razones por las que cada principio de legalidad es una condición de existencia del sistema jurídico evidencia que, para Kramer, un sistema jurídico existe si cumple con el propósito central. Un sistema existe si guía la conducta de los ciudadanos, es decir, si está en vigor en un grupo social. Esto equivale a la existencia fáctica porque describe ciertos hechos relativos a un cierto grupo, lugar y tiempo. Esto nos lleva al segundo punto. Para Kramer el incumplimiento del propósito central, esto es, su inexistencia fáctica, tiene como consecuencia la pérdida del estatus de sistema jurídico. La razón por la que el propósito central cumple este papel es que, para Kramer, este define el umbral necesario de satisfacción de los principios del imperio de la ley para que un sistema de gobernanza adquiera el estatus de sistema jurídico y exista fácticamente.²⁰

Los desaciertos de Kramer ahora cobran nitidez. Por una parte, Kramer afirma que del incumplimiento del propósito del derecho se sigue la inexistencia fáctica y la pérdida del estatus de sistema jurídico. Ello equivale a afirmar el principio de eficacia entendido como un enunciado analítico. Por otra, defiende la tesis de la relación integral: para que un sistema jurídico sea tal debe satisfacer los principios de legalidad por sobre el umbral necesario para el cumplimiento del propósito del derecho. Pero la satisfacción de los principios de legalidad no asegura que un sistema jurídico guíe el comportamiento, cumpla con el propósito y exista fácticamente. En consecuencia, aun cuando se quiera designar con el término derecho un sistema jurídico existente fácticamente, se incluye una condición que no es suficiente para dicha existencia y, además, es redundante pues es capturada por el principio de eficacia. Es por esta razón que la posición de Kramer, como afirma la tesis [T3], infringe el principio de simpleza teórica.

B. Una tensión en el dualismo positivista

El dualismo niega que la satisfacción de los principios de legalidad forme parte del concepto de derecho. Esto deja abierta la pregunta acerca del estatus de la formalidad legal. Una primera opción es caracterizar al imperio de la ley como un ideal regulativo. Si al mismo tiempo se afirma el principio de eficacia se produce una tensión, bien se lo entienda como un enunciado analítico bien como uno sintético. Por una parte, el principio de eficacia exige como una condición de existencia fáctica del derecho que las normas sean —en cierto grado— eficaces. Esto supone que si el sistema jurídico existe las normas tienen la propiedad de ser cumplidas (o acatadas) o, en su defecto, aplicadas. Dicho de otra manera, los sujetos normativos han de realizar la conducta o el estado de cosas exigido por la norma conociendo su existencia. Por otra parte, si la concepción dualista erige al imperio de la ley como un ideal regulativo, entonces sostiene que el derecho debe ser capaz de guiar la conducta de los sujetos normativos. Esta es una regla ideal que hace del sistema jurídico un miembro de la clase de los buenos-sistemas-jurídicos. Si por “guiar la conducta” se entiende el cumplimiento (u acatamiento) por parte de los sujetos normativos, entonces el respeto a la formalidad legal es una condición necesaria para que el derecho sea capaz de guiar la conducta de los sujetos normativos. La tensión radica en que un estado de cosas en que la mayoría de los sujetos normativos en la mayoría de las ocasiones cumple con las normas del sistema es, desde el punto de vista del principio de eficacia, una condición de existencia fáctica del derecho y, desde el punto de vista del imperio de la ley como formalidad legal, algo que hace del sistema jurídico un sistema jurídico virtuoso. La consecuencia, si el principio de eficacia expresa un enunciado sintético, es que los sistemas jurídicos

solo pueden existir fácticamente como sistemas virtuosos. Si el principio de eficacia expresa un enunciado analítico, entonces un sistema jurídico es tal si es virtuoso. En ambos casos, el ideal regulativo no cumple ninguna función.

Una tensión similar fue ya identificada por Bennett al interior de la teoría de Raz debido a su teoría del imperio de la ley y su teoría de la autoridad (2007, pp. 104-109). La tesis de Bennett es correcta. No obstante, la tensión va más allá y se extiende a toda teoría que sostenga conjuntamente el imperio de la ley como formalidad legal como ideal regulativo y el principio de eficacia. Ahora bien, Bennett sostiene que la teoría de Raz se ve forzada a adoptar una concepción monista e incluir al imperio de la ley en el concepto de derecho (2007, p. 104). Esta no es una afirmación que pueda extenderse a todas las teorías dualistas o a la de Raz, si es que dejamos a un lado las implicancias de su teoría de la autoridad. Ello importaría obviar que el dualismo es una tesis que tan solo niega la relación conceptual entre imperio de la ley y derecho. De esto no se sigue que el imperio de la ley sea necesariamente un ideal regulativo (aunque esta es una tesis muchísimo más frecuente). Una segunda opción es entender que la satisfacción de los principios de legalidad es una condición para la existencia fáctica del derecho (tesis [T4]).

Si se opta por esta segunda opción, la relación entre el imperio de la ley como formalidad legal y el principio de eficacia depende del tipo de enunciado que exprese este último. Si el principio de eficacia expresa un enunciado analítico y, por tanto, es parte del concepto de derecho, se escaparía de la tensión del dualismo positivista pero se caería en el desacierto del monismo positivista analítico (tesis [T4.2]). En cambio, si se entiende que el principio de eficacia expresa un enunciado sintético, como ocurre claramente en la obra de Raz, la teoría puede evitar la tensión si incluye a la satisfacción de los principios de legalidad como una condición de existencia fáctica del derecho (tesis [T4.1]).

V. Conclusiones

En las teorías analizadas no existe una determinación unánime acerca de la relación entre el principio de eficacia y el imperio de la ley como formalidad legal con el concepto de derecho y con la existencia de los sistemas jurídicos. Esto se revela como un problema relevante a la luz de las tareas que recaen en ambas nociones. Dada la posibilidad de que exista una escisión generalizada entre el comportamiento normativamente exigido y la conducta socialmente

prevalente, cobran relevancia las consecuencias que se siguen de dicha escisión y las condiciones que permiten que esta no se produzca.

El estudio de los fundamentos del imperio de la ley como formalidad legal y del principio de eficacia muestra un punto de contacto que hace relevante examinar la relación entre ambas nociones. Al margen de las sutilezas con que se formule uno u otro fundamento, en ambos casos existe una preocupación por dilucidar la conexión que tiene o se aspira que tenga el sistema jurídico con el comportamiento de los sujetos normativos. Este punto de contacto sugiere que el estudio de la relación de ambas nociones permite avanzar nuestra comprensión de las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos, en la medida en que ambas nociones teóricas comparten presupuestos y se insertan en similares redes conceptuales.

En las páginas precedentes sostuve cuatro tesis sobre la relación entre imperio de la ley y formalidad legal. Es importante destacar que dos de las posiciones que mayor influjo ejercen sobre la literatura presentan problemas importantes. El monismo positivista analítico de Kramer cae en el desacierto de ensanchar innecesariamente el concepto de derecho transgrediendo el principio de simpleza teórica. El dualismo positivista sintético de Raz, al caracterizar a la formalidad legal como un ideal regulativo, produce una tensión ya que aquello que hace a un sistema jurídico virtuoso es también necesario para que exista fácticamente. Para escapar de esta tensión, las teorías positivistas que defienden esta posición se ven forzadas a aceptar que el principio de eficacia expresa un enunciado sintético e incluir la satisfacción —en algún grado— de los principios de legalidad como una condición de existencia fáctica del derecho.

Este trabajo sugiere un generalizado desconcierto acerca de qué significa que un sistema jurídico exista fácticamente o esté en vigor. Algunos teóricos han denunciado las carencias relativas a la forma de medición de la eficacia de los sistemas jurídicos (véase Navarro, 1990, cap. V y Raz, 1980, cap. IX). Creo que a estos problemas de medición se suman otros de mayor calado. Por un lado, el material normativo es un tecnolecto extremadamente voluminoso y es difícil sostener que la mayoría de los sujetos normativos conozca las normas (Tamanaha, 2021, p. 533). Por otro lado, el concepto de eficacia según la manera en que se entiende en las teorías analizadas se ajusta solo a normas regulativas de mandato. ¿Por qué habría de ser útil un concepto de eficacia de un solo tipo de normas para comprender la eficacia del sistema jurídico? Futuros trabajos acerca del principio de eficacia, el imperio de la ley como formalidad legal y la relación entre ambas deberían considerar el impacto de estas consideraciones en la red conceptual en que se insertan.

Referencias bibliográficas

- Adams, Thomas, 2019: "The Efficacy Condition". *Legal Theory*, vol. 25, N°4, pp. 225-243.
- Austin, John, 2007 [1832]: *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. Rumble, Wilfrid E., Cambridge: Cambridge University Press.
- Bennett, Mark, 2007: "The Rule of Law Means Literally What It Says: The Rule of the Law: Fuller and Raz on Formal Legality and the Concept of Law". *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 32, pp. 90-113.
- Bobbio, Norberto, 1958/1960: *Teoria della norma giuridica*. Torino, G. Giappichelli-Editore y *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino, G. Giappichelli-Editore. Citado por la traducción al español de Guerrero, Jorge: *Teoría general del derecho*. Bogotá, Temis, 2002.
- Bulygin, Eugenio, 1964: "Sobre el fundamento de la validez". *Notas de Filosofía del Derecho*, 1, pp. 23-33.
- _____ 1991: "Validez y positivismo", en Bulygin, Eugenio y Alchourrón, Carlos, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 499-519.
- _____ 2006: *El positivismo jurídico*. México, D.F., Fontamara.
- _____ 2015: "Remarks on Kelsen's Validity and Efficacy of the Law", en Bernal Pulido, Carlos, Huerta, Carla, Mazzarese, Tecla, Moreso, José Juan, Navarro, Pablo y Paulson, Stanley (eds.), *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, pp. 69-74.
- Caracciolo, Ricardo, 1994: *La noción de sistema en la teoría del derecho*. México, D.F., Fontamara.
- _____ 1997: "Existencia de normas". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 7, pp. 159-178.
- _____ 2000: "Sistema jurídico", en Garzón, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.), *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, pp. 161-176.
- _____ 2009: *El derecho desde la filosofía: Ensayos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Craig, Paul, 2016: "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", en Bellamy, Richard (ed.), *The Rule of Law and the Separation of Powers*.

Londres y Nueva York, Routledge, pp. 95-115.

Fallon, Richard, H., 1997: "The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse". *Columbia Law Review*, vol 97, N°1, pp. 1-56.

Finnis, John, 2011: *Natural Law and Natural Rights*. Oxford y Nueva York, Oxford University Press (2ª ed.).

Fuller, Lon, 1958: "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart". *Harvard Law Review*, vol. 71, N°4, pp. 630-672.

_____ 1964: *The Morality of Law*. New Haven y Londres, Yale University Press. Citado por la traducción al español de Navarro, Francisco: *La moral del derecho*. México, D.F., Trillas, 1967.

Gallie, Walter B, 1956: "Essentially Contested Concepts". *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, N°1, pp. 167-198.

Gardner, John, 2014: *Law as a leap of faith: Essays on law in general*. Oxford, Oxford University Press.

Hart, Herbert, L. A., 1965: "The Morality of Law by Lon L. Fuller". *Harvard Law Review*, vol. 78, N°6, pp. 1281-1296.

_____ 1994: *Postscript*. eds. Bulloch, Penelope, A. y Raz, Joseph, Oxford, Oxford University Press. Citado por la traducción al español Tamayo, Rolando: *Post scriptum al concepto del derecho*, México, D. F., UNAM, 2000.

_____ 1961: *The concept of law*. Oxford, Oxford University Press. Citado por la traducción al español de Carrió, Genaro: *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot (3ª ed.), 2009.

Hierro, Liborio, 2003: *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona, Ariel.

Ingram, Peter, 1983: "Effectiveness". *ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 69, N°4, pp. 484-503.

Kelsen, Hans, 1960: *Reine Rechtslehre*. Zweite, Viena, Auflage. Citado por la traducción al español de Vernengo, Roberto: *Teoría pura del derecho*. México, D.F., UNAM (2ª ed.), 1983.

- _____. 1945: *The General Theory of Law and State*. Cambridge MA, Harvard University Press. Citado por la traducción al español de García, Eduardo: *Teoría general del derecho y del estado*. México, D. F., UNAM, 1995.
- _____. 1934: *Reine Rechtslehre*. Viena, Auflage. Citador por la traducción española de Robles, Gregorio y Sánchez, Felix: *Teoría pura del derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Madrid, Trotta, 2011.
- Kramer, Matthew (1999). *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*. Oxford, Oxford University Press.
- _____. 2007. *Objectivity and the Rule of Law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Moreso, José Juan, 1994: “La teoría del derecho en el siglo XX: Kelsen, Ross y Hart—Introducción”, En Moreso, José Juan y Casanovas, Pompeu (eds.), *El ámbito de lo jurídico: Lecturas de pensamiento contemporáneo*. Barcelona: Crítica, pp. 353-360.
- Navarro, Pablo, 1990: *La eficacia del derecho: Una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. 2017: *Dinámica y eficacia del derecho: Un análisis conceptual de la obediencia y aplicación del derecho*. México, D.F., Editorial Fontamara.
- Radin, Margaret, 1989: “Reconsidering the Rule of Law”. *Boston University Law Review*, vol. 69, N°4, pp. 781-822.
- Rawls, John, 1999: *A Theory of Justice*. Cambridge MA, Belknap Press of Harvard University Press.
- Raz, Joseph, 1979: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford, Clarendon Press. Citado por la traducción al español de Tamayo, Rolando: *La autoridad del derecho: Ensayos sobre derecho y moral*. México, D.F, UNAM (2ª ed.), 1985.
- _____. 1980: *The Concept of Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*. Oxford: Clarendon Press (2ª ed.). Citado por la traducción al español de Tamayo, Rolando: *El concepto de sistema jurídico: Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. México, D. F., UNAM, 1986.
- _____. 2019: “The Law’s Own Virtue”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 39, N°1, pp. 1-15.

- Scalia, Antonin, 1989: "The Rule of Law as a Law of Rules". *The University of Chicago Law Review*, vol. 56, N°4, pp. 1175-1188.
- Shklar, Judith, 1987: "Political Theory and The Rule of Law", en Hutchinson, Allan y Monahan, Patrick (eds.). *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, pp. 1-16.
- Simmonds, Nigel E., 2004: "Straightforwardly False: The Collapse of Kramer's Positivism". *The Cambridge Law Journal*, vol. 63, N°1, pp. 98-131.
- _____. 2005: "Law as a Moral Idea". *University of Toronto Law Journal*, vol. 55, N°1, pp. 61-92.
- _____. 2009: "Freedom, Law, and Naked Violence: A Reply to Kramer". *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, N°3, pp. 381-404.
- _____. 2011: "Kramer's High Noon". *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 56, N°1, pp. 135-150.
- Summers, Robert S., 1965: "Professor Fuller on Morality and Law". *Journal of Legal Education*, vol. 18, N°1, pp. 1-27.
- _____. 1993: "A Formal Theory of the Rule of Law". *Ratio Juris*, vol. 6, N°2, pp. 127-142.
- Tamanaha, Brian, 2001: "Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, N°1, pp. 1-32.
- _____. 2004: *On the rule of law: History, politics, theory*. Cambridge, Cambridge University Press.
- _____. 2021: "Disruptive Implications of Legal Positivism's Social Efficacy Thesis", en Spaak, Torben y Mindus, Patricia (eds.), *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 512-535.
- Vilajosana, José María, 2007: *Identificación y justificación del derecho*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- _____. 2010: *El derecho en acción*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- Waldron, Jeremy, 1994: "Why Law ? Efficacy, Freedom, or Fidelity?". *Law and Philosophy*, vol. 13, N°3, pp. 259-284.

_____. 2002: "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?". *Law and Philosophy*, vol. 21, N°2, pp. 137-164.

Agradecimientos

Este trabajo fue presentado en el VII Congreso Chileno de Filosofía, organizado por la Asociación Chilena de Filosofía, y en la V versión de los Diálogos Transandinos de Filosofía del Derecho, organizados por la Universidad Nacional de Mar del Plata y la Universidad Austral de Chile. Agradezco los comentarios de los participantes de ambos eventos. En especial, doy gracias a Pablo Perot, quien fue mi contraponente en este segundo encuentro y a Sebastián Agüero, quien leyó, discutió y comentó varias versiones de este trabajo.

Notas

- 1 En adelante, por variedad estilística, asumo como sinónimos de "imperio de la ley como formalidad legal" las etiquetas "formalidad legal" y "principios de legalidad".
- 2 En este contexto "promulgación" se refiere al acto por el cual se comunica una norma al sujeto normativo.
- 3 Recientemente, Raz ha modificado su posición centrandolo la idea de imperio de la ley en la proscripción del gobierno arbitrario, entendido como la indiferencia hacia las razones por las cuales el poder debe ser usado. Lo dicho en este trabajo no se extiende a dicha posición. Véase Raz, 2019.
- 4 Sobre los conceptos esencialmente controvertidos véase el trabajo fundacional de Gallie, 1956.
- 5 Véase Simmonds, 2009, pp. 394-395 y 2011, p. 136, quien conecta los principios de legalidad con la libertad como independencia. Fuller, 1958, p. 636, aparte de la idea de que los principios de la formalidad legal contienen una moral interna, sostuvo la tesis de la propensión a la bondad, esto es, que los ordenamientos jurídicos que se conforman en algún grado con el imperio de la ley tienden a ser moralmente buenos en términos sustantivos. En igual sentido, véase Finnis, 2011, p. 274.
- 6 Véase Simmonds, 2005, pp. 64-66, quien presenta la discusión en estos términos y sugiere la distinción de Bennett.
- 7 Simmonds, 2004, pp. 118-119, interpreta a Fuller como un monista para quien el concepto de derecho se estructura en torno a un ideal arquetípico. Otros autores monistas son Finnis, 2011, pp. 276-277, quien incluye al imperio de la ley en el sentido focal del concepto de derecho y Kramer, 1999, pp. 51-53 quien ha defendido la compatibilidad del positivismo con el monismo.

- 8 En el original las palabras exactas de Raz son “‘The rule of law’ means literally what it says: the rule of the law” (1979, p. 212). Parte del juego de palabras se pierde en español.
- 9 En el mismo sentido, véase Kelsen, 1945, pp. 139-140.
- 10 Esta última afirmación, claro está, no aplica a Raz.
- 11 Para una interpretación similar sobre la relación entre principio de eficacia y función motivadora o de control social, véase Tamanaha, 2001, p. 4.
- 12 Véase Raz, 1979, pp. 223-225.
- 13 Sosteniendo que Austin, Kelsen, Hart y Raz adoptan un uso ontológico de la noción de sistema jurídico, véase Vilajosana, 2010, pp. 73-75.
- 14 En este mismo sentido, véase Ingram, 1983, p. 485.
- 15 Véase Caracciolo, 1994, 72, quien coincide en mi reconstrucción de Hart pero disiente parcialmente en lo que dice relación con la obediencia.
- 16 Véase Bulygin, 1964, en que analiza esta cuestión en las teorías clásicas del siglo XX y Bulygin, 2005, en que se refiere en específico a la teoría kelseniana.
- 17 En este punto no considero una ulterior distinción, afirmada por la tesis [T4], entre la posibilidad de que el dualismo defienda la formalidad legal no solo como un ideal regulativo sino como una condición de existencia del derecho.
- 18 Kramer, 1999, p. 50, defiende que esta comprensión del propósito del derecho es compatible con el positivismo. Esto es así porque el propósito es intrínseco al derecho y no externo a él.
- 19 Para Kramer, 2007, p. 125, hay un conflicto si un sujeto está obligado a hacer X y a abstenerse de hacer X. Hay una contradicción si un sujeto tiene el deber de hacer X y una libertad para abstenerse de hacer X.
- 20 Porejemplo, el número de leyes secretas (no promulgadas) o de conflictos y contradicciones no debe ser tal que impida que el derecho guíe y canalice el comportamiento. La determinación del umbral de satisfacción, claro está, no es precisa.

Recepción: 22 julio 2022

Revisión: 8 septiembre 2022

Aceptación: 18 octubre 2022