

EXISTENCIA DE NORMAS

Ricardo Caracciolo*

1. El problema

En la teoría del derecho se discute acerca de la verdad o falsedad de enunciados que afirman la existencia de normas dotadas de una cierta propiedad P (v.g. si existen o no normas “inconstitucionales”). O más directamente, de los que establecen que existe una determinada norma N. De esta manera, el marco lingüístico-conceptual de esta teoría parece asumir un compromiso ontológico básico [en el sentido de Quine] acerca de la existencia de ciertas entidades denominadas “normas”. Las respuestas a los interrogantes existenciales relativos a una norma o a una particular subclase de normas depende, como es obvio, de una elucidación conceptual previa acerca de la referencia del término “norma”. La elección de un concepto determina una cierta ontología, e.i. el tipo de entidades que son las normas y, por consiguiente, sus condiciones de existencia. Estas condiciones son las que tienen que suministrar un criterio de verdad de los enunciados existenciales particulares. Pero inversamente, la elección de una cierta ontología, no determina per se una única noción posible. Un acuerdo sobre la naturaleza de las normas supone incluirlas en un dominio de entidades que comparten el mismo status ontológico, pero no implica todavía una idea acerca de la propiedad definitoria del conjunto compuesto por “normas”, ni la del subconjunto al que se refiere, prima facie, la teoría del derecho, e.i. el integrado por “normas jurídicas”.

Sin embargo, la cuestión de saber cuál es la ontología general subyacente a las discusiones de carácter existencial acerca de normas está, en mi criterio, lejos de constituir materia de un acuerdo. Ello se muestra cuando el discurso usual adjudica simultáneamente a las normas condiciones de existencia que corresponden a concepciones ontológicas incompatibles. Esta circunstancia impide determinar con precisión, cuál es la índole de la controversia cuando se discute acerca de la existencia de normas. Me propongo mostrar que, en una importante clase de casos, semejante confusión conduce a presentar como cuestiones ontológicas las que versan acerca de la verdad de enunciados del tipo “existe una norma N que tiene la propiedad P” cuando, de hecho, solo son desacuerdos conceptuales relativos a la noción de “norma” o de “norma jurídica”. Aunque tendré en cuenta básicamente a

* Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España.

las normas jurídicas, se supone que su naturaleza ontológica no puede ser incompatible con la que adjudique a la clase general de entidades en las que están incluidas.

El punto de partida de la discusión son dos tesis acerca de la existencia de normas, que los teóricos del derecho están dispuestos a mantener a la vez: tesis I) una condición necesaria de existencia de una norma N es su pertenencia a un determinado sistema normativo. Esto es, no existen normas aisladas. O lo que es lo mismo, las normas existentes pertenecen, en cualquier caso, a algún sistema. Se trata de la explícita concepción de Hans Kelsen según la cual el derecho existente se identifica con conjuntos sistemáticos de normas. No obstante, no es preciso presuponer la verdad de esta tesis existencial, que será discutida más adelante, para elucidar la concepción ontológica que se infiere de la misma. Basta admitir que, en cualquier caso, las normas existentes pueden constituir sistemas específicos; tesis II) la existencia de una norma es una cuestión de hecho, que depende de la ocurrencia de determinados sucesos. Así, de manera general, se afirma que una norma N existe si ha tenido lugar un cierto acto –denominado promulgación– realizado por ciertos individuos calificados como “autoridades normativas” o, alternativamente, si es posible identificar entre los miembros de un grupo una práctica de comportamiento, caracterizada de una cierta manera, ya sea como obediencia o como aceptación de normas¹. Por lo tanto, esa existencia tiene una dimensión temporal y espacial. Las normas comienzan a existir y cesan de existir en momentos determinados y existen en definidas localizaciones espaciales, pero no en otras. Ello implica que los interrogantes que versan acerca de si existe o no una norma N son relativos en todo caso a parámetros empíricos. Este es el principal supuesto del positivismo jurídico, comprometido con la idea de que el derecho es un artefacto, producto de decisiones humanas y de prácticas sociales. Se supone que en ambos casos no se altera la referencia del término “norma”. Sin embargo, el problema consiste en que los dos tipos de afirmaciones indicadas en I) y II) son, desde un punto de vista ontológico, recíprocamente incompatibles.

2. Modos de existencia y conceptos de “norma”

Para mostrar porqué ello es así, comenzaré brevemente por distinguir entre conceptos de “norma” y dimensiones o modos, de la “existencia”. La última cuestión está asociada con el permanente problema de saber cuáles son los criterios para admitir la clase de entidades que componen el mundo y que ha enfrentado en la tradición filosófica a “realistas” y “no-

¹ Confr. A. D. Woozley, “The Existence of Rules”, *Nous*, nº 1, 1967, p.p. 63-69.

minalistas”². En esta discusión se supone que las entidades posibles sólo pueden existir de dos maneras recíprocamente excluyentes: o bien, los miembros de una clase de entidades existen empíricamente, o bien existen de un modo ideal o abstracto. La diferencia básica reside en que sólo las entidades de las que cabe decir que “existen” empíricamente se pueden localizar en la dimensión espacio-temporal. Los candidatos a constituir entidades ideales, abstractas o intensionales, e.i., números, propiedades, clases, tipos, proposiciones, si es que existen, solo existen atemporalmente. Carece de sentido, por lo tanto, decir que comienzan a existir o que cesan de existir. Por lo tanto, para el nominalista escéptico que niega la existencia de semejantes entidades u objetos, no hay nada que exista fuera del tiempo y del espacio. La cuestión ontológica involucrada en esta discusión parece requerir, entonces, una respuesta a la pregunta de si existen o no los miembros de una clase general de entidades, antes de establecer la verdad o falsedad de un enunciado que se refiera en particular a la existencia de una subclase identificada por una cierta propiedad o a la existencia de un miembro de esa clase. Es en este sentido que los teóricos del derecho asumen la existencia de normas al adjudicarles propiedades y condiciones de existencia.

Sin embargo, el interrogante de si existe o no una entidad de la que se predica una cierta propiedad P puede plantearse, al modo de Carnap, sólo como una pregunta interna a una estructura teórica y, por consiguiente, de modo aparentemente menos dramático que la discusión tradicional en torno a la existencia de entidades universales. Se trata en este supuesto de saber cuál es el tipo de prueba que requieren los enunciados que se refieren a las entidades admitidas por una teoría. De esta manera, las cuestiones ontológicas son presentadas como cuestiones epistemológicas. Aún así la distinción se mantiene: si las pruebas son empíricas, entonces los referentes son entidades espacio-temporales. Si las pruebas son lógicas, la verdad de las proposiciones teóricas es necesaria e independiente de cualquier suceso en la dimensión tiempo-espacio³.

Cada una de las nociones de “norma” que se pueden proponer involucra, entonces, un compromiso acerca de cuál de los dos modos de existencia hay que atribuir a la clase de entidades mencionadas con ese término. Por lo tanto, también la asunción de una manera de someter a escrutinio los correspondientes enunciados teóricos, denominados habitualmente “proposiciones normativas”. O bien son entidades abstractas de las que

² P.F. Strawson, *Skepticism & Naturalism. Some Varieties*, Methuen & Co., London, 1985. Confr. una importante revisión de los argumentos en G. Bealer, “Universals”, *The Journal of Philosophy*, vol. XC, n° 1, January, 1993.

³ R. Carnap, “Empiricism, Semantics and Ontology”, en *Meaning and Necessity*, The University of Chicago Press, Chicago, 1967.

no se puede predicar existencia temporal, o bien existen en el espacio y en el tiempo, de manera que tienen que tratarse de alguna clase de entidades empíricas. Ambas alternativas son excluyentes y exhaustivas. En un conocido trabajo E. Bulygin menciona cuatro nociones de “existencia” que se utilizan en relación a las normas. En rigor, como no hay cuatro nociones de “existencia”, lo que se puede discutir, de hecho, son diversos conceptos de lo que hay que entender por “norma”⁴. cada uno de los cuales determina el modo en que existen las normas, si se admite que realmente existen. Es posible, como trataré de mostrar, que nociones alternativas atribuyan a las normas la misma naturaleza ontológica.

3. Sistemas normativos

La afirmación existencial de la tesis I indica que una norma existe cuando pertenece a un sistema normativo. La idea de un sistema se refiere a un conjunto de normas que satisfacen una determinada relación R, la que será denominada “relación sistemática”. La relación R constituye la estructura del conjunto y suministra un criterio de pertenencia. La definición de esa relación, determina una clase de conjuntos sistemáticos posibles, a saber, los que comparten la misma estructura. No obstante, no todas las normas de un sistema S pueden satisfacer R con otras normas de S, si se quiere evitar un regreso al infinito. En verdad, una manera de construir un sistema S es partir de la elección de un conjunto finito de normas, que será denominado el conjunto de normas independientes de S. Este conjunto, más la relación R, determina la identidad de S, e.i., el conjunto de normas que constituye S. Las normas que pertenecen a S porque satisfacen la relación R con otras normas de S, serán denominadas el conjunto de normas dependientes de S. Como es claro, las normas independientes y las normas dependientes cumplen, respectivamente, la función de los axiomas y de los teoremas de un sistema deductivo de enunciados, y la elección de esta terminología⁵ esta destinada a dar cuenta, por un lado, de la diferencia eventual entre proposiciones y normas, y por otro, de la posibilidad de definiciones alternativas de la relación R⁶. La relación R se define, en lo que respecta a los sistemas jurídicos, de dos maneras diferentes, cada una de las cuales, y sus combinaciones, permiten elaborar

⁴ E. Bulygin, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, en *Ratio Juris*, vol. 3., nº 1, march 1990, p.p. 29-45. Algunos de estos conceptos serán examinados en el presente trabajo.

⁵ R. Caracciolo, *Sistema Jurídico. Problemas Actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

⁶ Son importantes tres aclaraciones: a) el hecho de que las normas independientes determinen la identidad del conjunto no significa que *otras* normas independientes no puedan determinar la identidad del mismo conjunto, de igual manera que distintos axiomas pueden determinar el

modelos de pertenencia alternativos⁷. Cada uno de estos modelos determina uno o varios criterios de pertenencia de las normas dependientes de los sistemas normativos y, por consiguiente, determina una tipología de sistemas posibles. La primera es la relación de implicación lógica entre normas o de deducibilidad, la que suministra el siguiente criterio de pertenencia de las normas dependientes de un sistema S: pertenecen a S todas las normas que son consecuencias lógicas de otras normas (independientes o dependientes) que también pertenecen a S⁸. Un sistema normativo construido, entonces, únicamente sobre la base de la relación de deducibilidad, es un sistema deductivo de normas.

La otra relación sistemática usual es la relación de legalidad, la que requiere que las normas independientes se identifiquen por un específico contenido, a saber, tienen que ser normas que autoricen la promulgación de otras normas. Es decir, el tipo de normas que Von Wright denomina “normas de orden superior”. No obstante, con sustento en esa relación, es posible construir dos criterios de pertenencia. En la primera versión, que no corresponde a la interpretación standard, son normas dependientes de un sistema S aquellas cuyo acto de promulgación está autorizado por otras normas (independientes o dependientes) que también pertenecen a S. Este criterio respeta el requisito de concebir la idea de un sistema normativo como un conjunto que se determina estrictamente por una estructura de relaciones entre normas⁹. De esta manera, la cuestión de saber si una norma N pertenece o no a un sistema S es una pregunta conceptual, y no empírica,

mismo conjunto de teoremas. Al menos, esto es cierto si se trata de sistemas deductivos. Ello solo significa que las normas independientes de S pueden ser dependientes en S1. Es una cuestión terminológica la de determinar si S y S1 son el mismo sistema (lo que no es lo mismo que la de la cuestión de saber si determinan el mismo conjunto de normas, lo que obviamente es cierto); b) esta manera de construir un sistema, esto es, partir de un conjunto finito de normas es sólo una manera de hacerlo. La otra es partir de un conjunto identificado con un criterio no sistemático, y preguntarse si constituye un sistema, esto es, preguntarse si sus normas componentes satisfacen una relación sistemática; c) la relación de dependencia de normas es *interna* a un sistema (o, si se quiere, a cada representación de un sistema), porque solo indica la pertenencia a un sistema. De manera que si N es dependiente de N1 entonces pertenecen al mismo sistema.

⁷ Confr. *Sistema Jurídico. Problemas Actuales*, [cit. n. 5] p. 57 y s.s.

⁸ En un sistema deductivo las normas independientes, que cumplen la función de “axiomas”, son también consecuencias lógicas. Pero su pertenencia al sistema no se determina por la satisfacción de la relación de deducibilidad. Pertenecen al sistema por definición y si se usa algún criterio para su elección, este sólo puede ser un criterio no sistemático. Esto es, no puede ser la satisfacción de la relación sistemática.

⁹ Como las relaciones entre normas son estrictamente conceptuales, la distinción “norma independiente-norma dependiente” no se corresponde con el par de nociones “normas formuladas-normas no formuladas”. Normalmente, se entiende que una norma formulada es una que ha sido utilizada en un acto de promulgación. Pero un acto es un hecho, un evento empírico cuya descripción no integra la descripción de un sistema de normas. La calidad de “norma independiente”

que se resuelve, al igual que en el caso de la relación de deducibilidad, mediante el análisis del contenido de las normas de S¹⁰.

En la segunda versión, e.i. la versión standard de un sistema normativo constituido por la relación de legalidad, el criterio de pertenencia no es estrictamente conceptual¹¹. Así, en esta versión, el criterio de pertenencia a un sistema S de una norma dependiente N establece que N pertenece a S si, y sólo si, ha sido promulgada en un acto autorizado por otra norma N1. Lo que significa que la pertenencia de N a S es asimismo una cuestión empírica (a la vez que se determina por el contenido de N1) y, por lo tanto, contingente, toda vez que esta condicionada a la ocurrencia de un hecho. Por consiguiente, la identidad del conjunto de normas denominado S depende también de una cuestión empírica porque se integra con todas las normas que hayan sido efectivamente promulgadas en un cierto tiempo t. Pero, en sentido estricto, la ocurrencia de un hecho no suministra un criterio sistemático de pertenencia a un conjunto, e.i. un criterio que determina la pertenencia de normas dependientes por la satisfacción de una relación sistemática entre normas. La versión standard no exige la pertenencia de N1, o lo que es lo mismo, no requiere la satisfacción de la relación de legalidad con normas que también pertenecen al conjunto S. Al menos cuando es el caso que la pertenencia de N1 a S, la norma que permite establecer parcialmente la pertenencia de N, es una cuestión contingente porque depende también de la ocurrencia o de la no ocurrencia de un hecho, a saber el acto de derogar N1: si N1 ha sido derogada, entonces no pertenece a S. De manera que S es el nombre de un conjunto que se integra por la diferencia del conjunto de normas promulgadas y el conjunto de normas derogadas¹², lo que es

no requiere la existencia de un hecho de este tipo. Pero tampoco la idea de “norma dependiente” requiere que se trate de normas no formuladas.

¹⁰ Como es claro, de acuerdo a esta versión del criterio de legalidad, todas las normas que pueden constituir el contenido de todos los posibles actos de promulgación autorizados por las normas de S, también pertenecen a S. Sin embargo, es una noción plausible de sistema normativo. Es cierto que, de acuerdo a la concepción standard, esta idea se asemeja a una paradoja porque parece incluir en el sistema normas “inexistentes”, esto es, aquellas que en un cierto tiempo todavía no han sido promulgadas, porque se asume que los actos de promulgación constituyen condiciones de existencia. Pero ello depende de cuál es el status ontológico que se concede a las normas. Precisamente, me propongo mostrar que esa exigencia “existencial” es inconsistente con la naturaleza que se atribuye a las normas cuando se admite que *pueden* constituir sistemas normativos. En todo caso, la alternativa de admitir que normas no promulgadas pertenecen a un sistema normativo no es diferente que admitir la pertenencia de normas que constituyen consecuencias lógicas, cuando *también* (lo que no es necesario) son normas no promulgadas. Una objeción diferente a esta idea es la que indica que no reproduce la concepción standard. Pero ello sólo significa que esta noción de sistema normativo no se usa habitualmente.

¹¹ Esta es la forma de presentación de este tipo de sistemas tanto en Kelsen como en Von Wright.

relativo a un cierto parámetro temporal. Por lo tanto, la pertenencia a S de N1 no es una condición de la pertenencia a S de N. O lo que es lo mismo, la pertenencia de N a S no depende de su relación con normas de S. De esta forma, la idea standard no proporciona una noción de un sistema de normas sino, más bien, el modelo de un proceso, o de sus resultados, e.i., de una serie de actos que se suceden temporalmente. Se puede argumentar que la noción standard responde a la pretensión de incorporar en un sistema normativo sólo a las normas que se asocian con parámetros empíricos porque, de nuevo, estas son las únicas que se consideran “existentes”. Pero un argumento de este tipo sólo puede resultar de una confusión ontológica, relativa a la naturaleza de las normas, que impide elucidar con precisión la noción de “sistema normativo”.

4. Sistemas y ontología

Ello es así porque cuando se considera que las normas son los componentes de sistemas normativos (o en general, de conjuntos normativos), la referencia del término “norma” es, en primer lugar, una clase de entidades lingüísticas, ciertos enunciados caracterizados, desde el punto de vista de su sintaxis, por el uso de los operadores deónticos, O, Ph y P, a los que Von Wright denomina “formulaciones normativas”. Más generalmente, las normas son identificadas con el significado de esas formulaciones, el sentido que expresan cuando se les concede una interpretación prescriptiva, opuesta a una interpretación descriptiva. En esta última, esos enunciados tienen el sentido de proposiciones destinadas, precisamente, según Von Wright, a describir la existencia de normas¹³. De esta manera, las normas son asimiladas a entidades semánticas semejantes a las proposiciones (propositions like entities), de las que se diferencian porque no son susceptibles de verdad o falsedad. Las proposiciones sirven para

¹² Conf. R. Caracciolo, *Sistema Jurídico. Problemas Actuales*, [cit. n. 5], p. 70.

¹³ Confr. por ej. G.H. Von Wright, “Norms, Truth and Logic”, en A.A. Martino (ed.) *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland Publishing Company, 1982. La distinción entre dos interpretaciones posibles de los enunciados deónticos es necesaria para distinguir, en el nivel semántico, a las normas de las proposiciones. Pero una vez que se identifica a las normas con una clase específica de significados, su correspondencia con los enunciados deónticos no es imprescindible, toda vez que puede ser expresadas también, de acuerdo al contexto, por enunciados declarativos. Precisamente, la distinción entre enunciados y proposiciones esta destinada, entre otras cosas, a explicar la circunstancia de que distintas proposiciones pueden constituir el significado de un mismo enunciado y que distintos enunciados pueden expresar la misma proposición. Lo mismo sucede en relación al lenguaje prescriptivo. Confr. A. Broadie, “Imperatives”, *Mind*, v. LXXXI, n° 2, 1972.

describir el mundo, las normas para establecer como el mundo debería ser. Por consiguiente, las normas son también, de acuerdo a esta analogía, entidades intensionales o abstractas, que sólo pueden existir de un modo ideal¹⁴. Lo que significa que, si una manera de poner de manifiesto los compromisos ontológicos de una teoría es el uso del cuantificador existencial con respecto a un dominio de entidades, la idea de sistema normativo utilizada para representar el derecho existente parece asumir efectivamente la hipótesis de la existencia de entidades intensionales denominadas “normas”¹⁵.

Pero hablar de la existencia de normas este sentido, equivale a admitir que son entidades que carecen de dimensiones temporales y espaciales: no comienzan a existir ni dejan de existir ni su existencia puede ser afectada por hecho alguno. Por ello, no puede depender de la existencia de un hecho o de un conjunto complejo de hechos. De un hecho solamente puede depender la existencia de otro hecho, con el que se encuentra normalmente vinculado por una relación causal. De ello se sigue que, bajo esta concepción, la tesis positivista, esto es, la tesis existencial II, no puede ser interpretada como una afirmación relativa a las condiciones de existencia de normas. Por supuesto, se tienen otras alternativas de interpretación. Pero antes de avanzar en esa dirección se requieren algunas precisiones conceptuales referidas al ambiguo término “validez” y sus relaciones con las nociones de “existencia” y de “pertenencia” (a un sistema) de normas. Este análisis sirve –en especial– para mostrar el alcance de la tesis existencial I, porque la asimilación de las normas a entidades abstractas no implica su corrección.

En primer lugar, de acuerdo a la conocida tesis de H. Kelsen, “válidez” es otro nombre para mencionar la existencia de una norma la que, explícitamente, se trata de una existencia ideal. Por lo tanto, decir que una

¹⁴ Una alternativa es considerar que normas son los enunciados deónticos y que estos son los componentes de los sistemas normativos. La estructura sintáctica de una expresión determina la pertenencia a esta clase. Aún así, es difícil eliminar la referencia a entidades abstractas. Los elementos de un sistema no son ejemplos concretos de enunciados (tokens) esto es, secuencias de palabras verbales o escritas, sino clases de enunciados posibles (types), que comparten la misma naturaleza, si es que existen, con las proposiciones. Confr. A. Church “Propositions and Sentences”, en *The Problem of Universals. A Symposium*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1956.

¹⁵ La identificación de las normas con entidades abstractas semejantes a las proposiciones es denominada por C. Alchourrón y E. Bulygin “concepción hilética” que se contrapone a la “concepción expresiva” según la cual las normas no son significados sino actos que consisten en el uso del lenguaje para formular mandatos u ordenes, esto es, cierto tipo de hechos. Pero también esta concepción, al menos en la forma en que es presentada por Alchourrón y Bulygin, tiene que dar cuenta de la noción de “sistema” como un conjunto de entidades intensionales, a saber, como el conjunto de proposiciones utilizadas en los actos de ordenar (conjunto de “proposiciones or-

norma N es válida es un pleonasmo porque solo significa que N es una norma. En rigor, no puede haber normas “inexistentes” si estas son entidades conceptuales. La contraposición existente-no existente solo tiene sentido en relación a entidades empíricas con respecto a las cuáles su existencia es un suceso en la dimensión espacio-temporal. Se sigue que algunas distinciones efectuadas en la teoría del derecho son inconsistentes con la hipótesis ontológica, a pesar de que se la asume, a veces, explícitamente. Así, O. Weinberger, para quién las normas son entidades semejantes a las proposiciones, discrimina entre normas “lingüísticamente posibles” o “lingüísticamente existentes” y “normas realmente existentes”. Estas últimas son, para Wienberger, la únicas normas válidas, es decir, existentes. Como es usual aquí también se asocia la distinción con la ocurrencia de ciertos hechos, p.e. la promulgación de una norma¹⁶. Pero esto constituye un error porque, en primer lugar, ningún hecho puede determinar la existencia de una norma, e.i. su validez, en tanto entidad intensional, y en segundo término, en la ontología de estas entidades no hay distinción que hacer entre normas posibles y normas existentes. Si una norma es posible, entonces existe. Lo que no hay confundir es la “posibilidad” de una norma con la posibilidad de un acto de promulgación. Se incurre en esa confusión cuando se identifica el comienzo de la existencia de una norma con la ocurrencia de un acto semejante¹⁷. Otra cosa ocurre, obviamente, si se modifica

denadas”). No obstante, la cuestión aquí es la siguiente: como esos actos (ni sus descripciones) integran el sistema y tampoco afectan la naturaleza de las proposiciones que lo componen, un sistema semejante es indistinguible de un sistema descriptivo (se presenta como un conjunto de descripciones de clases de acciones) porque las proposiciones son, precisamente, las entidades intensionales (si es que existen) susceptibles de ser verdaderas o falsas. No se puede hablar, en rigor, de “sistemas normativos” —como categoría específica— en la denominada concepción “expresiva”. Confr. C. Alchourrón y E. Bulygin, “The Expressive Concepción of Norms”, en R. Hilpinen (ed.) *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, 1981.

¹⁶ Por ej. O. Weinberger “On the Meaning of Norm Sentences. Normative Inconsistency and Normative Entailment”, en *Rechtstheorie*, 15, 1984, p.p. 465-475. Aquí, se pretende mostrar que las normas son entidades “propositions like entities” para defender la posibilidad de una lógica de normas y, por consiguiente, de la posibilidad de hablar, en sentido estricto, de sistemas normativos. Confr. además, “The Expressive Concepción of Norms—An Impasse for the Logic of Norms”, en *Law and Philosophy*, 4, 1985, p.p. 165-198, en donde escribe Weinberger: “Todas las operaciones [lógicas] deben ser concebidas de manera que tienen lugar en el dominio de entidades idealizadas, e.i. entidades asumidas en un sentido no-psicológico” (p. 179), y sin embargo, más adelante agrega que “..Las normas institucionalizadas pueden comenzar a existir, y su validez puede también, eventualmente, finalizar” (p. 180). Obviamente, “norma” no puede referirse en ambos párrafos a la misma clase de entidades. También J.C. Bayón asume la distinción de Weinberger en *La Normatividad del Derecho. Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Centro de Estudios Cons-titucionales, Madrid, 1991, p. 294 y s.s.

¹⁷ La operación implícita es la siguiente: una norma posible se convierte en “real” (comienza a existir) cuando se convierte en “real” un acto posible.

la referencia del término “norma” y se lo usa directa, o indirectamente para mencionar hechos.

En otro sentido, “validez” se identifica con la noción de pertenencia a un sistema y es, por consiguiente, relativa: una norma puede ser válida con respecto a un sistema S y carecer de esa propiedad en relación a otro S1 porque no pertenece a S1. Se trata, en cualquier caso, de un atributo que se predica de las normas cuando se las asimila a entidades intensionales y en este sentido todas las normas que pertenecen a un sistema, independientes y dependientes, son válidas en ese sistema¹⁸. Pero la pertenencia de una norma a un determinado sistema normativo no es lo mismo que su existencia porque se trata de una propiedad relacional que sólo se puede predicar de normas, e.i. de normas existentes, y en este sentido, la “existencia” de una norma es una condición necesaria de la posibilidad de pertenecer a algún sistema. Una norma puede, por otra parte, pertenecer a una multiplicidad de sistemas. Si “pertenencia” se identifica con “existencia” y, por consiguiente, con “validez”, entonces las normas solo podrían existir relativamente a algún sistema, pero no existirían en relación a otros. Ello significa, prima facie, que los enunciados existenciales de normas solo tendrían sentido si se adopta un sistema normativo como punto de referencia. De manera que si se parte de un sistema S, y la norma N no pertenece a S, entonces N no existe. Pero se tiene un argumento en contra de esta conclusión: si N es una norma, e.i. una entidad intensional, N existe con independencia de su pertenencia o no pertenencia a S, de la misma forma que una proposición existe con independencia de su pertenencia a una teoría. Como lo mismo vale cualquiera sea el sistema que se adopte como punto de referencia, N existe con independencia de su pertenencia a cualquier sistema. De modo que el enunciado “existe N” no puede ser equivalente a “N pertenece a S”, donde “S” es una variable que se puede sustituir por el nombre de cualquier sistema normativo.¹⁹ De nuevo, la cuestión cambia si, como se presupone

¹⁸ Esta manera de entender el término “validez” no debe ser confundido con otra idea que no se refiere solamente a relaciones entre normas. Según esta última, una norma es válida cuando ha sido promulgada en un acto autorizado por otras normas del sistema. Como las denominadas normas “independientes” no satisfacen esa condición, ello parece conducir a un dilema: o bien estas normas no pertenecen al sistema o bien el sistema no es un conjunto de normas válidas. El dilema desaparece cuando se tiene en cuenta que están en juego dos usos del término “validez”. Las normas independientes de un sistema S pertenecen por definición a S y, por consiguiente, son “válidas” si “validez” significa “pertenencia”. Esta cuestión se discute en R. Guastini en “Note sulla Struttura Formale degli Ordinamenti Giuridici” (manuscrito).

¹⁹ En cambio puede tener sentido relativizar la existencia de una entidad empírica a una dimensión temporal y espacial. O alternativamente a un mundo posible, asumiendo que las entidades empíricas de los mundos distintos que el mundo actual también existen, o lo que es lo mismo que estos mundos también existen, lo que ciertamente es discutible. Precisamente, la distinción

usualmente, la existencia de una norma depende de su pertenencia a un sistema existente o, si alternativamente, la pertenencia a un sistema se presenta como una propuesta conceptual. Más adelante, voy revisar estas alternativas²⁰.

Por último, el término “validez” menciona otra propiedad posible de las normas en tanto entidades intensionales, a saber, su fuerza obligatoria, e.i. a la circunstancia de que efectivamente deben ser obedecidas. Es difícil determinar de que manera se identifica esa propiedad²¹. La cuestión aquí es que este sentido no se identifica con la pertenencia a un sistema ni, prima facie, con la noción de existencia de una norma. Nada impide que ciertos contenidos normativos existentes no satisfagan esa propiedad. De nuevo, la analogía con las proposiciones sirve para ilustrar porque ello es así: la validez de una norma parece cumplir la misma función que la verdad, en cuanto propiedad de las proposiciones. Por consiguiente, si se reconoce la existencia de proposiciones falsas, no resulta demasiado coherente negar que existan normas que no son válidas. A menos que se estipule que el término “norma” sólo se aplica a una subclase de esas entidades intensionales semejantes a las proposiciones, e.i. a las que son válidas, de la misma manera que se puede decir que sólo las proposiciones verdaderas son genuinamente proposiciones. Pero entonces, la afirmación de que solo existen las normas válidas es analítica porque es el resultado de una definición: suministra un criterio para dife-

entre el mundo actual y otros mundos posibles sirve para discriminar entre entidades empíricas existentes y no existentes: las únicas entidades existentes serían las que existen en el mundo actual. Para esta discusión, E.M. Zemach, “Existence and Nonexistents”, *Erkenntnis*, 199, p.p. 145-166. Pero las entidades intensionales, si es que existen, existen en cualquier mundo posible y los sistemas normativos no son mundos posibles.

²⁰ Un problema diferente es el de saber si se tiene o no un criterio para determinar cuales son las normas que existen. En todo caso, parece admisible una condición para identificar normas en forma semejante a las proposiciones: sólo pueden ser expresadas en formas lingüísticas, de manera que esa posibilidad de identificación depende de que puedan ser expresadas en algún lenguaje. Confr. C. Williamson, “Propositions and Abstract Propositions”, en N. Rescher (ed.) *Studies in Logical Theory*, American Philosophical Quarterly, Oxford, 1968. Asimismo, puede ser interesante explorar las posibilidades de un argumento de Dag Prawitz relativo a las proposiciones que son posibles: si D es un dominio no vacío de acciones designadas con p, q, r, s, n , el criterio para determinar las normas que existen puede el siguiente: para cada acción de D y para cada operador deóntico O, Ph y P existe una norma que asocia cada acción con cada operador. Confr. D. Prawitz, “Propositions”, en *Theoria*, XXXIV, 1968, p.p. 134-146.

²¹ Una idea es que la validez, en este sentido, depende de cuales sean las acciones que la norma determina que deben, no deben o no pueden realizarse. A veces, esto se expresa afirmando que la validez de una norma depende de su contenido. En otras ocasiones, se dice que una norma es válida cuando existe otra norma que ordena su obediencia. Aunque no pretendo discutir aquí esta cuestión, parece claro que son criterios que pueden conducir a resultados divergentes, en cuanto a la validez de una norma N .

reniciarlas de otras entidades intensionales. Lo que no significa modificar la noción de “existencia” de normas: si las normas existen solo pueden existir de un modo ideal.

5. Hechos y normas

La naturaleza intensional de las normas no implica que no se puedan relacionar con ciertos eventos. Las normas pueden ser utilizadas para ordenar o mandar la realización ciertas conductas. En tal caso, constituyen el contenido de esas ordenes o mandatos. El acto de promulgar una norma puede interpretarse como el uso de una formulación lingüística que expresa esa norma la que, de esta manera es el contenido de esa formulación²². Las normas también pueden ser aceptadas, es decir, se pueden adoptar actitudes críticas a su respecto o, simplemente, pueden ser obedecidas. Asimismo, es posible creer que ciertas normas están dotadas de cierta propiedad, v.g que son válidas, en el sentido de “fuerza obligatoria” o que pertenecen o no pertenecen a un determinado sistema normativo. O una norma puede constituir el contenido de un pensamiento, e.i. otro evento mental²³. Pero en todos estos supuestos, las normas, en tanto contenidos significativos, no se identifican con esos sucesos temporales. Por lo tanto, si es verdad que existen, su existencia no depende de que se las utilice para ordenar, se las acepta o se las obedezca o de la circunstancia de que alguien crea en su existencia o les adjudique determinadas propiedades. Lo mismo sucede con las proposiciones, las que pueden constituir los contenidos de las creencias, pero no se identifican con ellas, esto es, no se iden-

²² Usualmente se caracteriza el acto de promulgación como la “creación” de una norma. No obstante, esa manera de hablar solo puede tratarse de una metáfora. Porque si las normas son entidades intensionales carece de sentido decir que son “creadas” por actos, y si no existen tales entidades, no hay nada que pueda ser “creado” por actos semejantes. En otro de los sentidos de la expresión “existencia de normas” analizados por Bulygin (que denomina “existencia formal”), esta significa que una norma ha sido “promulgada”. Pero de nuevo, si “norma” menciona el contenido significativo que expresa la formulación lingüística utilizada, su existencia no puede ser afectada por la ocurrencia de ningún hecho. Confr. E. Bulygin, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law” [*cit.* n. 4]

²³ De este modo, no hay nada contradictorio en el concepto kelseniano de “norma fundamental”, entendida como una que solamente es el contenido de una suposición o de un pensamiento. Aún más, el hecho de que N puede ser el contenido de semejante acto mental, o de cualquier otro, es una prueba –para los que sostienen la existencia de entidades intensionales– de la existencia de N. M. Hartney advierte que el mismo Kelsen señala la distinción entre una “norma positiva” y otra “meramente pensada”, en su *General Theory of Norms*. M. Hartney, “The Confusión in Kelsen’s Final Rejection of a Logic of Norms”, en *Archiv Für Rechts und Sozial Philosophie*, Beiheft, n° 52, 199.

tifican con estados mentales. En el enunciado “x cree que p”, p menciona la proposición que es objeto de la creencia de x, que hay que diferenciar del suceso mencionado como “la creencia de x”, un hecho que tiene lugar en la dimensión espacio-temporal. Es más, la posibilidad de discriminar entre el acto mental de la creencia y aquello en lo que se cree, es uno de los argumentos para postular la existencia de las proposiciones²⁴. De manera similar, en los enunciados “x promulga N”, “x cree que N es válida”, “x acepta N” y similares, se supone que hay que distinguir la norma mencionada con N de los hechos descritos en esos enunciados.

La posibilidad de establecer esas relaciones entre eventos y proposiciones o entre eventos y normas muestra que la ocurrencia de un hecho es utilizable como criterio para constituir conjuntos de esas entidades. Su-póngase, por ejemplo que x cree en las proposiciones p,q,s,t...n, la que en todo caso será una serie finita. Ello significa que le son adjudicados a x estados mentales cuyos contenidos son las proposiciones en cuestión. De manera que pueden denominarse el conjunto de proposiciones creídas por x, cuyo criterio de pertenencia es, por definición, su correspondencia con las creencias de un determinado individuo. Pero, por un lado, ni la existencia ni la identidad de las proposiciones del conjunto se afecta por la circunstancia de que efectivamente x tiene esas creencias y no otras. De hecho, varios individuos pueden compartir las mismas creencias y, ello significa que el mismo conjunto de proposiciones se corresponde con sus respectivos estados mentales. Por otro, el conjunto que resulta del uso de semejante criterio, no se define por la satisfacción de una relación sistemática de pertenencia, de manera que es contingente que además constituya un sistema. En especial, no se incluyen, por la definición del conjunto, las consecuencias lógicas de las proposiciones que son el contenido de las creencias de x. La misma operación mental se utiliza para conformar conjuntos de normas, v.g., el conjunto de las normas promulgadas por x²⁵ o el conjunto de las normas aceptadas por x. Sin embargo, en tanto se asuma que las normas son entidades abstractas, ninguna cuestión de “existencia” de normas esta involucrada en el elección de un criterio de este tipo, al que

²⁴ Confr. P. Strawson, *Skepticism & Naturalism. Some Varieties* [cit. n. 2].

²⁵ C. Alchourrón y E. Bulygin reconstruyen esta idea en “The Expressive Conception of Norms” [cit. n. 15]. No obstante, hay dos diferencias importantes a) Para esa concepción, no existen normas como entidades distintas de las proposiciones. Por lo tanto, el conjunto “promulgado” por x se integra con proposiciones. Ello significa que el derecho no se puede identificar con ese conjunto, a menos que se admita que *es* un conjunto de proposiciones; b) ese conjunto incluye *también* las consecuencias lógicas de las proposiciones promulgadas. Esto significa, al menos, cambiar el criterio de pertenencia, porque en ese supuesto los actos de promulgación no indican un criterio necesario y suficiente. El conjunto resultante *no* se puede definir como el conjunto de proposiciones promulgadas por x.

voy a denominar “criterio empírico” de pertenencia, para distinguirlo de los criterios sistemáticos²⁶.

Se puede sostener que la postulación de una distinción entre “normas positivas” o “realmente existentes”, de acuerdo a la terminología de Weinberger se sustenta en la confusión entre la noción de “existencia” de normas y la de un conjunto constituido al utilizar un criterio empírico de pertenencia. Ello es así, cuando se afirma que el acto de promulgación de N, por parte de x, al menos cuando x es un individuo autorizado para realizar ese acto (esto es, cuando x puede ser calificado como “autoridad normativa”) es una condición necesaria para la existencia de N. O cuando, como es el caso de Hart, la práctica de aceptación de N es, asimismo, una condición, al menos suficiente, para que exista N²⁷. Sin embargo, si hay alguna distinción que hacer entre el acto o la práctica, entendida como un comportamiento recurrente, y la norma N, esta es comprendida como un contenido significativo, cuya existencia no puede depender de un hecho. Sencillamente, porque “norma” no es el nombre de un hecho ni de una entidad empírica.

Por supuesto, las cosas son distintas se esta dispuesto a identificar las normas con los hechos en cuestión o con otros cualesquiera, es decir, a modificar la noción de “norma”. Un norma puede mencionar, entonces, el hecho de formular una orden, la práctica de un comportamiento recurrente o el hecho de que un cierto grupo comparte ciertas actitudes hacia la práctica. Se trata de un paso similar a la identificación de las proposiciones con las creencias. Como es obvio, desde este punto de vista, las normas tienen una dimensión temporal y espacial, comienzan a existir y dejan de existir. Es más, si sólo existen esos hechos, el término “norma” no menciona ninguna clase de entidades. En rigor, un “hecho” no es una entidad o un objeto. Por consiguiente, la tesis positivista se convierte en la afirmación trivial según la cual la existencia del derecho depende de la existencia de hechos porque “derecho” sólo menciona un conjunto de hechos. La primera consecuencia de este paso es que carece de sentido hablar, en el sentido usual, de sistemas normativos o identificar al derecho existente con una clase de sistemas semejantes²⁸.

No obstante, es notable como la doble exigencia de relacionar con parámetros temporales, la existencia de normas y simultáneamente man-

²⁶ La aclaración obvia es que no se trata de un criterio “empírico” de existencia.

²⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991, cap. VI. También, A. D. Woosley, “The Existence of Rules” [cit. n. 1].

²⁸ Por “sistema normativo” en el sentido usual entiendo un conjunto de normas relacionadas por el criterio de deducibilidad o de legalidad. Es por cierto posible decir que un “sistema” es una construcción para dar cuenta de las relaciones (normalmente funcionales) de una clase de hechos. Pero no es inteligible hablar de relaciones lógicas o de legalidad entre hechos.

tener la idea de un sistema normativo, impide identificar con precisión la referencia, si es que la tiene, del término “norma”. Frecuentemente, en la literatura, se proponen condiciones empíricas para analizar la “existencia” de normas, pero “norma”, en esos análisis no denota un hecho o una clase de hechos. En un lúcido trabajo M. Hartney²⁹ formula la distinción entre las dos nociones de “norma”: el concepto “lógico” de norma, esto es, las normas como enunciados o significados de enunciados; y el concepto “existencial” de norma, e.i. como una clase de entidades que comienzan a existir y cesan de existir en algún punto en el tiempo. Pero el mismo Hartney no advierte que en el sentido “existencial” las normas tienen que ser hechos y no entidades o al menos ello no resulta claramente formulado. Así, dice Hartney que: “Si en una cierta sociedad existe una norma según la cual un hombre puede tener varias esposas, entonces el enunciado (o el significado del enunciado) “Un hombre puede tener varias esposas” es el contenido de la norma”. Se supone que la norma que existe, existe de hecho. Pero no hay ningún hecho que corresponda a la descripción “un hombre puede tener varias esposas”. De manera que, en este párrafo, “norma en el sentido existencial” parece mencionar lo mismo que “norma en el sentido lógico”, a saber el enunciado o su significado según el cual “un hombre puede tener varias esposas”. Asimismo, al adjudicarle a Kelsen una confusión entre ambos sentidos, Hartney dice: “un sistema estático de normas es un conjunto de enunciados (o significados de enunciados) que se derivan unos de otros por medios puramente lógicos, mientras un sistema dinámico de normas es un conjunto de entidades contingentes, cada uno de los cuales requiere de un acto de voluntad para comenzar a existir” (nota 2, p. 81, subrayado mío). Sin embargo, Hartney no aclara que son esas entidades contingentes, distintas de los actos de voluntad, que son los únicos sucesos a los que se le puede adjudicar existencia temporal. Parece referirse (en nota 19) a las normas en sentido kelseniano, esto es, las que tienen una “existencia ideal”. Pero si ello es así, no son distinguibles de los significados de enunciados y, por cierto carecen de existencia temporal. Por su parte, C. Alchourrón y E. Bulygin, distinguen entre “norma-prescripción” que es “el contenido de un acto de precibir” y “norma lekton”, identificada como “el contenido de un posible acto de prescribir”³⁰. Esta última es la contrapartida prescriptiva de la proposición, mientras la primera se corresponde con una aserción, e.i. un acto lingüístico. De manera que correlativamente la norma-prescrip-

²⁹ M. Hartney, “The Confusión in Kelsen’s Final Rejection of a logic of Norms” en *Archiv für Rechts und Sozial Philosophie*, Beiheft nº 52, 1993.

³⁰ En “Von Wright y la Filosofía del Derecho”, p.incluido en C. Alchourrón y E.Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, p.p. 69-102, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. La referencia es a la p.73 (subrayados míos).

ción tendría que asimilarse a otro acto lingüístico, a un evento temporal. Sin embargo, en ambos casos “norma” designa la misma entidad, a saber, el contenido conceptual de un acto de prescribir (actual o posible). Esto es, designa a una entidad análoga a una proposición³¹.

6. Existencia de sistemas normativos

Parece entonces que solo tiene sentido hablar de normas existentes como eventuales componentes de sistemas normativos si se discrimina entre hechos (actos o comportamientos) y normas, que se presentan como sus resultados. Ello vale aún en el caso en el que se niegue que existen entidades semejantes. Si fuera así, hablar de normas sería una especie de ficción. Es más, como ya fue indicado, en la teoría jurídica usual, uno de los criterios de existencia de una norma *N* es su pertenencia de *N* a un sistema normativo *S*. Como dice Bulygin³² esta noción corresponde a un uso común. Pero, encubierto en ese uso aparece de nuevo la distinción on-tológica. En efecto, una norma existe, según esa idea, si pertenece a algún sistema normativo. Normalmente, se piensa que este dato suministra un criterio para identificar a las normas que existen de las que no existen. Pero, si “norma” menciona entidades abstractas o ideales, en cualquier caso, cualquier norma pertenece a algún sistema. Al menos porque cualquier norma satisface la relación de implicación con alguna otra norma. Por lo tanto, todas las normas existen. Esto no es más que una consecuencia de concebir a las normas como entidades intensionales, de manera que decir que no existen normas fuera de algún sistema, es cierto porque todas las normas satisfacen alguna relación con alguna otra norma. La idea usual tiene que ser completada, entonces, de otra manera: las normas existen si

³¹ Como se sabe, C. Alchourrón y E. Bulygin ofrecen en “The Expressive Concepción of Norms” [cit. n. 15] una elaborada reconstrucción de la posibilidad de identificar a las normas con es-pécificos actos lingüísticos. Por eso la existencia temporal de las normas es una metáfora porque un acto sólo existe en el momento que se realiza. A pesar de ello, tengo dudas acerca de la referencia del término “norma” incluso en ese trabajo. Ello es así porque allí se afirma: “Ordenar es esencialmente una actividad lingüística. Consiste en formular ciertas palabras (o otros símbolos) con un cierto significado. Una norma *es el enunciado (sentence) significativo* en su uso imperativo.” (p. 100, subrayado mío). Literalmente, una norma no es el acto de ordenar sino el enunciado utilizado para ordenar. La diferencia parece importante: si las normas son actos, entonces dos actos de ordenar la misma conducta son normas distintas porque son eventos distintos. Pero si son los enunciados, y “enunciado” menciona un enunciado *tipo*, ambos actos promulgan la misma norma si es que usan, de un modo imperativo, el mismo enunciado. La alternativa de considerar que “enunciado” se refiere a la específica expresión utilizada en cada acto conduce a la consecuencia con-traintuitiva de que cualquier transcripción de la orden que responda al mismo tipo (cualquier reiteración del enunciado) sería una “norma” distinta.

³² E. Bulygin, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, [cit. n. 4].

pertenecen a algún sistema existente. Parece que no tiene sentido decir que una norma existe aunque pertenezca a un sistema in-existente. Pero, en tanto entidades abstractas, todos los sistemas posibles son sistemas existentes. De modo que para mantener la distinción entre normas existentes y no existentes es preciso asumir, como efectivamente sucede en el discurso usual, que la “existencia de un sistema jurídico S” es un dato empírico, algo que se ubica en el tiempo y en el espacio y, por lo tanto, la afirmación de que existe N implica un enunciado existencial relativo a un hecho o a un conjunto de hechos equivalente al que afirma la existencia de S. Ello permite interpretar la tesis positivista en el siguiente sentido: las normas “positivas”, las que existen realmente, son las que pertenecen a algún sistema normativo empíricamente existente. Pero ello sólo es posible si S menciona un conjunto de hechos. De aquí falta un paso para concluir que la existencia de N es también un suceso empírico, precisamente, porque S es un conjunto de normas. Por lo tanto, “norma” tiene que mencionar también alguna entidad empírica.

No obstante, hay una alternativa a esta interpretación que evita la identificación de normas con hechos. Es el recurso a la noción de “criterio empírico” de pertenencia a un conjunto, que asume la ocurrencia de un hecho o de un conjunto de hechos como indicador para integrar un conjunto de normas. En tal caso, el término “derecho” puede funcionar como un nombre de ciertos conjuntos de normas identificados por la satisfacción de algún criterio empírico de pertenencia. De manera que son “normas positivas” las que integran esos conjuntos. Ello, sin embargo, no significa conceder existencia empírica a las normas. Como la cuestión es, entonces, la de saber cuáles son los hechos que hay que asumir como indicadores, la supuesta hipótesis ontológica se convierte en un interrogante conceptual.

Una operación intelectual de este tipo es la que sirve para reconstruir la idea del carácter dinámico del derecho, la que indica que su contenido cambia cuando ocurren ciertos eventos. Lo que sólo significa que definidos conjuntos de normas son sustituidos por otros porque los hechos tenidos en cuenta son otros. Como los criterios de pertenencia son empíricos, su ocurrencia es relativa a cierto tiempo y a cierto espacio. Pero ello no puede implicar que las normas que constituyen cada conjunto “existen” sólo en esos ámbitos temporales y espaciales. Sólo se indica que se modifica con cada hecho la referencia del término “derecho”³³. Sucesivos actos o hechos permiten la imagen conceptual de una serie de conjuntos que se corresponden con cada evento desde un cierto tiempo t hasta otro tiempo t_1 . Lo que conduce a hablar del “derecho empíricamente existente” cuando es el

³³ Conf. C. Alchourrón y Eugenio Bulygin “The Expressive Conception of Norms”, [cit. n. 15]. Pero de nuevo, se tiene una importante diferencia: para la concepción expresiva se trata de conjuntos de proposiciones. No está claro que se justifique denominar “derecho” a esos conjun-

caso que solo de los hechos tiene sentido predicar esa existencia. Esta es la serie que se corresponde con la noción que C. Alchourrón y E. Bulygin³⁴ denominaron “orden jurídico”. Esta noción es el resultado de una elección de una determinada clase de hechos, a saber, los actos de promulgación y de derogación autorizados por normas que tienen que pertenecer a un conjunto anterior en la serie³⁵. Estos son actos cuya ocurrencia pueden denominarse “hechos institucionales”. Así, si un individuo x (la autoridad normativa x) realiza el acto de promulgación autorizado por $N1$ y cuyo contenido es N , entonces N integra un conjunto de normas C ³⁶. Cada acto de promulgación de normas distintas determina, entonces, otro conjunto. Inversamente, si x deroga N , acto autorizado por $N1$, se sigue que N no integra un conjunto C . De manera que C es una variable para designar distintos conjuntos en distintos tiempos, cada uno de los cuales se identifica con las normas promulgadas y no derogadas por x hasta ese parámetro temporal. Ninguna norma que no cumpla esa condición puede, por definición, integrar un conjunto de la serie. Lo que, insisto, no significa que no exista. Como tampoco hay que entender que las normas del conjunto existen porque se realizan los actos de promulgación³⁷.

Ahora bien, en primer lugar, el recurso a los hechos institucionales no es un criterio sistemático de pertenencia. De hecho, el criterio positivista no asegura la satisfacción de esa condición. Por consiguiente, cada conjunto no constituye, per se, un sistema normativo. En especial, las consecuencias lógicas de las normas promulgadas por la autoridad normativa x no integran cada conjunto ni tampoco lo integran, obviamente, las normas que constituyen el contenido de posibles actos de promulgación. En rigor, no se pueden distinguir en esos conjuntos—utilizando únicamente el criterio empírico de pertenencia—normas independientes y dependientes. Es por ello que dije anteriormente que el criterio de “legalidad” en el sentido standard, el que exige la ocurrencia de un evento temporal, no suministra un modelo de sistema normativo, si este es entendido como un conjunto que se determina por relaciones entre sus componentes. Ello, obviamente, no impide que

tos, aunque se los denomine “sistemas normativos”.

³⁴ C. Alchourrón y E. Bulygin, “Sobre el Concepto de Orden Jurídico”, en *Crítica*, vol. VIII, nº, 1976.

³⁵ Confr. R. Caracciolo, *Sistema Jurídico. Problemas Actuales* [cit. n. 5] p. 67 y s.s.

³⁶ Se toma en cuenta a un solo individuo (una autoridad normativa) para simplificar la exposición.

³⁷ Normalmente se admite que la existencia temporal continuada desde el momento de su promulgación hasta el momento de su derogación, es sólo una metáfora. En todo caso, lo que es una metáfora es la *misma* idea de existencia temporal de una norma, con independencia de actos de promulgación y de derogación.

las normas promulgadas –como cualquier conjunto normativo– puedan constituir las “normas independientes” de un sistema deductivo S cuyo contenido se determina por sus consecuencias lógicas. Estas son normas que pertenecen a S aún en el caso que no hayan sido promulgadas. Pero S es otro conjunto que no se define por la satisfacción de un criterio empírico, o lo que es lo mismo, no todas sus normas son “normas positivas”.

La elección entre una u otra alternativa se presenta generalmente como la cuestión ontológica de saber si existen o no las normas que constituyen consecuencias lógicas de las normas “existentes”, esto es, promulgadas. Esto sucede con el último Kelsen para quien no existen normas sin el correspondiente acto de promulgación³⁸. Von Wright afirma también que la mera constatación de que una norma N se infiera de otras cuya “existencia” se admite no significa que N “exista”. Es preciso, además, la satisfacción de lo que he denominado un “criterio empírico” de pertenencia, e.i. la existencia del acto de promulgar N³⁹. La cuestión tiene importancia, por ejemplo, para determinar el status de las normas que constituyen el contenido de las eventuales decisiones judiciales, cuando se las concibe como consecuencias lógicas de las normas generales “existentes”. Si en cualquier caso se exige un acto de promulgación, entonces tales normas no integran el conjunto, y por consiguiente, no “existen” antes de la ocurrencia de esos actos. Por el contrario, si el conjunto constituye un sistema deductivo, tales normas tendrían que considerarse “existentes”. Sin embargo, no se trata aquí, estrictamente, de una cuestión ontológica porque obviamente todas las consecuencias lógicas de un conjunto C, si es que existen las normas, son normas existentes. Más bien, es una controversia conceptual acerca de lo que hay que denominar “derecho”.

Además, en segundo lugar, la selección del criterio de los “hechos institucionales” no es la única alternativa a la hora de pronunciarse por un criterio empírico de pertenencia. Otros criterios pueden conducir a la integración de conjuntos distintos. Ello es lo que sucede cuando, v.g, se aceptan, se obedecen o se aplican normas que no han sido promulgadas por individuos autorizados, e.i. que no son el “producto” de hechos institucionales y, por lo tanto, cuando se tiene una discrepancia entre estas normas y las que, de acuerdo al modelo de orden jurídico, pueden integrar la serie de conjuntos normativos. Una típica discusión en este sentido es la que versa acerca del status de las normas inconstitucionales, esto es, aquellas cuyo acto de pro-

³⁸ Básicamente en *General Theory of Norms*, (trad. M. Hartney), Clarendon Press, Oxford, 1991.

³⁹ G.H. Von Wright, “Is There a Logic of Norms?” en *Ratio Juris*, vol. 4, n° 1991.

mulgación no esta autorizado (o más aún, esta prohibido) por las normas que integran la constitución. Aquí también, el asunto se plantea en términos ontológicos: se trata de saber si existen o no normas de esta clase o si pueden existir. Sin embargo, desde el punto de vista ontológico, la respuesta no es complicada y es afirmativa. En tanto entidades intensionales, estas son normas posibles y por lo tanto existentes, cualquiera sea la constitución que se adopte como punto de referencia. Tampoco pueden haber dudas que esas normas pueden constituir y constituyen de hecho, el contenido de actos de promulgación, de actitudes de aceptación o que, pueden ser y son, de hecho, aplicadas por los jueces, y obedecidas por sus destinatarios. Lo que significa que satis-facen alguno de esos posibles criterios empíricos de pertenencia. Otra pregunta distinta es si se esta dispuesto a admitir que las normas inconstitucionales integran el “derecho”. Un uso consistente del criterio de los hechos institucionales –como fue, de nuevo, el caso de Kelsen– tendría que conducir a una respuesta negativa y, por consiguiente, a afirmar que no “existen” las normas inconstitucionales. Una respuesta positiva signi-fica cambiar un criterio empírico de pertenencia por otro, o lo que es lo mismo, un criterio conceptual⁴⁰. La apariencia de que estos son problemas ontológicos se explica porque si se acuerda en denominar “normas jurídicas” sólo a las que satisfacen un determinado criterio P entonces es trivial que no existen normas jurídicas que no satisfagan el criterio P. Pe-ro todavía no se tiene un acuerdo semejante en la teoría del derecho. Una parte importante de las discusiones de este tipo no resultan, entonces, de la necesidad de elucidar la naturaleza ontológica de las normas, sino de una básica indeterminación del concepto de derecho.

⁴⁰ La distinción entre tipos de problemas permite dar cuenta de la aparente paradoja de decir que se aplican, se obedecen, o se aceptan normas “inexistentes”(o “inválidas”) cuando ello sólo significa que se trata de normas que no satisfacen un criterio de pertenencia a un conjunto.