

LA VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

JOSÉ DELGADO PINTO,
catedrático de Filosofía del Derecho
Salamanca, España

I

El tema de la validez del derecho, sobre todo desde la obra de H. Kelsen, se mantiene presente de forma constante en la literatura filosófico-jurídica contemporánea. Esta presencia es un índice de su importancia, que algunos autores procuran destacar de manera expresa.¹ Sin embargo, se trata de un problema que dista mucho de haber sido resuelto de forma plenamente satisfactoria. No sólo porque las soluciones propuestas son distintas, sino porque tampoco se parte de un planteamiento único comúnmente aceptado. Las divergencias comienzan a propósito de la misma manera de proponer la cuestión y, por tanto, del alcance de la misma. Hasta tal punto que algún autor ha llegado a hablar del “problema del problema” de la validez del derecho.² Así las cosas, puesto que el planteamiento correcto de cualquier dificultad facilita decisivamente su solución, parece que lo más urgente en nuestro caso es esforzarse por llegar a un planteamiento correcto del problema de la validez jurídica. A ello pretendemos contribuir modestamente con este trabajo, dentro de los límites que su propia extensión impone.

Un buen punto de partida puede ser el de cuestionarse por el sentido del término “validez del derecho”, dado que no se trata de un término unívoco. Hace algunos años A. J. Brandao observaba que corrientemente

¹ Cfr., por ejemplo, R. Schreiber, “Die Geltung von Rechtsnormen”, *Springer Verlag*, 1966, pp. 1-2; 51 y ss. H. Henkel afirma de manera muy expresiva: “Die Frage der Rechtsgeltung lässt damit wie in einem Brennpunkt Grundfragen der Rechtsphilosophie zusammentreffen, indem sie das eigentümliche Ineinandergreifen von Sein und Sollen, von Realität und Idealität, von Tatsächlichem und Normativem im Recht zur Anschauung bringt”, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München und Berlin 1964, p. 455. Cfr. también del mismo autor, *Das Problem der Rechtsgeltung*, en *Dimensionen des Rechts*. Gedächtnisschrift für Rene Marcic, Berlin, 1974, 1, p. 82.

² “Nel corso della mia ricerca, il classico problema della validità di norme —qual è discusso, ad esempio, in Hans Kelsen— è divenuto esso stesso problema”... “In questo mio rapporto sopra le mie ricerche, io tenterò di fissare i termini nei quali formulare secondariamente quello che io (esemplando il manieristico titolo d'un libro di Thomas Mann, *Roman eines Romans*) potrei chiamare problema d'un problema”, A. G. Comte, “Studio per una teoria della validità”, en *Riv. Int. di Fil. del Diritto*, XLVII, 1970, pp. 331-332.

los juristas emplean frases como “entrar en vigor”, “durante la vigencia”, etcétera, en las que el término vigencia adquiere sentido sólo de forma indirecta por su inserción en el contexto global de la frase respectiva, sin poseer, sin embargo, un concepto claro de lo que con dicho término se pretende designar.³ Algo similar ocurre en el plano de la filosofía jurídica a propósito del término validez del derecho. Esto se debe, unas veces, a que los autores no elaboran un concepto explícito del mismo; otras, a que utilizan conceptos distintos. En todo caso el resultado es la ausencia de un concepto claro y preciso de lo que se entiende por validez del derecho.⁴

Por esto nos ha parecido que un buen procedimiento para intentar aclarar el problema consiste en pasar revista a algunas de las principales acepciones con que el término es usado en la filosofía del derecho contemporáneo. Las expondremos sintéticamente, clasificándolas, procurando hacer patente el sentido que adquiere en cada caso el problema de la validez del derecho y haciendo las anotaciones críticas pertinentes. Sobre la base de estas anotaciones esbozaremos unas breves conclusiones finales.

II

1. En un primer grupo podemos incluir todas aquellas concepciones que explícita o implícitamente entienden por validez la vinculatoriedad u obligatoriedad como cualidad inherente al derecho. El problema se plantea en este caso como la búsqueda del fundamento o criterio justificativo de esa fuerza obligatoria.

Probablemente fue con este sentido como primeramente se planteó la cuestión de la validez jurídica. Decimos probablemente, porque para afirmarlo de forma categórica sería necesario conocer con detalle la historia completa del problema, historia que, por lo que sabemos, está aún por hacer. En la antigua doctrina escolástica de la ley, por remontarnos hasta ella, no se usa el término validez. Sin embargo, los tratadistas se proponían normalmente la cuestión de cuándo, esto es, bajo qué condiciones, una pretendida ley humana posee en verdad razón (*ratio*) o fuerza (*virtus, vis*) de ley, obligando en consecuencia a su cumplimiento.⁵

³ A. J. Brandao, “Vigencia y temporalidad del derecho”, trad. de L. Carnelli, en el vol. *El hecho del derecho*, Buenos Aires, 1956, pp. 60-61.

⁴ Sobre la falta de un concepto claro de validez y la pluralidad de acepciones con que se usa el término, *cfr.*, entre otros, R. Schreiber, *op. cit.*, pp. 1-2; 51 y ss.; 57-68 y ss. A. G. Comte, *op. cit.*, pp. 333-335. L. Legaz, “Ser y deber ser en las concepciones del valor y de la validez”, en *Anuario de Fil. del Derecho*, XIII, 1968, pp. 327-330. U. Klug llega a distinguir hasta nueve acepciones del término validez; la excesiva laxitud con que emplea el término hace escasamente útil su clasificación; *cfr.* “Rechtslücke und Rechtsgeltung”, en *Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70 Geburtstag*, München und Berlin 1965, I, pp. 88-92.

⁵ *Cfr.*, por ejemplo, Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, qq.: 92, 1 ad. 4; 93, 3 ad 2; 95, 2; 95, 3; 96, 4; 96, 6; etcétera.

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 223

Más recientemente, aunque en un contexto y con una terminología diferentes, parece que fue también en esta forma como entendieron, al menos de manera predominante, el problema de la validez los componentes del positivismo jurídico-decimonónico y de comienzos de nuestro siglo. En efecto, salvadas las excepciones, la mayor parte de sus representantes entendieron la norma jurídica, a diferencia de las leyes naturales, no como una regla expresiva de cómo se obra de ordinario, sino como una regla determinante de cómo se debe obrar. Se abría entonces la cuestión de cómo fundamentar esta pretensión de obligar de unas normas que representaban para los destinatarios preceptos heterónomos.⁶ A este propósito González Vicén ha afirmado que el positivismo fracasó en su intento de encontrar una respuesta satisfactoria, mostrándose en dicho problema la limitación de su punto de partida epistemológico.⁷

En el propio Radbruch se advierte este mismo planteamiento cuando comienza a tratar del tema afirmando que el problema de la validez del derecho es el problema de “la normatividad de lo fáctico”.⁸ De forma más explícita señala R. Laun que el término validez puede entenderse en dos sentidos. Conforme al primero designa el hecho de que una norma es obedecida efectivamente, en cuyo caso es sinónimo de positividad y la afirmación de que el derecho positivo es válido, constituye una tautología. Conforme al segundo,

⁶ Una respuesta muy generalizada a este problema, aunque no la única, fue la ofrecida por la llamada “teoría del reconocimiento”. Para una historia de las vicisitudes de esta doctrina en sus dos versiones, la del reconocimiento “individual” y la del reconocimiento “general”, *cfr.*, entre otros, H. L. Schreiber, *Der Begriff der Rechtspflicht (Quellenstudien zu seiner Geschichte)*, Berlín 1966, pp. 84-117, y H. Welzel, *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Köln und Opladen 1966, pp. 8 y ss. Ambos autores señalan el comienzo de dicha doctrina en la teoría jurídica alemana del XIX. Sin embargo, el papel del reconocimiento por los súbditos en la fundamentación de la obligatoriedad de las normas fue conocido y discutido, a partir del Decreto de Graciano, por la teoría medieval y por los componentes de la escuela española del XVI; *cfr.* L. Legaz, “La obligatoriedad jurídica”, en *Anuario de Fil. del Derecho*, I, 1953, pp. 57 y ss.

⁷ F. González Vicén, “El positivismo en la filosofía del derecho contemporáneo”, Madrid 1950, pp. 87 y ss. En el mismo sentido H. Welzel, “Derecho y poder”, pp. 53-62; “Ley y conciencia”, pp. 73-77. Citamos por la versión castellana de ambos trabajos, a cargo de E. Garzón Valdés, incluidos en el volumen *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, edit. “Univ. Nacional de Córdoba”, Argentina, 1962. González Vicén mantiene una apreciación distinta a propósito de la respuesta del positivismo a la cuestión de la validez y obligatoriedad del derecho en “Sobre el positivismo jurídico”, *Homenaje al profesor Giménez Fernández*, vol. II, Sevilla, 1967, pp. 29 y ss.

⁸ “Die Frage der Geltung des Rechts ist die Frage der *Normativität des Faktischen* (Georg Jellinek): Wie kann aus einem Faktum eine Norm, wie kann aus dem Rechtswillen des Staates oder der Gesellschaft ein rechtliches Sollen hervorgehen, das doch, wie es scheint, ein Wollen, wenn es von der Macht begleitet ist, zwar ein Müssen, aber niemals ein Sollen hervorrufen kann?”, *Rechtsphilosophie*, 5ª edic. a cargo de E. Wolf, Stuttgart 1956, p. 174. Sobre las vacilaciones en la doctrina de Radbruch respecto a la obligatoriedad del derecho y su fundamento, *cfr.* H.-L. Schreiber, *Der Begriff...*, cit., pp. 124-129.

validez significa la fuerza de obligación interna de un orden jurídico, su capacidad de constituir un deber, designando entonces algo distinto de la mera positividad. Laun, adoptando este segundo significado, trata de responder a la pregunta de cuál pueda ser el fundamento de esta fuerza obligatoria del derecho.⁹

También puede incluirse en este grupo a H. Welzel. Este autor estima que el obligar constituye una función natural del derecho, ya que ha de regular la convivencia entre los hombres, seres cuya conducta recíproca no está determinada de manera fija por medio de instintos. Para cumplir con esta misión no basta con reglas meramente directivas, sino que éstas han de ser también obligatorias. Tal obligatoriedad inherente al derecho se presenta, respecto de los súbditos, como el problema del deber jurídico y, respecto de la norma, como el problema de su validez.¹⁰ Sin embargo, en una monografía posterior, dedicada precisamente al problema de la validez, la posición de Welzel resulta menos clara. En ella afirma que toda norma impuesta regularmente y reconocida de forma general por los súbditos, ha de estimarse como derecho positivo válido en la comunidad de que se trate. Con todo, reconocido esto, queda en pie el problema de la legitimación del deber, la pregunta de en virtud de qué fundamento la conducta determinada en la norma positivamente válida representa, no una mera imposición de fuerza, sino una obligación incluso para quienes no la han reconocido.¹¹

Para terminar esta referencia a autores que ejemplifican esta primera forma de entender la noción de validez del derecho cabe aludir, por último, a H. Henkel. Para Henkel la obligatoriedad de la norma jurídica y el problema de su fundamentación representan tan sólo una dimensión o aspecto del concepto pluridimensional de validez del derecho y de su compleja problemática, aspecto parcial al que denomina "validez normativa" del derecho.¹²

Entre los autores españoles que se han ocupado con el problema de la validez del derecho, encontramos también representantes de esta primera corriente. Así, en primer lugar, Díez Alegria, quien, reservando el término vigencia para significar la efectividad de las normas, entiende por validez la normatividad o fuerza vinculante del derecho. A su juicio tal fuerza vinculante, o se fundamenta en un valor o principio espiritual que la refiere en último término a la obligatoriedad moral, y entonces constituye un verdadero deber,

⁹ R. Laun, "Vom Geltungsgrund des positiven Rechts", en *Grundprobleme des Internationalen Rechts* (Festschrift für J. Spiropoulos), Bonn 1957, pp. 321 y ss. Vid. del mismo autor, *Recht und Sittlichkeit*, 3ª edic. Berlin, 1935, pp. 1-28.

¹⁰ H. Welzel, "Derecho y poder", cit., pp. 43-50; 53. "Ley y conciencia", cit., pp. 76-77.

¹¹ H. Welzel, *An den Grenzen des Rechts...*, cit., pp. 20-21 y ss. Hay que hacer notar que en esta obra Welzel no se preocupa explícitamente de elaborar un concepto preciso de validez del derecho.

¹² Vid. una exposición más completa de la posición de Henkel respecto del problema de la validez del derecho más adelante, en el apartado 4 de este trabajo.

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 225

o se basa en la fuerza física o en la presión social, en cuyo caso se reduce a un mero “tener que”.¹³

Por su parte, Fueyo entiende que la pregunta por la validez es la pregunta por el título que confiere a una norma dada como *factum* el significado de la obligatoriedad jurídica.¹⁴ Por validez debe entenderse “una explicación jurídica por virtud de la cual un mandato de autoridad obliga jurídicamente”; validez de una norma es “el título jurídico de su obligatoriedad jurídica”. Validez y obligatoriedad, añade, no son sinónimos, pero remiten a una significación básica común: el “estatuto de autoridad”, a la relación por virtud de la cual un sujeto resulta obligado frente a la declaración de voluntad de otro, o de un órgano, que por esta virtualidad decimos que está investido de autoridad.¹⁵

Legaz, en la primera edición de su *Filosofía del derecho*, entiende por validez la exigibilidad, normatividad o imperatividad del derecho. Tal exigibilidad corresponde de forma necesaria a todo orden jurídico existente. Por eso la validez pertenece a la esencia del derecho; la expresión “derecho válido” es un juicio analítico y “a priori”. La vigencia, en cambio, es un accidente; la expresión “derecho vigente” es un juicio sintético y “a posteriori”, extraído de la experiencia. Pues la vigencia significa la aceptación del derecho por la sociedad, y esto constituye un hecho que puede producirse o no, aunque si no se produce en absoluto, la misma validez desaparece.¹⁶ En posteriores ediciones de su obra Legaz matiza este concepto de validez del derecho.¹⁷

Todos los autores a los que nos hemos referido, pese a las diferencias que median entre ellos, coinciden en entender, explícita o implícitamente, por validez la fuerza vinculante u obligatoriedad del derecho. Según esto el problema de la validez jurídica consiste en encontrar el fundamento o justificación suficiente de tal fuerza vinculante.

La observación que puede hacerse a propósito de esta forma de plantear

¹³ J. M. Díez Alegría, *Ética, derecho e historia*, Madrid, 1953, pp. 13; 19-20; 27; 52. En el capítulo primero, pp. 11-90, de la obra, dedicado al tema del deber jurídico, su caracterización y su fundamento, el autor determina sólo incidentalmente lo que entiende por validez del derecho.

¹⁴ J. F. Fueyo, “Legitimidad, validez y eficacia (la significación jurídica y política del sistema de producción de normas)”, en *Revista de Administración Pública*, 6, 1951, pp. 35-36.

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 39-40. A nuestro juicio, Fueyo no consigue establecer un concepto claro de validez del derecho. En la p. 44, refiriéndose al ordenamiento jurídico como todo, parece referir la validez a la existencia misma del derecho cuando afirma que el principio del valer del derecho remite al principio de ser del mismo, que el derecho vale, es imperativo, en la medida en que representa la regla de existencia de una totalidad social. Sin embargo, a propósito de las normas jurídicas concretas parece que la validez se distingue de la obligatoriedad y de la existencia. En efecto, al plantearse el tema de las normas creadas irregularmente, que considera inválidas, afirma que, sin embargo, pueden llegar a obligar por ser eficaces; tales normas pueden “existir”, pero no “ser” derecho. *Cfr.* pp. 66-73.

¹⁶ L. Legaz, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1953, pp. 246-247 y ss.

¹⁷ *Vid.* más adelante apartado 4 de este trabajo.

el tema se encuentra implícita en la frase de Legaz, de que la expresión “derecho válido” es un juicio analítico. En efecto, si se acepta que la vinculatoriedad es un carácter inmanente a todo derecho, no tiene sentido plantearse el problema de su fundamentación como distinto al problema mismo de la existencia del derecho. Lo que se estime suficiente para fundamentar o probar la existencia de la norma jurídica bastará para fundamentar o probar también el deber que ella implica consigo. Lo contrario sólo se justificaría en el caso de que no se tratara de una obligatoriedad jurídica, inherente a todo derecho, sino de una obligatoriedad estrictamente moral, que sólo poseerían las normas jurídicas por la concurrencia de requisitos diferentes de aquellos que se exigen para reconocer que existen como tales normas jurídicas. Por eso Legaz en la segunda edición de su obra afirma que “... como sería un contrasentido hablar de un Derecho ni obligatorio ni exigible, podría decirse que validez del Derecho significa, sencillamente, existencia del Derecho en cuanto Derecho...”.¹⁸ Pero esto nos conduce a otro concepto de validez jurídica.

2. En un segundo grupo cabe considerar a todos aquellos autores que entienden por validez la existencia del derecho como tal en una sociedad determinada. Derecho válido significa derecho existente *hic et nunc*. Derecho no válido significa derecho que no existe, que no actúa como tal, en la comunidad de que se trate.

Ahora bien, a partir de esta coincidencia inicial es necesario distinguir dos direcciones opuestas que parten de concepciones distintas del derecho. Para la primera, éste no puede reducirse a puro *factum* psicológico o social, ni a mera regla expresiva de cómo se comportan efectivamente los miembros de una sociedad, sino que está constituido por normas que determinan cuál debe ser la conducta de aquéllos. En consecuencia la validez representa una forma peculiar de existencia, que no puede apoyarse exclusivamente en datos de experiencia, sino que precisa de una fundamentación que los trasciende, en cuanto fundamentación de un deber ser. Para la segunda, que rechaza la noción del derecho como norma de deber ser dotada de fuerza obligatoria, el problema de la validez se resuelve en la verificación de la correspondencia de las reglas jurídicas con los hechos sociales a que se refieren.

A. Representante típico de la primera dirección es H. Kelsen. Kelsen entiende por validez la existencia específica del derecho.¹⁹ Existencia específica porque se trata de la existencia de normas de deber ser, de la existencia de un *Sollen*; tal existencia es distinta de la de los hechos de la naturaleza, que pertenecen a la esfera del *Sein*; es una existencia peculiar, una existencia

¹⁸ L. Legaz, *Filosofía del derecho*, 2ª edic., Barcelona, 1961, pp. 502-503.

¹⁹ “Mit dem Worte ‘Geltung’ bezeichnen wir die spezifische Existenz einer Norm”, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª edic., Wien 1960, p. 9 “... ; sondern insbesondere darum, weil, wenn man die Geltung, das ist, die spezifische Existenz des Rechts...”, *op. cit.*, p. 220. Es inútil multiplicar las referencias, pues esta afirmación constituye un lugar común de la teoría kelseniana.

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 227

“ideal”.²⁰ Por esto, la validez no se identifica con la eficacia o efectividad, que no representa otra cosa sino el hecho de la correspondencia de la conducta real de los miembros de la sociedad con la conducta establecida como debida en la norma.²¹ La eficacia tampoco puede ser el fundamento de la validez. Es únicamente una condición de la misma. El fundamento de la validez de una norma sólo puede encontrarse en otra norma válida y, en último término, en la norma fundamental hipotética.²²

El problema de la validez reviste una importancia decisiva en el edificio de la “teoría pura del derecho”. Se comprende que sea así, si se tiene en cuenta que Kelsen parte de la separación radical entre las esferas del “ser” y el “deber ser”, y que el problema consiste precisamente en cómo fundamentar la existencia de las normas, las cuales, aunque surgen siempre de un hecho perteneciente a la esfera del “ser”, de un acto de voluntad,²³ constituyen, sin embargo, un deber ser. Tal existencia no puede fundamentarse en ningún hecho, pues de un “ser” no puede derivarse un “deber ser”, mientras que, por otra parte, la coherencia con los postulados del positivismo impide invocar como fundamento algún principio supraempírico o “metafísico”.

Prescindiendo aquí de la solución, importa anotar, sin embargo, que el propio planteamiento del problema no resulta completamente claro por la oscuridad de la noción de “deber ser” en el pensamiento kelseniano.²⁴ Con-

²⁰ “Denn die Geltung einer Norm ist ihre spezifische, und zwar ideelle Existenz, ihr Vorhandensein...”, *cfr.* “Die Grundlage der Naturrechtslehre”, en el volumen *Das Naturrecht in der politischen Theorie*. Wien 1963, p. 2. “Als Sinn eines Willensaktes hat die Norm eine ideelle Existenz, zum Unterschied von der realen Existenz... Normen ‘bestehen’ in der Tat ‘rein ideal’ richtiger: haben ideelle Existenz, denn sie sind nur Sinngehalte...”, *cfr.* “Zum Begriff der Norm”, en *Festschrift für H. C. Nipperdey*, München und Berlin, 1956, p. 66, nota 11. “...Geltung aber nicht Eigenschaft einer Norm, sondern ihre Existenz, ihre spezifische, ideelle Existenz ist”, *cfr.* “Recht und Logik”, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Europa Verlag Wien, 1968, Bd. 2, p. 1472 (publicado primeramente en *Forum*, XII Jahrgang, Heft 142 und Heft 143, Wien 1965), etcétera.

²¹ “Ebenso wie die Sollnorm als Sinn des sie setzenden Seinsaktes nicht mit diesem Akte, ist die Soll-Geltung einer Rechtsnorm nicht mit ihrer Seins Wirksamkeit identisch”, *Reine Rechtslehre*, edic. cit., p. 218. *Cfr.* también, *op. cit.*, pp. 10, 11 nota; 48; 92; 206-207; 215 y ss.; etcétera. La afirmación de que la validez del derecho es distinta de su eficacia es también, salvando diferencias de detalle de unas obras a otras, doctrina constante en la teoría de Kelsen.

²² *Cfr.*, entre otros muchos lugares, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 48, 49, 51, 82, 90-91, 218-219, etcétera.

²³ “Keine Norm ohne einen normsetzenden Willensakt...”, *cfr.* *Zum Begriff*, cit., p. 59. “Eine bloss gedachte Norm ist der Sinn eines fingiertes Willensaktes, zum Unterschied von einer positiven Norm, die der Sinn eines realen Willensaktes ist. Ganz allgemein formuliert: kein Sollen ohne ein —wenn auch nur fingiertes— Wollens”, *op. cit.*, p. 63. “Normen aber statuieren ein Sollen und da Sollen ein Korrelat von Wollen ist, sind sie der Sinn von Willensakten und als solche...”, *cfr.* *Recht und Logik*, cit., pp. 1470-1471. En sus últimos trabajos Kelsen acentúa progresivamente este “voluntarismo” en su concepción de las normas en general y de las normas jurídicas en particular.

²⁴ Éste es un punto en el que se han centrado muchas de las críticas a la “teoría pura”. Por lo que hace a nuestro tema R. Schreiber estima que la noción de validez

cretamente es discutible si la afirmación de que una norma es válida implica afirmar su obligatoriedad, el deber de atenerse a la misma.²⁵

Aunque no coincidan plenamente con Kelsen, porque el contexto general de su pensamiento es distinto, hay una serie de autores para los que la validez significa también la existencia peculiar del derecho. Así, G. Husserl afirma que por validez del derecho debe entenderse la forma de ser del mismo, por virtud de la cual un dato en cuestión adquiere el carácter de realidad jurídica.²⁶ El modo de ser de la norma jurídica no es reductible al de un fenómeno natural, ni tampoco al de una entidad puramente lógica; es una forma de ser peculiar, correspondiente a una realidad peculiar como el derecho, que es una realidad social objetiva, un dato espiritual. Que el derecho vale equivale a decir que, como tal realidad social objetiva, vincula en un determinado tiempo y espacio.²⁷ Salvando las diferencias, ésta es también, en términos generales, la forma de entender la noción de validez del derecho de una serie de autores tales como E. Wolf, K. Engisch, L. Legaz, H. Henkel, et cetera.²⁸

resulta indefinida en la doctrina de Kelsen, en cuanto que éste sostiene que el concepto de *Sollen* no es definible ni analizable; *cfr.* "Die Geltung von Rechtsnormen", cit., pp. 51 y ss. En un alarde de minuciosidad K. Leiminger ha enumerado, advirtiendo que son las principales, hasta dieciocho definiciones distintas de *Sollen* en el pensamiento de Kelsen; *cfr.* "Die Problematik der Reinen Rechtslehre". Wien-New York, 1967, pp. 63 y ss. *Id.* la dura réplica de Kelsen en "Die Problematik der Reinen Rechtslehre", en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. 18, 1968, pp. 165 y ss.

²⁵ Hay lugares y frases cuyo tenor literal abona la opinión de que para Kelsen afirmar que una norma es válida implica afirmar que es obligatoria para los súbditos. Por limitarnos a dos ejemplos: "que una norma relativa a la conducta de un hombre 'vale' significa que es vinculante, que dicho hombre debe comportarse como determina la norma", "Reine Rechtslehre", cit., p. 196. "Por validez se entiende la fuerza vinculante del derecho positivo, la idea de que debe ser obedecido por los individuos cuya conducta regula", *cfr.* "What is the reason for the validity of law?", en *Festschrift für J. Spiropoulos*, cit., p. 257. Por esto, diversos autores han criticado a Kelsen afirmando que su doctrina conserva residuos de una posición "metafísica" o "iusnaturalista". Sin embargo, creemos más acertada la apreciación de otros conforme a la que, atendido el contexto general de su pensamiento, Kelsen vacía al concepto de deber jurídico de todo contenido ético y de toda idea de vinculación a la norma. El deber jurídico kelseniano connota simplemente la posible responsabilidad de aquel cuya conducta está prevista en una norma como condición para una sanción. Nos excusamos de precisar más en este punto por razones de espacio y porque esperamos publicar próximamente un trabajo sobre Kelsen en el que será discutido este problema.

²⁶ "Unter 'Rechtsgeltung' soll verstanden werden: die Seinsform des Rechtes, vermöge deren der betroffene Sachverhalt den character einer Rechtswirklichkeit erlangt", G. Husserl, "Rechtskraft und Rechtsgeltung". *Eine rechtsdogmatische Untersuchung*, Berlin 1925, p. 1.

²⁷ *Op. cit.*, pp. 6-7; 8-11.

²⁸ E. Wolf, "Il problema della validità nella prospettiva di una ontologia del diritto", en *Riv. Int. di Fil. del Diritto*, xxxvi, 1959, p. 349. K. Engisch, "Die Geltung als Merkmal des Rechtsbegriffs", capítulo II de su obra *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit* (Hauptthemen der Rechtsphilosophie), München 1971, en especial pp. 58-59; 67. Respecto a L. Legaz y H. Henkel *vid.* más adelante apartado 4 de este trabajo.

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 229

Aunque debe incluirse en esta orientación, la postura de H. L. A. Hart presenta ciertas peculiaridades que merecen destacarse. También este autor entiende por validez la existencia de las normas jurídicas en cuanto tales, existencia distinta de la de los meros hechos. Para afirmar Hart que una norma jurídica es válida, significa afirmar que pertenece al sistema jurídico de que se trate, porque satisface los requisitos exigidos por la “regla de reconocimiento” de dicho sistema.²⁹

Ahora bien, tal afirmación es distinta de la afirmación de hecho, de que existe una pauta de conducta porque es observada en la práctica de forma general, lo que constituiría un “enunciado externo” acerca de la regla en cuestión. Por el contrario, la aserción de que una regla es válida constituye un “enunciado interno”, llevado a cabo por quienes aceptan la regla de reconocimiento y en el que el término “existencia”, en cuanto equivalente a validez, adquiere un nuevo sentido: el de que la regla en cuestión es reconocida como obligatoria y aplicada como tal.³⁰ Por esto, una regla puede ser válida, existir en el sentido indicado, aunque no sea eficaz, salvo que la regla de reconocimiento exija la eficacia como requisito de validez.³¹

Lo que antecede resulta más claro si se explica, aunque sea muy brevemente, lo que Hart entiende por “enunciados internos” y “enunciados externos” acerca de las reglas. Enunciado interno es el que emite quien se coloca en un punto de vista interno a un sistema de reglas y revela el aspecto interno de las mismas. Es el tipo de enunciados de quienes aceptan las reglas como pautas de conducta obligatorias, es decir, como pautas de conducta a las que todos deben de conformarse, de forma que fundan en ellas sus exigencias y estiman fundadas las críticas o sanciones contra quienes (eventualmente ellos mismos) no ajustan su conducta a las mismas. Una forma simple de tales enunciados, en el caso del derecho, sería la expresión: “El Derecho dispone que...”.

Por el contrario, un enunciado externo es el propio de quien se coloca en un punto de vista externo al sistema, es decir, el propio de un observador

²⁹ Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, p. 100.

³⁰ Así, por poner el mismo ejemplo del autor, la referencia a una norma válida en una decisión judicial no significa que el juez, basándose en la eficacia del sistema en general y de la norma concreta en particular, afirme la existencia de hecho de ésta y la tome como base para predecir su decisión. Por el contrario, significa que el juez toma a la norma como la *razón*, al menos en parte, de su decisión. Cfr. *op. cit.*, pp. 99-102; 106-107; 229-230.

³¹ “Some of the puzzles connected with the idea of legal validity are said to concern the relation between the validity and the ‘efficacy’ of law. If by ‘efficacy’ is meant that the fact that a rule of law which requires certain behaviour is obeyed more often than not, it is plain that there is no necessary connexion between the validity of any particular rule and *its* efficacy, unless the rule of recognition of the system includes among its criteria, as some do, the provision (sometimes referred to as a rule of obsolescence) that no rule is to count as a rule of the system if it has long ceased to be efficacious”, *op. cit.*, p. 100. Sin embargo, reconoce, *cfr.* pp. 100-102, 247, que el enunciado acerca de la validez de una norma en concreto presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz.

que no acepta las reglas como tales. Se formularía diciendo, por ejemplo: "En Inglaterra reconocen como Derecho...". Ahora bien, esta formulación se apoya todavía en el punto de vista interno, porque el observador, aunque no acepte las reglas, parte del punto de vista de quienes las aceptan como tales. Sin embargo, si se atuviera de forma rigurosa al punto de vista externo prescindiendo de toda referencia al interno, no podría captar ni describir lo que es ni cómo funciona una regla de conducta. En efecto, quien adoptara tal posición podría establecer, tras observaciones reiteradas, que los miembros de un grupo suelen comportarse en determinadas circunstancias de una determinada manera, y que quienes se desvían de tal tipo de comportamiento suelen tener que sufrir consecuencias desagradables. Sobre esta base podría, además, predecir con bastante probabilidad de acierto cómo tendría uno que comportarse en el grupo en cuestión en el caso de que desee evitar aquellas consecuencias desagradables. Ahora bien, estas descripciones o enunciados no captan lo que fundamentalmente significa una regla de conducta ni dan cuenta de cómo funciona ésta para aquellos que la aceptan como tal.⁸²

Para exponer de forma más completa el alcance del problema de la validez en Hart, es preciso referirse a la que llama regla de reconocimiento y a su *status* en cuanto que regla jurídica. Aunque la confronta con la norma fundamental de Kelsen,⁸³ se trata más bien de la "Constitución última" de un orden jurídico, que es todavía una norma positiva y no hipotética. La regla de reconocimiento es aquella que contiene los criterios para decidir sobre la validez de las restantes reglas del sistema y la jerarquía entre dichos criterios de validez. Aunque puede estar formulada expresamente, por lo general, afirma Hart, su existencia se muestra en la práctica de quienes determinan la validez de las reglas particulares del sistema. Dentro de éste la regla de reconocimiento tiene el carácter de "última" en el sentido de que proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero ella misma no está sometida a criterios de validez que estuvieran contenidos en alguna otra regla. ¿Cómo decidir entonces acerca de su existencia como regla jurídica?

A este propósito Hart rechaza el punto de vista de quienes afirman de la regla de reconocimiento que su validez no puede ser demostrada, sino que se da por admitida, se postula o es hipotética. A su juicio el uso del término validez no se extiende a la regla de reconocimiento. Ésta no puede ser válida ni inválida; simplemente existe en cuanto es aceptada y aplicada efectivamente por quienes identifican lo que es derecho válido dentro del sistema. Aunque para que exista es necesario que sea aceptada como obligatoria por quienes la usan, su existencia es una cuestión de hecho cuya afirmación constituye un enunciado externo.⁸⁴

⁸² Cfr. *op. cit.*, pp. 55-56; 86-88; 96; 99, etcétera.

⁸³ *Vid. op. cit.*, pp. 245-246.

⁸⁴ Cfr. *op. cit.*, pp. 92-93; 97-99; 102-104; 104-107; 108; 112; 241-246.

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 231

Aparte otras observaciones que pudieran hacerse,³⁵ interesa reparar en la restricción del concepto de validez en cuanto no aplicable a la regla de reconocimiento, porque revela la diferencia existente en la forma de plantear el problema entre Hart y Kelsen. Para éste, como hemos visto, el problema de la validez del derecho no es otro que el del fundamento de su misma existencia en cuanto deber ser, fundamento que no puede encontrarse en la mera referencia a hechos. Por eso ninguna norma jurídica que exista como tal, ni siquiera la “última norma” positiva del sistema, puede escapar a la necesidad de que se fundamente su validez, por lo que lógicamente el fundamento último de validez ha de colocarse fuera del ordenamiento jurídico-positivo. En Hart el problema de la validez del derecho no adquiere esta dimensión radical de intento de “justificar” el paso de lo fáctico a lo normativo, de fundamentar como deber ser normas que surgen, sin embargo, de hechos. Su postura representa más bien una teorización del proceder ordinario de los juristas. Por eso funda la validez de las normas jurídicas en la norma última positiva del sistema, pero no se plantea el problema a propósito de ésta, limitándose a declarar que su existencia en cuanto norma jurídica es una cuestión de hecho.

B. Prescindiendo de otros autores vamos a referirnos a A. Ross, como representante de la dirección que entiende por validez del derecho su existencia *hic et nunc*, pero concibiéndola como una cuestión de hecho, es decir, como equivalente a su eficacia.

En varias de sus obras Ross emplea el término validez con significados diversos. En *Hacia una ciencia realista del derecho*, 1946,³⁶ usa validez para significar el carácter normativo, la obligatoriedad del derecho. Validez significaría algo distinto de mera realidad. Constituiría el componente o elemento metafísico, ideal, que junto con el componente físico, empírico o real, harían del derecho una entidad constitutivamente dual: algo que existe, que es, un fenómeno observable en el mundo de los hechos, pero al mismo tiempo algo que vale, que implica un deber ser. Ross rechaza este dualismo y, con él, la validez jurídica así entendida. Tal validez no corresponde a nada objetivo; es simplemente un término con el que se expresa la racionalización

³⁵ Cfr., entre otros, H. Eckmann, *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie* (Der Begriff des Rechts in der Rechtstheorie H. L. A. Hart), Berlín 1969, pp. 86-100; 117-128. En la p. 122 Eckmann se hace eco de la observación de que la postura de Hart de no extender el concepto de validez a la regla de reconocimiento, contradice el uso habitual del lenguaje, según el cual los criterios de validez contenidos en la Constitución, en los que consiste en suma la regla de reconocimiento, son considerados derecho válido. En español cfr. J. R. Capella, *El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*. Barcelona, 1968, pp. 116-124; 141-144.

³⁶ *Towards a realistic Jurisprudence (A criticism of the dualism in Law)*, 1946. Citamos por la traducción al castellano *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*. Buenos Aires, 1961.

de ciertas vivencias emocionales: las actitudes de conducta desinteresada ante los mandatos provenientes de quien ejerce la compulsión.³⁷

En *On Law and Justice*³⁸ se tradujeron los términos daneses *gyldig* (equivalente al alemán *gültig*), *gyldig ret*, y *gaeldende* (equivalente al alemán *geltend*), *gaeldende ret*, por el único término inglés *valid*, *valid law*, lo que al parecer dio lugar a confusiones.³⁹ Para disiparlas Ross en un trabajo posterior: *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*, señala las distintas acepciones en que emplea “validez” y toma postura ante ellas.

Distingue tres acepciones o significados diferentes, que cumplen funciones diversas. El primero resulta del uso del término que hacen los expositores del derecho positivo cuando califican un acto jurídico como válido o inválido, nulo, según que produzca, o no, los efectos jurídicos deseados. En este caso el término cumple una función interna, en cuanto que el enunciado de la validez significa afirmar algo *según* un sistema de normas dado. En un segundo sentido, validez es usado en teoría general del derecho para indicar la existencia efectiva o realidad de una norma o sistema de normas, frente a lo que sería una norma meramente imaginada o un proyecto de norma. Ahora el término cumple una función externa, puesto que se usa para afirmar algo *acerca* de la norma o sistema de normas. Finalmente, con un tercer significado, validez es usado en ética y derecho natural para

³⁷ En esta obra Ross sostiene que caben tres concepciones del derecho: la dualista, que lleva a antinomias irresolubles, a algunas de las cuales se refiere, y las monistas, a) el normativismo kelseniano, que se queda con el elemento de la validez, la normatividad; b) el realismo americano, que se queda con los hechos. Pero las posiciones monistas terminan necesitando cada una del otro elemento para llegar a delimitar lo que es derecho. Ross, por su parte, se pronuncia por el realismo, pero no eliminando el elemento de la “validez”, sino reinterpretándolo de manera que en último término se reduzca a la realidad. Validez expresa simplemente la racionalización de un hecho psicológico-social: la vivencia de las órdenes compulsivas como si fueran obligatorias porque se cree en la existencia de “autoridades competentes” para imponer tales órdenes. *Cfr. op cit.*, pp. 16-18; 40-57; 88-90; 93, etcétera.

³⁸ *On Law and Justice*, London 1958. Trad. de la edic. danesa “Om ret og retfaerdighed” de 1953.

³⁹ El propio Ross se hace eco de tal posibilidad, estimando incluso que las objeciones hechas a su doctrina por Hart se deben a una mala interpretación motivada por el problema lingüístico aludido, lo que nos parece insostenible. *Cfr.* “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural” (publicado primeramente en texto bilingüe en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, vi; incluido luego con otros trabajos del autor en el volumen *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires 1969, por el que citamos), pp. 26 y 30-32. Genaro R. Carrió, traductor al español de *On Law and Justice*, con objeto de evitar tales posibles confusiones prefirió traducir *valid law* por “derecho vigente” y *validity* por “vigencia” y no por validez, cuando era traducido del danés *gaelden*. *Cfr. Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires 1963, p. 12. Nosotros citamos por esta traducción, pero utilizamos validez donde Carrió pone vigencia, pues toda posible confusión sobre el sentido del término queda disipada después de las aclaraciones del propio Ross en *El concepto de validez...*, antes citado.

designar la “fuerza obligatoria” del derecho. En este caso la afirmación de la validez atribuye a la norma jurídica una cualidad apriorística, de manera que su función viene a ser la de justificar, condicional o incondicionalmente, el orden jurídico existente.⁴⁰

Dejando aparte la primera de las indicadas, que no plantea discrepancias, Ross rechaza como inaceptable la tercera de las acepciones del término validez, que él vincula al iusnaturalismo y a la metafísica. Para una ciencia jurídica verdaderamente positivista, y por tanto, empírica, cuya misión es describir el derecho efectivamente en vigor en un país en un determinado momento, tal noción carece de sentido, pues se refiere a una idea apriorística que no puede ser reducida a términos empíricos definidos por medio de hechos observables. La llamada fuerza obligatoria del derecho no constituye ninguna entidad objetiva, observable, del orden jurídico mismo; no es sino una expresión racionalizadora del hecho psicológico consistente en que los súbditos viven el orden jurídico como merecedor de su aprobación ideológica. Ahora bien, dicho orden jurídico-objetivo puede y debe ser descrito en forma objetiva prescindiendo de tal aprobación, o desaprobación. Por tanto, para una ciencia jurídica inspirada en la concepción de la ciencia de la moderna filosofía empirista resulta inaceptable esta noción metafísica de validez.⁴¹

Como se deduce de lo expuesto, Ross utiliza la noción de validez referida a las normas jurídicas para significar su existencia efectiva. Ahora bien, su manera de entender esta existencia difiere radicalmente de la de Kelsen. Nuestro autor rechaza expresamente la concepción kelseniana de validez jurídica, identificando validez y eficacia del derecho.⁴² A su juicio, la ciencia del derecho, como ciencia social empírica, ha de plantearse el problema de la validez como una cuestión de hecho, de forma que los enunciados sobre la misma consistan en proposiciones referentes a hechos o fenómenos observables, en este caso a hechos o fenómenos sociales.⁴³ Veamos más en concreto el planteamiento de Ross.

Tomando como modelo el juego del ajedrez, Ross considera al derecho como algo compuesto de dos elementos recíprocamente relacionados: una serie de normas, por una parte, y, por otra, un conjunto de fenómenos sociales.⁴⁴ Las normas jurídicas son ideas normativas abstractas, contenidos normativos ideales,⁴⁵ que según su sentido lógico constituyen directivas dirigidas a los tribunales determinando por quiénes y cómo se ha de ejercer la fuerza en una sociedad concreta; más precisamente, las normas jurídicas

⁴⁰ Cfr. *El concepto de validez...*, cit., pp. 12; 25-27.

⁴¹ Cfr. *El concepto de validez...*, cit., pp. 12; 19-20; 23-24; 26-27; 29-30. *Sobre el derecho...*, cit., pp. 18; 39; 54-55; 66-67.

⁴² Cfr. *El concepto de validez...*, cit., pp. 27 y ss. *Sobre el derecho...*, cit., pp. 18; 34; 66-67.

⁴³ Cfr. *El concepto de validez...*, cit., pp. 13; 26-27; 30. *Sobre el derecho...*, cit., pp. 39; 66-67.

⁴⁴ Cfr. *Sobre el derecho...*, cit., pp. 12-17; 17-18; 29.

⁴⁵ Cfr. *Sobre el derecho...*, cit., pp. 18; 67.

son directivas que regulan el uso de la fuerza por los tribunales.⁴⁶ El segundo elemento, los fenómenos sociales, contrapartida de las normas, lo constituyen el conjunto de conductas o actos humanos reglados por dichas normas. En sentido estricto se circunscribe a la conducta de los jueces o tribunales, aunque en un sentido más amplio incluye también las conductas de los súbditos regladas asimismo por las normas.⁴⁷

Pues bien, el problema de la validez se reduce al problema de la correlación o correspondencia entre los dos elementos descritos: las normas y las conductas a que aquéllas se refieren. Derecho válido se llamará a la norma o sistema de normas que se correspondan con las acciones sociales respectivas, de tal manera que puedan constituir un esquema de interpretación que permita aprehender tales acciones como un todo coherente de significado y de motivación, así como predecirlas dentro de ciertos límites. Esta posibilidad de aprehensión y predicción se da cuando las normas son eficaces, es decir, efectivamente obedecidas porque son vividas como socialmente obligatorias.⁴⁸

Más concretamente, puesto que los fenómenos jurídicos en sentido estricto están constituidos por las decisiones de los tribunales, podemos afirmar que normas válidas son aquellas que se corresponden con tales decisiones, es decir, que son efectivamente aplicadas por los tribunales porque operan en el espíritu de los jueces en cuanto éstos las viven como socialmente obligatorias y por ello las obedecen:

El *test* de la validez es que sobre la base de esta hipótesis, esto es, aceptando el sistema de normas como un esquema de interpretación, podamos comprender las acciones del juez (las decisiones de los tribunales) como respuestas con sentido a condiciones dadas y, dentro de ciertos límites, seamos capaces de predecir esas decisiones, de la misma manera que las normas del ajedrez nos capacitan para comprender las movidas de los jugadores como respuestas con sentido y para predecirlas.⁴⁹

Como se habrá observado, en la afirmación de la eficacia de las normas interviene el elemento de su vivencia como socialmente obligatorias. En efecto, Ross reconoce⁵⁰ que para verificar el enunciado de que una norma es válida, esto es, eficaz, no basta la mera observación externa, estadística,

⁴⁶ Cfr. *Sobre el derecho...*, cit., pp. 8 y ss.; 18; 32-34; 67.

⁴⁷ Las conductas de los súbditos regladas por las normas se incluyen en cuanto funcionan como condiciones determinantes de la actuación de los tribunales. Sin embargo, sólo la conducta de los tribunales se estima relevante a efectos de determinar la validez de las normas, hasta el punto de que cuanto más acatamiento recibe una norma en la vida jurídica extrajudicial, más difícil es determinar su validez, porque los tribunales tienen menos oportunidades de pronunciarse respecto a ella. Cfr. *Sobre el derecho...*, cit., pp. 17-18; 32-35.

⁴⁸ Cfr. *Sobre el derecho...*, cit., pp. 18; 29; 34.

⁴⁹ Cfr. *Sobre el derecho...*, cit., p. 34.

⁵⁰ Cfr. *Sobre el derecho...*, cit., pp. 40 y ss.; 69-72.

de lo que los tribunales han hecho hasta ahora. Con este método conductista, behaviorista, podríamos decir que tales o cuales normas han sido válidas, pero no que lo siguen siendo. Afirmar esto segundo supone predecir que los tribunales, siempre que se mantengan determinadas circunstancias, por ejemplo, que no cambie la legislación, seguirán aplicando tales normas en sus sentencias. Y tal predicción sólo es posible si se acepta el supuesto de que los jueces actúan motivados fundamentalmente por la idea de que las normas jurídicas son socialmente obligatorias. Sólo bajo este supuesto es posible también afirmar la validez de una norma que acaba de promulgarse y aún no ha sido aplicada. De esta manera “el concepto de validez del derecho... descansa en hipótesis referentes a la vida espiritual del juez”,⁵¹ con lo que resulta que la obligatoriedad, excluida en principio, reaparece, al menos en cuanto vivencia del juez, como elemento decisivo en la determinación de la validez del derecho.

Dejando aparte las posibles observaciones que pudieran hacerse al modo como Ross intenta solucionar el problema de la validez del derecho,⁵² solución que por otra parte aquí sólo ha quedado esbozada, interesa reparar en el planteamiento del problema. A este respecto nos parece que Ross se mantiene en una posición ambigua. Por una parte, rechaza la idea de la vinculatoriedad o “fuerza obligatoria” del derecho, pero, por otra, no llega a reducirlo a puro hecho social de manera que las reglas fuesen puramente expresivas de cómo los hombres se comportan de hecho. Su concepción de la norma jurídica se queda a mitad de camino entre los modelos de “esquema de interpretación”, que se construye *a posteriori* de los hechos, y “directiva”, que pretende vincular, determinar, la conducta futura.

Si nos quedamos con la primera concepción, no tiene sentido plantearse el problema de la validez como problema de fundamentación o justificación. Únicamente queda el problema de la verificación de las reglas en cuanto hipótesis más o menos útiles o adecuadas para interpretar los hechos que ocurren. De quedarnos con la segunda, la validez de las normas no puede ser objeto de verificación, sino de fundamentación; el enunciado de que una norma es válida no puede verificarse por la mera comprobación de unos hechos observables sin intervenir una previa valoración de dichos hechos. En este caso la eficacia no se identifica con la validez, sino que es tan sólo un signo de la misma; la comprobación de su eficacia no es lo que hace válida a una norma, sino que funciona como un procedimiento para poder afirmar que la norma ha sido válida, siendo preciso fundamentar tal validez en algo distinto de la eficacia.

⁵¹ *Cfr. Sobre el derecho...*, cit., p. 36.

⁵² *Ibid.*, entre otros muchos, F. P. Videtta, “Il concetto di ‘norma valida’” secondo Alf Ross in “On Law and Justice”, en *Riv. Int. di Fil. del Diritto*, XLV, 1968, pp. 333 y ss. En español *vid.* J. R. Capella, *El derecho como lenguaje*, cit., pp. 144-146. Farrell, M. D., *Hacia un criterio empírico de validez*. Buenos Aires, 1972, pp. 67-76.

Pues bien, a nuestro juicio, Ross se queda a mitad de camino. Por un lado, de acuerdo con el modelo de “esquema de interpretación”, afirma que la validez es equivalente a la eficacia y que su afirmación puede ser verificada por referencia a hechos observables. Por otro, sin embargo, al concebir las normas como directivas, tiene que reconocer que su capacidad para servir como esquemas de interpretación y predicción depende de que sean aceptadas como obligatorias.⁵³

3. Ante la falta de un concepto claro y unánimemente aceptado de validez del derecho, que resulta patente de lo expuesto hasta ahora, parece interesante que nos refiramos de forma breve a los intentos de algunos autores de abordar la cuestión desde un planteamiento lógico. Generalmente los autores referidos parten de considerar al derecho como un conjunto de normas expresables en proposiciones lingüísticas a las que se hace objeto de un análisis lógico. Desde este enfoque, la validez aparece como un predicado de las proposiciones jurídicas, cuyo sentido se trata de fijar de forma clara y unívoca.

Como primer ejemplo podemos referirnos a E. García Máynez. El conocido filósofo del derecho mexicano parte de la contraposición de verdad-falsedad a validez-invalididad como predicados respectivos a los enunciados o juicios enunciativos y a las normas o juicios normativos. Mientras que los primeros se refieren al orden de la realidad y tienen sentido descriptivo, las normas no se refieren a la conducta efectivamente realizada, presente o pretérita, para describirla, sino que regulan la conducta posible o futura y tienen un sentido en parte atributivo, en parte prescriptivo: determinan la conducta que lícitamente se puede o se debe realizar. Por esto, las normas, a diferencia de los enunciados que estudia la lógica clásica, no pueden ser verdaderas ni falsas, sino válidas o inválidas.

De la misma manera que los enunciados o juicios enunciativos pretenden ser verdaderos, las normas o juicios normativos pretenden ser válidos. Pero no basta con tal pretensión, sino que es necesario que la verdad se pruebe y que la validez se justifique. En virtud del principio de razón suficiente, todo juicio enunciativo, para ser verdadero, ha menester de un fundamento suficiente de verdad, y toda norma, para ser válida, necesita un fundamento suficiente de validez.⁵⁴

Lo que antecede lo establece la pura lógica, pero ésta no puede ir más allá. La lógica apofántica señala la necesidad de una razón suficiente para

⁵³ Vid. el escrito polémico de H. Kelsen, “Eine ‘Realistische’ und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice”, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. x, H. 1, 1959, pp. 1-25. Vid. también A. G. Comte *Primi argomenti per una critica del normativismo*. Pavia, 1968, pp. 57-71.

⁵⁴ Cfr. E. García Máynez, “Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico”, en *Symposium sobre derecho natural y axiología*, edit. UNAM, 1963, pp. 83-84. La obra del mismo autor, *El problema filosófico jurídico de la validez del derecho*. México, 1935, no aporta nada relevante a la temática concreta que aquí tratamos.

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 237

fundamentar la verdad de un enunciado; pero no puede decidir si la que se aduce en un caso concreto es suficiente, o no. Ésta es ya una cuestión epistemológica cuya resolución requiere la adopción de un criterio de verdad. De la misma manera la lógica jurídica establece la necesidad de un fundamento suficiente para que una norma sea tenida por válida, pero no indica si el que se invoca en un caso tiene, o no, tal carácter; para decidirlo se necesita de un criterio de validez.⁵⁵

A partir de aquí García Máynez se refiere a los criterios o fundamentos de validez propuestos por las diversas tendencias doctrinales, que dan lugar a distintos tipos de validez. Cuando el fundamento consiste en que la norma en cuestión haya sido creada regularmente de acuerdo con lo exigido en una norma fundamental y en otras normas subordinadas a aquélla, tenemos la validez formal en sentido jurídico-positivo. Si a lo anterior se añade el requisito de que el contenido de la norma no contradiga el de preceptos superiores, tenemos la validez material en sentido jurídico-positivo. Por último, si la validez se hace depender de la bondad o justicia intrínseca de lo ordenado en la norma, tenemos la validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico.⁵⁶

Refiriéndose a estos distintos fundamentos o criterios de validez García Máynez afirma que “el correcto empleo del principio de razón exige no sólo la existencia de un criterio de validez; reclama también la unicidad de éste”, pues cada uno de ellos funciona como criterio determinante de lo que se entiende que realmente es derecho.⁵⁷

Desde un punto de vista crítico pueden hacerse diversas observaciones a la doctrina que acabamos de resumir. Así, en primer lugar, cabe hacer notar que el uso lingüístico del término validez no se restringe al campo de las normas, sino que se extiende también al de los enunciados o juicios descriptivos; también de ellos se afirma que son válidos o inválidos, según sean verdaderos o falsos. En sentido contrario no faltan autores que sostienen que también las normas pueden ser verdaderas o falsas.⁵⁸ Pero lo que más nos importa señalar es que García Máynez no determina explícitamente el concepto de validez ni, por tanto, en qué consiste precisamente el problema:

⁵⁵ Cfr. *op. cit.*, p. 84.

⁵⁶ Cfr. *op. cit.*, pp. 84-87. En la p. 94 se refiere a otro criterio, el de la eficacia o efectividad social de las normas, terminando en la formulación trimembre de validez intrínseca, validez formal y eficacia.

⁵⁷ Cfr. *op. cit.*, pp. 87-94. El subrayado del texto es del propio autor, p. 88. Con todo García Máynez admite la posibilidad de que una norma concreta o, más raramente, un orden jurídico, satisfagan los tres criterios de validez; cfr. *op. cit.*, pp. 94-95.

⁵⁸ Cfr. a este propósito J. R. Capella, *El derecho como lenguaje*, cit., pp. 93-103, donde se ocupa críticamente con diversas tendencias y autores que han sostenido que los juicios de valor y, consiguientemente, las normas, pueden ser verdaderos o falsos. Entre otros, G. Kalinowski ha sostenido extensa y temáticamente este punto de vista; a los trabajos de este autor que cita Capella deben añadirse, entre otros, “Le problème de la vérité en morale et en droit”, Lyon, 1967, y “Sur la vérité des normes”, en *Riv. Int. di Fil. del Diritto*, 1968, pp. 593-602.

de la validez del derecho. Afirma, sí, que toda norma jurídica pretende ser válida y que la lógica jurídica exige un fundamento suficiente de validez, aunque determinar cuál sea tal fundamento excede de su competencia. Pero no declara de forma explícita qué representa para una norma ser válida o inválida. Sólo implícitamente parece deducirse del contexto general del trabajo que la validez connota la existencia real de la norma como tal norma.

A diferencia de García Máynez y de otros autores, G. H. von Wright sostiene que la validez no puede considerarse como un sustitutivo o paralelo de la verdad en el campo de las normas, por las razones que veremos. Afirma este autor que el término validez aplicado a las normas suele usarse al menos con dos sentidos diferentes, dando lugar a muchas discusiones que aparecerían como fútiles si no se entrecruzaran ambos significados.

Conforme al primero, validez viene a ser sinónimo de existencia; norma válida es norma existente, norma que está en vigor. Conforme al segundo, validez significa la legalidad del acto de emisión en virtud del cual una norma adviene a la existencia; norma válida es norma creada por un acto de acuerdo con una norma anterior. Para evitar las ambigüedades denunciadas von Wright opta por usar el término validez con el segundo de los significados señalados y nunca con el primero.⁵⁹

La validez, según la noción que se ha propuesto, es “relativa”. Esto quiere decir que toda norma válida lo es por referencia a otra norma anterior. Sin embargo, esta otra norma no tiene que ser necesariamente válida, sino que, como veremos, basta con que exista. Aquí radica precisamente una de las razones que impiden establecer un paralelismo entre verdad y validez; pues, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la validez, cuando decimos que una proposición es verdadera con relación a otra proposición queremos decir que la verdad de aquélla depende de la verdad de ésta.⁶⁰

La relatividad de la noción de validez nos permite comprender el concepto de “cadena de subordinación”. Con él se comprende a la serie de actos de diversas autoridades, subordinados los unos a los otros, así como a las normas establecidas por los mismos. El número de “eslabones” de la cadena puede ser muy diverso, pero basta con dos para que pueda hablarse de cadena de subordinación. En una tal cadena la validez de una norma remite a otra norma anterior y, si ésta es válida, a otra anterior y así sucesiva-

⁵⁹ Cfr. G. H. von Wright, *Norm and Action (A Logical Enquiry)*, London 1963, pp. 194-196. Del problema de la existencia de las normas se ocupa el autor en las pp. 107-128 de la obra. Su tesis sobre este punto puede resumirse como sigue: la existencia de una norma requiere, ante todo, que ésta sea emitida o promulgada por una autoridad-norma. Se requiere, además, que el sujeto a quien se dirige la norma sea capaz en general de realizar lo que se le manda. Por otro lado, es indispensable que la norma produzca efectos, que se establezca una relación vinculatoria entre autoridad-norma y sujeto-norma, para lo cual es decisivo que la norma esté respaldada por una sanción suficiente. Cuando la norma promulgada produce tales efectos puede decirse que está en vigor, que existe.

⁶⁰ Cfr. *op. cit.*, pp. 196-197.

mente. Ahora bien, bajo el supuesto fácilmente admisible de que el proceso de referencia sea finito, toda cadena de subordinación ha de terminar en un eslabón último, en una norma que ya no puede ser válida. Esta norma puede ser, o soberana, norma primaria que no puede referirse a otra anterior, o inválida. Puede ser una norma inválida porque, aunque haya sido emitida en virtud de un acto ilegal, ha podido adquirir existencia, llegar a estar en vigor y originar una cadena de normas subordinadas. En suma, las normas pueden ser válidas, inválidas y soberanas; estas últimas no son ni válidas ni inválidas.⁶¹

Von Wright llama "sistema normativo" a la clase compuesta por una o varias normas soberanas, promulgadas por una y la misma autoridad, y las restantes normas que pueden retrotraerse a dichas normas soberanas a través de las respectivas cadenas de subordinación. Este concepto de sistema normativo permite definir la noción de validez absoluta; una norma posee validez absoluta cuando puede retrotraerse a una norma soberana. La noción de validez absoluta presupone o está subordinada a la de validez relativa, al contrario de lo que ocurre en el caso de la verdad de las proposiciones.⁶²

La afirmación precedente, de que una cadena de subordinación puede terminar en un norma inválida, merece ulterior explicación. Tal supuesto implica que la autoridad subordinada que estableció la norma inválida realizó un acto de insubordinación o usurpación al infringir la norma de una autoridad superior determinante de su competencia. Surge entonces una tensión o pugna, pues ambas normas pueden existir, estar en vigor, durante un tiempo. Esta pugna puede resolverse en favor de la autoridad superior, en cuyo caso la norma inválida dejará de existir. Pero también puede resolverse en favor de la autoridad insubordinada o usurpadora, en cuyo caso puede dejar de estar en vigor la norma superior. En este supuesto la que era norma inválida deja de serlo para convertirse en norma soberana, que puede originar cadenas de subordinación con normas que serán válidas.⁶³

La observación fundamental que puede hacerse a la construcción de von Wright, que acabamos de resumir, se refiere a la opción misma en virtud de la cual atribuye un sentido al término validez, separándolo tajantemente del otro sentido que usualmente tiene, cuando en el lenguaje jurídico ordinario se da una conexión entre ambos.

Desde el punto de vista exclusivo de una lógica deóntica que pretende construir un lenguaje coherente con términos unívocos, nada puede objetarse a la construcción de von Wright. Su concepto de validez es claro dentro del contexto en que lo formula, y a él se atiene coherentemente. El problema

⁶¹ Cfr. *op. cit.*, pp. 198-199. Además, una misma norma puede al mismo tiempo ser válida e inválida por referencia a sendas normas superiores, una de las cuales permite o autoriza la promulgación de aquélla, mientras que la otra la prohíbe. Lo que von Wright no admite es que ambas normas superiores procedan de una misma autoridad. Cfr. *op. cit.*, pp. 197-198.

⁶² Cfr. *op. cit.*, pp. 199-200.

⁶³ Cfr. *op. cit.*, pp. 200-202.

radica en la utilidad de tal concepto para una teoría general o una filosofía del derecho, en si al separar la noción de validez de toda referencia a la existencia de las normas, también connotada usualmente con el término validez, no se consigue la univocidad a costa de ignorar la problemática real a que apunta la noción de validez en la teoría jurídica.

En efecto, de acuerdo con el concepto propuesto por von Wright, validez de una norma significa “el haber sido creada legalmente”. Pero nuestro autor, al separar tajantemente validez y existencia, no determina qué representa esta característica de la norma jurídica respecto del *status* de la misma como tal norma. Sin embargo, cuando el jurista acepta llamar norma válida a aquella que ha sido creada legalmente, es porque piensa que éste es el procedimiento a través del cual las normas jurídicas adquieren existencia. En efecto, en el derecho contemporáneo, el haber sido creadas de acuerdo con el procedimiento establecido en una norma anterior, es la forma más normal o privilegiada de advenir a la existencia las normas jurídicas.

Es verdad que ésta no es la forma única, pues también las normas creadas ilegalmente pueden llegar a adquirir existencia, pueden llegar a estar en vigor. Pero en este caso, como el propio von Wright reconoce, surge una pugna relativa precisamente a la existencia de las normas en cuestión, puesto que normalmente desemboca en la desaparición, en la pérdida de vigor, de una de las normas en pugna. Este hecho es lo que torna problemática la noción de validez del jurista que normalmente considera válidas sólo aquellas normas que han sido creadas legalmente. Por esto, se verá obligado eventualmente a reconocer también como existentes, esto es, como válidas aquellas normas que, aunque creadas irregularmente, han llegado a adquirir eficacia. Si von Wright prefiere no calificar a estas normas como válidas, sino como “soberanas”, es porque previamente ha optado por restringir el significado de validez de manera que designa únicamente el “haber sido creadas legalmente”.

En suma, a nuestro entender, esta restricción del significado del término, que excluye toda referencia del mismo a la existencia *hic et nunc* de las normas, no conduce a la formulación de un nuevo concepto de validez del derecho que tenga relevancia para la teoría jurídica, porque no apunta a ningún problema específico de la misma. El “haber sido creadas legalmente”, más que la validez de las normas, designa el criterio que, según algunos, permite decidir si son válidas o no. Esto muestra, tal vez, el límite que no debe sobrepasarse en el intento de atribuir un significado convencional, guiándose por motivaciones lógicas, a términos que, como el de validez, poseen ya un sentido usual, aunque dicho sentido sea a veces confuso, quizá por la misma complejidad de aquello que se pretende designar.

Ésta es también la observación que puede hacerse a propósito de la postura que sobre el problema que nos ocupa adopta J. R. Capella, cuya noción de validez es muy similar a la de von Wright. Tras negar que verdad-falsedad puedan ser predicados de las proposiciones normativas,⁶⁴ pasa a investigar

⁶⁴ Cfr. J. R. Capella, *El derecho como lenguaje*, cit., pp. 98-103.

la posibilidad de que los predicados adecuados a tales proposiciones sean los de validez-invalidéz.

Desde una postura empirista, antimetafísica, advierte que el hecho de que hablemos de actos jurídicos válidos o de normas válidas no autoriza a entender la validez como una especie de atributo platónico, como una entidad en sí de que participarían los objetos válidos. Recordando la distinción entre denotación y sentido, nos viene a decir que validez no es un nombre que denote algo, sino un término que es significativo, que tiene sentido. Pero el sentido no es algo natural a los términos, sino que resulta del uso lingüístico que se hace de los mismos. Esto, afirma, es una cuestión última que no necesita ulterior demostración.

Sobre esta base indica que no es en absoluto necesario seguir utilizando el término validez. Podría prescindirse de él y sería una buena terapéutica para una ciencia jurídica de estricta observancia crítica no utilizarlo más. Sin embargo, se puede seguir usando porque es de uso común, cómodo y, sobre todo, porque podemos hacerlo inocuo. Decidido ya a utilizarlo, afirma que su sentido vendrá determinado por el significado que se atribuye a la expresión “la norma X es válida”.⁶⁵

Norma válida para Capella es aquella que ha sido edictada legalmente conforme a una norma superior. Si ésta, a su vez, es válida hará referencia a otra superior, y así sucesivamente hasta llegar a una norma-origen, respecto de cuyo acto de edicción ya no nos preguntamos si es legal o ilegal. Ninguna norma-origen puede ser, por definición, válida. Sin embargo, sí puede ser inválida; puede haber sido edictada ilegalmente respecto de una norma anterior pero, habiendo llegado a adquirir efectividad, puede convertirse en norma-origen de una cadena de normas válidas por relación a ella.

De esta manera pueden existir, dentro de un ordenamiento jurídico, diversas cadenas de normas válidas, aunque la norma-origen de algunas de ellas pueden ser normas inválidas respecto de otras cadenas. Lo que sí tiene que ser toda norma-origen es efectiva; de esto se desprende que el criterio de la validez de una norma es la efectividad y no la validez de la norma que regula el acto de su creación. Pueden darse, por tanto, normas válidas e inválidas, así como normas válidas e inefectivas.

Por su parte, una norma efectiva es aquella que es cumplida y obedecida realmente, lo que no significa que lo haya de ser siempre. Sin embargo, la apreciación de la efectividad resulta problemática. Resulta más fácil si se acepta la tesis de que las normas se dirigen a los jueces y no a los ciudadanos en general. Pero aun así se puede plantear el problema de si se considera efectiva una norma en el caso de que no se haya dado el supuesto de hecho que condiciona su aplicación por un tribunal. En este caso, afirma Capella, nos quedamos con la desnuda *existencia* de la norma, abstracción hecha de que sea válida o no, y el problema de su efectividad tal vez sólo puede resol-

⁶⁵ Cfr. *op. cit.*, pp. 124-130.

verse atendiendo a la efectividad general del ordenamiento jurídico. De todas formas el problema de la efectividad es más una cuestión empírica, que admite graduación, que objeto de un análisis lógico.

Con esto nuestro autor llega a la conclusión de que validez-invalidéz no constituyen el correlato deóntico del epistémico verdad-falsedad, pues una norma puede ser a la vez válida e inválida, en tanto que un enunciado nunca puede ser a la vez verdadero y falso. Tampoco pueden aceptarse como valores necesarios de las normas los de efectividad-inefectividad. Por tanto:

En lógica deóntica, y para la interpretación prescriptiva de las proposiciones normativas, una vez descartados como valores la verdad, la validez y la efectividad, sólo podemos apoyarnos en las nociones de *autoconsistencia* de una norma y en la idea de *racionalidad* para explicar la contradicción entre varias de ellas.⁶⁶

Puede aceptarse en principio que el sentido de los términos resulta del uso lingüístico de los mismos. Ahora bien, parece que de acuerdo con el sentido que Capella atribuye al término validez, éste denota una propiedad o característica de las normas jurídicas, la de “haber sido edictadas legalmente”. El problema radica, como ya observamos a propósito de von Wright, en si con esta atribución de sentido se consigue, o no, formular un nuevo concepto de validez jurídica que tenga relevancia o utilidad para una teoría del derecho.

Como hemos visto, Capella se decide a usar el término validez, entre otras razones, porque es de uso común. Sin embargo, la conclusión a que llega, que validez significa simplemente “haber sido edictada legalmente” y que tanto la validez como la efectividad son características o “valores” de los que puede prescindirse a propósito de las normas, no parece que pueda ser compartida por la generalidad de los juristas. Pues cabe preguntarse qué sentido tendría una norma jurídica que ni es válida ni efectiva. ¿Se trataría de una verdadera norma jurídica, o de una mera proposición que podría tener la forma lógica de una norma, pero que no existe como tal? Parece que conforme a su sentido usual y primordial el término validez alude al estar en vigor, al existir y producir los efectos propios de las normas jurídicas, y el propio Capella parece no ser ajeno en algún momento a dicho sentido.⁶⁷

Tal vez Capella nos aclararía que tanto la noción de validez que propone, como la conclusión de descartar validez y efectividad como valores necesarios de las normas jurídicas, las sostiene desde el punto de vista de la lógica deóntica, en un estudio que enfoca al derecho como lenguaje, pero sin excluir otros posibles puntos de vista.

⁶⁶ *Cfr. op. cit.*, pp. 130-137.

⁶⁷ Así en las pp. 136-137, nota 48, encontramos esta frase “... Por otra parte, pensamos que la afirmación de existencia no pertenece al punto de vista jurídico, sino al normativo en general. Una norma edictada *queriendo valer* como derecho puede ser inválida e ineffectiva, pero continuar existiendo como norma moral, por ejemplo” (el subrayado es nuestro).

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 243

Pero, como ya advertimos respecto a von Wright, si el derecho no es primordialmente un objeto lógico ni resultado de una construcción lógica, sino una realidad vital y social, no parece muy aconsejable que la lógica jurídica atribuya un nuevo sentido convencional a términos y nociones que ya poseen un significado acuñado por el uso de los juristas y los teóricos del derecho. Además, no resulta claro que Capella se limite a elaborar una explicación que sólo valdría desde un punto de vista lógico. Parece más bien, por el contexto general de la obra, que sus planteamientos y soluciones tienen también un alcance ontológico, conforme a una ontología que él llama empirista.

Aunque arriba a resultados dispares, el punto de partida metódico de R. Schreiber en la cuestión que nos ocupa es bastante similar al de los dos últimos autores a que nos hemos referido.

Schreiber sostiene que es posible definir la validez de las normas jurídicas como una propiedad de las mismas. Aceptado esto, puede determinarse en principio libremente cuál o cuáles propiedades de las normas van a ser comprendidas mediante el concepto de validez. Pues, conforme a la lógica moderna, las definiciones no son verdaderas ni falsas; simplemente deben ser adecuadas a la finalidad que persigue con ellas.

En nuestro caso la finalidad que sirve de medida de la corrección de la definición de validez que se proponga, consiste en que dicha definición sea capaz de describir de manera completa y adecuada los problemas comprendidos bajo el concepto de validez del derecho. Por otra parte, la definición de un término debe adecuarse también al uso lingüístico que se hace del mismo. Ahora bien, si el concepto resultante de dicho uso no es unívoco, tal vez porque con el mismo se abarcan manifestaciones distintas de un fenómeno complejo, queda abierta la posibilidad, no de formular un concepto completamente nuevo, pero sí de precisar o explicar el concepto usual, llegando incluso a desglosarlo en varios conceptos distintos.

Éste es el procedimiento que Schreiber sigue respecto de la validez jurídica, dado que en el lenguaje usual preexiste una noción de la misma. Concretamente su intento consiste en elaborar varios conceptos de validez con la finalidad de mediante ellos alcanzar una representación plenamente comprensiva del fenómeno de la validez del derecho. La finalidad es comprender plenamente el fenómeno de la validez, pero sólo él, por lo que los conceptos que se formulen no deberán sobrepasar tal ámbito problemático. Una prueba de la adecuación de tales conceptos de validez jurídica vendrá proporcionada por el hecho de que los mismos se muestren aptos para absorber y encuadrar las distintas nociones de validez propuestas por la literatura existente al respecto.⁶⁸

⁶⁸ Cfr. R. Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, cit., pp. 41-42; 48-50; 51-57. La obra de Schreiber ha sido objeto de diversas apreciaciones críticas. Cfr., por ejemplo, respecto del problema de la vinculatoriedad de las normas jurídicas y su relación con la validez, J. Hruschka, "Zum Problem der Verbindlichkeit von Rechtsnormen" (Die Thesen R. Schreiber von der "Un verbind'ichkeit der Verbindlichkeit"), en *Archiv f. R. und Sozialphilosophie*, LIV, 1968, pp. 159-178.

Desde estas premisas nuestro autor elabora tres conceptos de validez jurídica: validez fáctica, validez constitucional o conforme a la Constitución y validez ideal.

Conforme al primero, norma válida será aquella que, prescindiendo de cualesquiera otras características, aparece como efectivamente actuante, esto es, como efectivamente seguida por los órganos de aplicación del derecho. En este caso las normas jurídicas son descripciones de cómo actúa efectivamente el aparato sancionador, y su función es la de servir de predicciones para los súbditos acerca del comportamiento de los tribunales.⁶⁹

Con arreglo al segundo, válida será la norma conforme a la Constitución vigente, esto es, aquella que puede considerarse como perteneciente al ordenamiento jurídico de acuerdo con el orden de validez establecido en la Constitución. En este caso las normas funcionan como directivas para la actuación de los órganos del Estado.⁷⁰

Finalmente, con arreglo al tercer concepto, se llaman normas válidas a aquellas propuestas de un autor para la solución de conflictos de intereses, que pueden generalizarse y expresarse en la forma lógica de toda norma jurídica, y que alcanzan virtualidad a través de representaciones mentales relativas a su fuerza de convicción, a la creencia en su necesidad, etcétera. Tales normas funcionan como recomendaciones para la solución de conflictos.⁷¹

Entre estos diversos tipos de validez se dan relaciones e influencias reciprocas. Puede incluso que una misma norma resulte válida conforme a más de un concepto de validez. Así, una norma constitucionalmente válida puede llegar a ser también válida efectivamente. Pero no es necesario que así ocurra. En todo caso, se trata de conceptos diferentes de validez jurídica, conforme a los cuales se llaman en cada caso válidas a normas con propiedades distintas.⁷²

No vamos a considerar críticamente los presupuestos metódicos de R. Schreiber, pues reiteraríamos observaciones ya hechas a propósito de autores precedentes. Tampoco vamos a examinar uno por uno los tres conceptos de validez jurídica que propone. A este respecto sólo queremos dejar constancia de que nos parece muy discutible que puedan ser consideradas normas jurídicas algunas de las que habría que llamar normas jurídicas válidas de acuerdo con alguno de dichos conceptos.⁷³ Sólo nos interesa llamar la atención sobre el resultado a que llega nuestro autor para observar que, a nuestro juicio, deja sin determinar qué debe entenderse por validez y, por tanto, en qué consiste propiamente el problema de la validez del derecho.

⁶⁹ Cfr. *op. cit.*, pp. 58-63 y 256-257 (*Zusammenfassung*, nº 15).

⁷⁰ Cfr. *op. cit.*, pp. 64-65 y 256-257 (*Zusammenfassung*, nº 15).

⁷¹ Cfr. *op. cit.*, pp. 65-68 y 256-257 (*Zusammenfassung*, nº 15).

⁷² Cfr. *op. cit.*, pp. 239-255.

⁷³ Cfr., en este sentido, la crítica de la noción de "validez ideal" de las normas jurídicas en H. Henkel, *Das Problem der Rechtsgeltung*, cit., p. 71.

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 245

En efecto, la instrumentación de tres conceptos distintos de validez puede que sea útil para poder retrotraer a uno u otro de los mismos los diversos conceptos preexistentes en la literatura, cosa que también resulta discutible. Pero la falta de una noción sintética o unitaria nos deja sin saber qué significa la validez como elemento común de sus distintas adjetivaciones o tipos: la validez fáctica, la validez constitucional y la validez ideal. Cada una de ellas denota propiedades tan diversas de las normas: 1) ser aplicadas efectivamente por el aparato sancionador, aunque no hayan sido establecidas conforme a la Constitución ni posean fuerza de convicción interna; 2) ser establecidas conforme a la Constitución, aunque carezcan de tal fuerza de convicción y no sean aplicadas por los tribunales; 3) ser propuestas por un autor y actuar en virtud de su fuerza de convicción, aunque no hayan sido establecidas conforme a la Constitución ni sean aplicadas por los tribunales), que queda sin esclarecer qué es lo común que permite hablar de validez jurídica en todos los casos.

Dicho de otro modo, el propio Schreiber afirmaba que la finalidad perseguida con la elaboración de los tres conceptos de validez de las normas jurídicas era la de comprender y representar plenamente el fenómeno de la validez del derecho, los problemas comprendidos usualmente bajo el concepto de validez jurídica. Pues bien, a nuestro juicio, nos quedamos sin saber en qué consiste tal fenómeno, cuáles son tales problemas, qué significa en definitiva el que una norma jurídica sea válida o no válida.

Finalmente, vamos a ocuparnos dentro de esta orientación con el estudio de A. G. Comte, al que aludimos al comienzo de este trabajo. En su mismo inicio nos dice que tras largas reflexiones sobre el tema ha llegado a la conclusión de que el correcto planteamiento del problema de la validez constituye, a su vez, un grave problema. Esto se debe a que el término validez no es unívoco. Pero también a que tampoco resulta claro, en los juicios de validez, cuál sea el objeto de que ésta se predica.⁷⁴ A lo largo del trabajo el autor centra su atención precisamente en este punto de cuál sea el objeto de la teoría de la validez, es decir, de qué cosa se predica, o se debe predicar, dicha validez.

En principio parece claro que el objeto de que se predica la validez es la norma jurídica. Pero es que el término norma es equívoco. Pueden darse varios conceptos de norma que es posible y necesario distinguir. Basándose en un paralelo entre el plano de lo descriptivo o apofántico y el de lo prescriptivo o deóntico, Comte establece cuatro posibles sentidos del término norma, cuatro conceptos de norma: a) norma como enunciación deóntica, que consiste en la emisión de un enunciado deóntico, en el acto de emitirlo; b) norma como enunciado deóntico, que consiste en un fenómeno lingüístico, ejemplos: “el comportamiento C. es obligatorio”; “se debe hacer C.”; c) norma como proposición deóntica, que consiste en lo expresado en un enun-

⁷⁴ Cfr. A. G. Comte, *Studio per una teoria della validità*, cit., pp. 331-335.

ciado deóntico. La diferencia con el concepto anterior resulta clara, si se advierte que los dos enunciados deónticos puestos antes como ejemplos expresan una y la misma proposición deóntica, y *d*) norma *stricto sensu* o *status* deóntico, que sería lo análogo del “hecho” en el plano descriptivo y que consiste en la obligación o en la prohibición de hacer esto o lo otro.⁷⁵

Pues bien, el problema consiste en decidir a propósito de cuál de estos cuatro conceptos de norma debe plantearse el problema de la validez. Con palabras del propio autor, “¿respecto de cuál concepto de ‘normas’ es metafísicamente más neutral y metodológicamente más fecundo plantear el problema de la validez de las normas?”⁷⁶

La tesis que mantiene es la de que el problema debe plantearse precisamente respecto de los enunciados deónticos. Las razones que apoyan tal decisión están ya implícitamente contenidas en el modo como literalmente ha planteado la cuestión, y se reducen prácticamente a dos. La primera consiste en que de este modo se elude una toma de posición metafísica comprometida. Tal toma de posición resultaría inevitable si el problema se planteara a propósito de las proposiciones deónticas o de las normas *stricto sensu*; mientras que planteado a propósito de los enunciados deónticos se encarrila por la vía fecunda de la semántica y de la semiótica. La segunda razón consiste en que plantear la cuestión de la validez de las normas respecto de los enunciados deónticos resulta metodológicamente fecundo, porque al existir diversos tipos de tales enunciados es posible mostrar diversos aspectos del problema de la validez y dar cuenta de otras teorías sobre la misma.⁷⁷

Veamos cuáles son los distintos tipos de enunciados deónticos y el sentido que en cada caso reviste el problema de la validez.

En primer lugar, están los enunciados deónticos prescriptivos. Son aquellos que formula el legislador y son la expresión de una proposición deóntica prescriptiva de una norma *stricto sensu*; es decir, la expresión lingüística de una proposición que prescribe una obligación, una prohibición... La teoría de la validez de los enunciados deónticos prescriptivos tiene por objeto la validez por antonomasia. A ella pertenecen los problemas clásicos estudiados, por ejemplo, por Kelsen: ¿cuáles son las condiciones de validez de un tal enunciado?; ¿cuándo tal enunciado tiene el sentido objetivo de norma?; ¿en qué sentido la validez es relativa a normas superiores y, en último término, a una norma fundamental?, etcétera.⁷⁸

En segundo lugar, están los enunciados deónticos descriptivos. Son aquellos que formulan los juristas y son la expresión de una proposición deóntica descriptiva de una norma *stricto sensu*, esto es, de una proposición que describe una obligación, una prohibición... La teoría de la validez se

⁷⁵ Cfr. *op. cit.*, pp. 335-344.

⁷⁶ Cfr. *op. cit.*, pp. 332; 344.

⁷⁷ Cfr. *op. cit.*, pp. 333; 344-345.

⁷⁸ Cfr. *op. cit.*, pp. 345-346; 350-351.

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 247

plantearía en este caso como el problema de si la validez de estos enunciados puede interpretarse como su verdad. ¿Es correcto respecto de ellos hablar de verdad o, por el contrario, no lo es, porque participan del carácter prescriptivo de las normas *stricto sensu* que describen? Y, en caso de que pueda hablarse de verdad, ¿cómo se verificaría?⁷⁹

Finalmente, están los enunciados deónticos adscriptivos. Son aquellos que formula, por ejemplo, un sociólogo cuando para explicar una serie de hechos o comportamientos observados por él, establece como hipótesis una norma. El enunciado es aquí la formulación de una proposición deóntica que adscribe los acontecimientos observados a una norma *stricto sensu*. En este caso la teoría de la validez se pregunta: ¿puede interpretarse la validez de tales enunciados como su verdad?; ¿cómo convalidar o verificar un tal enunciado?; ¿cómo inferir una norma *stricto sensu* de la observación de una serie de eventos?, etcétera.⁸⁰

Resulta muy discutible, creemos, que sean admisibles los cuatro conceptos de norma jurídica que propone Comte. Puesto que claramente hacen referencia a objetos diversos, parece que debiera reservarse el término norma para aquel que represente la manifestación originaria y primordial del derecho como fenómeno prescriptivo. Y no parece que sería tal el que Comte designa precisamente como norma *stricto sensu*, la obligación, la prohibición..., que constituye más bien la consecuencia o efecto de la norma jurídica, que no esta misma. Pero no vamos a entrar en este asunto.

Por otro lado, las razones alegadas en apoyo de la decisión de plantear el problema de la validez respecto de los enunciados deónticos no parecen muy sólidas ni convincentes. En concreto la pretensión de eludir una toma de posición metafísica comprometida creemos que es ilusoria. Tal toma de posición, en un sentido u otro, parece inevitable.

Pero lo que más importa señalar es que en este trabajo, que se propone expresamente conseguir un planteamiento correcto del problema de la validez del derecho, no se formula de manera explícita un concepto de la misma. Tal vez esto resulta disculpable en cuanto que Comte parece centrar su interés en la determinación del objeto de que debe predicarse la validez, esperando con ello delimitar el alcance del problema. Pues bien, ciñéndonos a este punto hemos de hacer la observación de que la tesis propuesta por Comte conduce a reducir el problema de la validez jurídica a un problema meramente lógico-lingüístico. Que esto es así resulta claro, incluso si nos atenemos únicamente a los enunciados deónticos prescriptivos, caso en el que nuestro autor declara que el tema se plantea como el problema de la validez por antonomasia.

En efecto, la validez o invalidez de un enunciado deóntico-prescriptivo plantea simplemente el problema de su pertenencia, o no pertenencia, a un

⁷⁹ Cfr. *op. cit.*, pp. 346-347; 351-352

⁸⁰ Cfr. *op. cit.*, pp. 348-349; 352-353.

sistema de enunciados, es decir, a un lenguaje jurídico, al lenguaje-objeto del metalenguaje de los juristas. Por esto no estimamos exacto decir que la temática de la validez, así entendida, coincide con los problemas que a este propósito plantea la teoría de Kelsen. Pues para Kelsen la norma jurídica no es un enunciado lógico-lingüístico, sino un producto de la voluntad de los órganos creadores del derecho, que determina la conducta que debe tener lugar dado un determinado supuesto. Por eso para Kelsen la norma puede ser eficaz o ineficaz, como también puede ser calificada de justa o injusta, abstracción hecha de la relevancia de tales caracteres en orden a la determinación de su validez.

Por el contrario, para Comte, de un enunciado deóntico, en cuanto fenómeno lingüístico, sólo cabe predicar lo que él llama validez formal, entendida como pertenencia a un lenguaje jurídico. Pero a su propósito no cabe predicar ni la eficacia, lo que tal vez podría hacerse a propósito de la norma *stricto sensu*; ni la justicia, que podría predicarse de la proposición deóntica o de la norma *stricto sensu*. Respecto de la justicia, precisa Comte que afirmarla de un enunciado deóntico sólo puede tener el sentido de aludir a su corrección lingüística, gramatical y sintáctica.⁸¹ De este modo queda claro que, según la tesis que propone, el problema de la validez quedaría reducido para Comte a un problema lógico-lingüístico, lo que no parece admisible si el derecho no es esencial ni primordialmente un objeto o fenómeno lógico.

Si llegados aquí intentamos hacer un balance crítico de las doctrinas que hemos resumido como ejemplo de esta dirección, hemos de constatar que, con la excepción de la propuesta de Comte que acabamos de enjuiciar, no aportan un planteamiento nuevo del problema de la validez del derecho que sea relevante o útil para la teoría jurídica. Este resultado obedece al hecho paradójico de que, pese a que normalmente se proponen la cuestión de forma explícita, no consiguen formular un concepto de validez jurídica distinto de los ya conocidos anteriormente.

Algunos, como Comte, no se proponen temáticamente tal finalidad. Otros, como García Máynez y Schreiber estiman necesario elaborar no uno, sino varios conceptos o tipos de validez jurídica para abarcar comprensivamente

⁸¹ *Cfr. op. cit.*, pp. 334-335; 343-344. A propósito del carácter puramente lógico-lingüístico de los enunciados deónticos, aunque resulta claro del conjunto del trabajo, es especialmente ilustrativa la siguiente frase, p. 338: "Chi, ad esempio, affermi che la norma 'è obbligatorio pagare le tasse' consta di dodici sillabe, intende per 'norma' un enunciato, un enunciato deontico. Chi dica che 'è obbligatorio pagare le tasse' e 'si devono pagare le tasse' esprimono la stessa norma, intende per 'norma' una proposizione, una proposizione deontica, espressa appunto dai due enunciati deontici sinonimi." En un trabajo posterior, "Ricerca d'un paradoso deontico. Materiali per una semantica del linguaggio normativo", en *Riv. Int. di Fil. del Diritto*, Comte entiende por la validez la pertenencia de una norma a un sistema normativo, bien porque es la norma fundamental del mismo, bien porque se funda en dicha norma fundamental. *Cfr.* pp. 508-509. No hemos podido consultar del mismo autor la voz *validità*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. xx. Torino, 1974.

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 249

las doctrinas preexistentes. Finalmente otros, como von Wright y Capella, proponen una definición de norma válida en la que el término validez significa un carácter propio de algunas normas, no de todas, el haber sido creadas regularmente conforme a una norma anterior. Tal propiedad es lo que permite llamar válida a una norma, pero los autores citados no determinan con claridad qué trascendencia reviste para una norma ser considerada válida, o no válida. Parece que ninguna, puesto que para su existencia y la producción de los efectos que le son propios, parece irrelevante que la norma sea válida, o no lo sea. Con lo que nos encontramos, en este caso, es con una atribución de sentido el término validez, conforme al cual designa lo que para algunas doctrinas constituye el fundamento o criterio que permite considerar válidas a las normas jurídicas.

4. De lo expuesto hasta ahora resulta como conclusión que los distintos conceptos de validez del derecho manejados en la teoría o la filosofía jurídicas pueden reducirse a tres fundamentales: conforme al primero, validez significa la fuerza vinculante u obligatoriedad que corresponde al derecho con base en alguna cualidad o valor; según el segundo, se entiende por validez la existencia específica o peculiar de las normas jurídicas, existencia no identificable con su eficacia, de manera que su afirmación no puede consistir en la mera referencia a hechos empíricamente observables; finalmente, conforme al tercero, validez significa la existencia de las normas en cuanto equivalente a su eficacia, y cuya aseveración se verifica comprobando unos hechos empíricamente observables.

Se trata de conceptos distintos, no fácilmente reductibles a una noción única. Sin embargo, también es verdad que se relacionan entre sí o se reclaman recíprocamente como ha podido comprobarse en la exposición de la doctrina de algunos autores. Esta situación quizá se deba a que aquello que se designa con el término validez del derecho es algo complejo, que presenta aspectos diferentes susceptibles de ser captados desde ángulos de observación distintos. Esto explicaría la existencia de actitudes sincréticas o conciliadoras, que estiman necesario proponer no uno, sino varios conceptos o tipos de validez. En algunos casos, como hemos visto que ocurre con García Máynez o Schreiber, se trata de distintos conceptos de validez no reductibles a una síntesis unitaria. En otros, se trata más bien de varios conceptos que expresan aspectos o dimensiones parciales de un fenómeno complejo pero unitario, como ocurre, por ejemplo, en el caso de Legaz o de Henkel. Para completar la exposición que venimos haciendo vamos a referirnos brevemente a la doctrina sustentada por estos dos últimos autores.

Como ya vimos más arriba, Legaz afirma que validez del derecho significa su obligatoriedad y exigibilidad. Pero como sería un contrasentido hablar de un derecho no obligatorio ni exigible, puede decirse que validez significa existencia del derecho como tal, que el modo de ser y existir del derecho

es su validez.⁸² Añade, sin embargo, que el concepto de validez es complejo, porque la obligatoriedad y exigibilidad jurídicas pueden significar tres cosas: en primer lugar, que el derecho es exigible y obligatorio desde un punto de vista ético; en segundo lugar, que lo es de hecho, en cuanto que como fenómeno social presiona y coacciona a los hombres que se comportan conforme a sus preceptos o sufren las sanciones correspondientes; en tercer lugar, que con independencia de su valor ético y del comportamiento efectivo de los hombres, las normas jurídicas *deben* ser obedecidas por éstos y aplicadas por los jueces.

Cada uno de estos significados da lugar, respectivamente, a la “validez ética”, la “validez sociológica” o “eficacia” y la “validez jurídica” o “vigencia”, que se corresponden, afirma Legaz, con las tres dimensiones del derecho como “valor”, como “hecho” y como “norma” puestas de relieve por la teoría tridimensional de M. Reale. Al igual que estas tres dimensiones del derecho, estando íntimamente fundidas en la realidad de éste, son no obstante conceptualmente separables, así también los tres aspectos de la validez están indisolublemente unidos y, sin embargo, no se confunden.⁸³

Sin embargo, en lo que sigue Legaz priva decididamente la que llama validez jurídica o vigencia, que viene a significar la verdadera validez del derecho, con su propio fundamento, mientras que los otros dos aspectos quedan reducidos a requisitos que el derecho debe reunir en mayor o menor grado para no perder su validez o vigencia. En efecto, reconoce que una norma con sentido inmanente de justicia (con validez ética) y vivida efectivamente por los súbditos (con validez sociológica, eficacia), no puede ser considerada como jurídicamente válida, como exigible por y para los jueces. Para ello la norma debe insertarse en un sistema de legalidad, debe haber sido creada conforme a otra norma anterior y, en último término, conforme a la norma fundamental. Éste es el punto de partida y el dato fundamental para el jurista: la vigencia. Una norma está vigente, o no lo está, no caben grados ni tercera posibilidad. A partir del derecho vigente se requiere luego que, en mayor o menor grado, tal derecho se acomode a criterios éticos y sea eficaz. Si la eficacia baja de cierto mínimo, se pierde la propia validez jurídica; por el contrario, Legaz no se refiere paralelamente al grado de disconformidad con los valores éticos que puede poner en peligro la vigencia del derecho.⁸⁴

A propósito de esta posición de Legaz, tan sólo nos interesa señalar en este momento que, dado el contexto en que la formula, nos parece poco

⁸² L. Legaz, *Filosofía del derecho*, 2ª edic., cit., pp. 502-503. Cfr., también, *op. cit.*, 3ª edic., Barcelona 1972, p. 422. En, *Scr y deber ser en las concepciones del valor y de la validez*, cit., Legaz más que elaborar un nuevo concepto de validez intenta exponer una fundamentación de la misma.

⁸³ Cfr. *Filosofía del derecho*, 2ª edic., pp. 503-504. *Op. cit.*, 3ª edic., pp. 422-424; 540-541.

⁸⁴ Cfr. *op. cit.*, 2ª edic., pp. 504-505. *Op. cit.*, 3ª edic., pp. 424-425; 541-542.

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 251

precisa la distinción de tres tipos o aspectos de la validez del derecho. Si validez se entiende como existencia del derecho, no parece aceptable que tal existencia se divida en tres aspectos que, al menos hasta cierto punto, pueden darse por separado. Parece que Legaz establece la distinción tomando validez como significativa de la obligatoriedad y exigibilidad del derecho, pero entonces la distinción es confusa; pues de sus propias afirmaciones se deduce que la verdadera obligatoriedad jurídica es la que corresponde a la norma cuando ésta posee la vigencia o validez jurídica. La llamada validez ética no atañe rigurosamente a la exigibilidad jurídica, sino que connota una obligatoriedad moral añadida a aquélla. Y la llamada validez fáctica o eficacia no significa en rigor exigibilidad de ningún tipo; significa, o el mero hecho de que los hombres se comportan de acuerdo con las normas, o la mera fuerza de la presión social que se ejerce sobre los individuos para que se adapten a determinadas pautas de conducta.

En suma, estimamos que la postura de Legaz resultaría formulada de manera más precisa si, en lugar de distinguir tres aspectos de la validez del derecho, afirmara sencillamente que dicha validez no es otra sino la que llama validez jurídica o vigencia. Así entendida, la validez se fundamenta en la legalidad de las normas. Sólo que, junto a tal fundamento, la validez requiere también que las normas posean un mínimo de eficacia y que, en una medida mucho menos determinada, se acomoden a unos criterios o valores éticos.

Henkel parte de la afirmación de que así como el derecho es un fenómeno complejo, que se extiende tanto por el ámbito del ser, de la realidad, como por el del deber ser, de la idealidad, también su validez se manifiesta en diversos aspectos. Es preciso analizar estos diversos aspectos o dimensiones, distinguiendo los correspondientes conceptos de validez y el fundamento respectivo de cada uno. No hacerlo así, como con excepciones es lo normal, conduce al error de plantear el problema de forma parcial y de proyectar sobre los demás aspectos soluciones que sólo son correctas para un aspecto determinado. Sin embargo, añade Henkel, estos diversos aspectos no constituyen clases de validez independientes, sino dimensiones de un fenómeno complejo, pero unitario. Por esto, tras el análisis separado de cada una, será preciso mostrar en síntesis que funcionalmente constituyen un todo conexo y unitario.⁸⁵

En un primer aspecto, el derecho, en cuanto parte integrante del orden social, se nos muestra como un trozo de la realidad social. Su realidad se manifiesta en que actúa regulando la vida social. La validez del derecho que corresponde a este aspecto del mismo es la "validez fáctica" o "empírica"; equivale a su efectividad, que consiste en el hecho de que es generalmente obedecido y aplicado. A la pregunta por el fundamento de esta primera forma de la validez del derecho responde nuestro autor señalando que el

⁸⁵ Cfr. *Einführung in die Rechtsphilosophie*, cit., pp. 439-440. *Das Problem der Rechtsgeltung*, cit., pp. 63-64.

supuesto previo de la efectividad es la presencia del derecho en la conciencia general de la comunidad. Dado este presupuesto, indica una doble causa inmediata de la validez fáctica: el reconocimiento del derecho por los súbditos y la fuerza o poder que el mismo derecho ejerce sobre el espíritu y la voluntad de los miembros de la comunidad. Sin embargo, Henkel reconoce que los motivos concretos por los que el derecho resulta eficaz son múltiples y muy diversos.⁸⁶

Pero el derecho no es sólo manifestación de la realidad social, sino también norma, sistema de normas. A este aspecto del derecho corresponde la “validez jurídica” o “validez en cuanto norma”. Ésta, a su vez, se subdivide en dos: la “validez constitucional” y la “validez existencial”. La primera indica simplemente que dentro de un ordenamiento la validez de una norma concreta se remite a la validez de otra u otras normas, hasta llegar a la Constitución. La validez existencial se refiere al ser de la norma como tal norma jurídica, indica su peculiar forma de ser, el valer, que le corresponde en cuanto entidad peculiar, producto de un proceso de creación espiritual.⁸⁷

El fundamento de la validez existencial se encuentra en la “positivación” del derecho, que implica dos aspectos conexos: por un lado, el mero proceso fáctico de creación de las normas; por otro, la “dación jurídica de sentido”, que se manifiesta en el derecho legislado, en la promulgación, y en el consuetudinario, en la *opinio necessitatis*.⁸⁸

Finalmente, hay que tener en cuenta que la norma jurídica no es sólo norma de enjuiciamiento, criterio para enjuiciar conductas, sino norma determinante de dichas conductas en cuanto las exige como debidas vinculando, obligando, a los destinatarios de las mismas. A esta nueva dimensión del derecho corresponde la “validez normativa”, que indica el estar en vigor del deber ser contenido en la norma. Este aspecto de la validez se apoya sobre la validez existencial.⁸⁹

La pregunta por el fundamento de la validez normativa, por lo que justifica la pretensión de la norma de constituir un deber y obligar a los súbditos, dice Henkel, ha constituido el tema central de las discusiones sobre la

⁸⁶ Cfr. *Einführung...*, pp. 440-444. *Das Problem...*, pp. 64-68. Henkel llama exactamente a este tipo de validez “tatsächliche (faktische, empirische, soziologische) Geltung”.

⁸⁷ Cfr. *Einführung...*, pp. 444-446. *Das Problem...*, pp. 69-70. Existen algunas diferencias en el tratamiento del problema de la validez en las dos obras de Henkel que venimos citando. Aparte otras, que estimamos no relevantes, es necesario dejar constancia de una, que afecta a la clasificación de los distintos conceptos de validez. En la *Einführung...*, junto a la validez fáctica, ya aludida, distingue la que llama “Normgeltung des Rechts” que, a su vez, reviste dos formas: “Seinsgeltung der Rechtsnorm” y “Sollgeltung der Rechtsnorm”. En *Das Problem...*, por el contrario, distingue tres conceptos de validez: la validez fáctica, ya aludida; la “rechtliche Geltung (Normgeltung)” que comprende, a su vez, la “verfassungsmässige Geltung” y la “existentielle Geltung”; y la “normative Geltung”.

⁸⁸ Cfr. *Das Problem...*, pp. 70-73.

⁸⁹ Cfr. *Einführung...*, pp. 446-447. *Das Problem...*, pp. 73.

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 253

validez del derecho, hasta el punto de que muchas veces se considera como el problema del fundamento de la validez en general. Al responder a esta pregunta se muestra la unilateralidad de muchas doctrinas, que pretenden fundamentar la validez teniendo en cuenta sólo un aspecto de la misma. Henkel critica en este sentido una serie de doctrinas: el positivismo sociológico, el psicologismo, la teoría de la fuerza o del poder, el normativismo kelseniano, el iusnaturalismo, etcétera. A su juicio el fundamento de la validez normativa u obligatoriedad del derecho se encuentra en que la norma incorpore, por su contenido, los valores comprendidos en la "idea del derecho", según las circunstancias y la materia de que se trate; si es así, la norma obliga a los miembros de la comunidad con base en el *ethos* jurídico propio de la comunidad, *ethos* al que aquéllos deben someterse, si es que ha de ser posible la vida social.⁹⁰

Llegado aquí, Henkel recuerda que validez fáctica, validez jurídica (constitucional y existencial) y validez normativa no se deben considerar como tres clases yuxtapuestas de validez, sino como dimensiones distintas de un fenómeno unitario. Por ello procura ahora mostrar que funcionalmente constituyen aspectos de un todo.

En efecto, nos dice, la validez fáctica y la validez normativa se encuentran en estrecha relación. La validez normativa tiende a ser también validez fáctica. La validez fáctica, a su vez, precisa de la validez normativa para ser considerada validez del derecho. Si falta duraderamente la validez fáctica, desaparece también la validez normativa, por ejemplo, a través de la *desuetudo*. Por otro lado, la validez normativa u obligatoriedad constituye un importante factor determinante de la eficacia. En todo caso, concluye Henkel, la validez del derecho no se agota en la pura facticidad de un acontecer, ni consiste sólo en un puro ser espiritual, ni en un puro deber ser. Se extiende por estas tres dimensiones. Con base en el proceso de positivación surge la validez existencial de la norma en un lugar y tiempo determinados; con ella se vincula la validez normativa u obligatoriedad, fundamentada en el valor del contenido de la norma al que el *ethos* jurídico presta fuerza obligatoria; por último, en la realidad de la vida social se manifiesta la validez fáctica, como efectividad, completando el conjunto o conexión de la validez.⁹¹

La contribución de Henkel al tema de la validez del derecho, que aquí hemos resumido esquemáticamente, constituye un minucioso análisis de los distintos aspectos y subaspectos del problema destacados, a veces de forma parcial, por otras teorías; pero la labor de análisis no está compensada por la correspondiente síntesis; ésta sólo llega a mostrarnos la relación que existe entre aspectos de la validez que se requieren mutuamente. No llega a hacer patente la unidad originaria de la que son aspectos, el fenómeno unitario de la validez que se manifiesta en esas distintas dimensiones. Por eso, cuando

⁹⁰ Cfr. *Einführung* ..., pp. 447-454. *Das Problem* ..., pp. 73-81.

⁹¹ Cfr. *Einführung* ..., pp. 454-455. *Das Problem* ..., pp. 81-82.

trata temáticamente el asunto, Henkel no formula un concepto unitario de validez jurídica, ni determina con precisión en qué consiste el problema de la validez del derecho. Hay que reconocer, sin embargo, que atendiendo al contexto general de su obra, resulta claro que para él derecho válido es “derecho vivo”, derecho que está en vigor, que validez significa la forma de existencia actual del derecho en una sociedad determinada.⁹²

Si es así, se acepta que validez significa la existencia actual del derecho, entonces el análisis de Henkel descompone lo que no se puede descomponer. De la misma manera que los distintos aspectos que pueden descubrirse en el derecho no constituyen formas distinguibles del mismo, no son cada uno por separado derecho, así también la existencia o validez del mismo no se da separadamente en cada uno de sus aspectos. El derecho no existe sucesivamente en cada uno de sus aspectos, sino que su existencia, cuando se da, puede ser captada desde ángulos diversos que se complementan. Por esto estimamos que no debe hablarse de varias formas de validez, de varios conceptos de validez, sino del concepto de validez del derecho, concepto que puede ser complejo y que puede dar lugar a una compleja problemática, relativa a la fundamentación de dicha validez.

Concretando más, creemos que la llamada por Henkel validez fáctica no constituye una forma de validez, tratándose simplemente de la eficacia o efectividad de las normas válidas;⁹³ pues la efectividad ha de ser efectividad del derecho, no de otra cosa, lo que implica que en lo que se considera efectivo se dan ya todas las notas de lo jurídico. En efecto, el derecho como manifestación de la realidad social es ya norma y no otra cosa. Luego no puede hablarse de validez fáctica del derecho distinguible de su validez jurídica o en cuanto norma. El derecho sólo vale, existe, como norma; sólo que para que tal validez permanezca no puede dejar de ser efectivo, al menos hasta cierto grado. Una prueba de lo que decimos se encuentra en el desafortunado intento de Henkel de fundamentar la efectividad o “validez fáctica”. La efectividad no se fundamenta, sino que se comprueba o, a lo más, se intenta explicar en función de los motivos que la determinan. El desacierto se muestra en que, tras haber alegado las razones o causas que sirven de base a la efectividad, Henkel se ve obligado a reconocer que los motivos reales por los que una norma es eficaz son múltiples y muy diversos.

Tampoco es acertado distinguir la “validez jurídica”, existencia de la norma en cuanto norma, de la “validez normativa”, vinculatoriedad de la norma. Si se reconoce que toda verdadera norma jurídica es vinculante, la existencia o validez de la norma implica ya la existencia de su carácter vinculante. Correspondientemente carece de sentido investigar dos fundamentos distintos de estos dos tipos de validez; se trata de un solo fundamento, todo lo complejo que se quiera.

⁹² Cfr. *Einführung...*, pp. 42; 60-61; 87, etcétera.

⁹³ En el mismo sentido K. Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, cit., p. 59. Vid. la respuesta de Henkel en *Das Problem...*, p. 64, nota 3.

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 255

En resumen, creemos, a diferencia de Henkel,⁹⁴ que es posible y necesario formular un concepto unitario, único, de validez del derecho, no varios. Al proponer varios, Henkel, al igual que otros autores, lo que hace es proyectar o trasponer al plano de la conceptualización de la validez los diversos criterios defendidos como posible fundamento de la misma; al discutir cuál puede ser el fundamento de la validez del derecho las diversas tendencias doctrinales suelen defender un criterio determinado. Ocurre entonces que algunas teorías más comprensivas, para las que esos diversos criterios fundamentantes de la validez del derecho parecen requerirse reciprocamente, se ven conducidas a distinguir varios aspectos o conceptos de la validez misma.

III

La exposición que antecede no pretende ser exhaustiva, pero sí creemos que es representativa de las principales teorías sobre el concepto y, correspondientemente, sobre el sentido y el alcance del problema de la validez del derecho. Con base en lo expuesto intentaremos ahora esbozar en las consideraciones que siguen una propuesta acerca de cómo debe plantearse el tema de la validez jurídica. No pretende ser más que eso, una propuesta sometida a discusión, propuesta que, dado el espacio disponible, ha de quedar en puro esquema.

Una teoría actual sobre la validez del derecho ha de comenzar por formular un concepto preciso de validez. A estos efectos nos parece equivocado el intento de atribuir al término un sentido nuevo o convencional, distinto del que ya posee en el lenguaje de los juristas; pues es evidente que en dicho lenguaje se usa el término validez y que, conforme a dicho uso, apunta a una problemática relevante y definida o, al menos, definible. Es verdad que en su sentido usual no es unívoco y que generalmente ni siquiera se explicita su significado. Por esto la tarea inicial ha de consistir en precisarlo y explicitarlo conceptualmente.

Aceptado esto, la pregunta que se impone es ésta: ¿qué quiere decir un jurista cuando afirma de un orden jurídico o de una norma concreta que son válidos? Parece que podemos convenir en que no quiere significar que la norma en cuestión posee una característica o propiedad determinada junto a otras, como pudieran ser su justicia, su carácter coercible, la "legalidad" de su creación, etcétera. A nuestro juicio una interpretación correcta sería la siguiente: lo que quiere afirmar es que, porque la norma referida reúne las propiedades mencionadas o cualesquiera otras —este punto carece ahora de relevancia—, reconoce que goza de una situación o *status* peculiar. Dicha

⁹⁴ "Nur eines darf nach dem Ergebnis der bisherigen Diskussion mit Sicherheit angenommen werden: Es ist nicht möglich, den *Begriff der Rechtsgeltung* in einer einzigen umfassenden Formel zu definieren", *cfr. Das Problem...*, p. 63.

situación podría definirse diciendo que la norma despliega *hic et nunc* la virtualidad propia de una norma jurídica.

Si esta interpretación es correcta, podemos decir que se considera norma válida a aquella que en una sociedad concreta produce actualmente los efectos propios del derecho. Norma inválida será aquella que, pese a presentarse como tal porque posee ciertos rasgos perceptibles como propios de una norma jurídica, no produce aquellos efectos. Según esto la validez del derecho significa su existencia actual, en cuanto que dicha existencia se manifiesta en su virtualidad *hic et nunc*, en su aptitud para producir en la sociedad los efectos peculiares de las normas jurídicas.

Ahora bien, esta equiparación de validez y existencia actual y actuante del derecho no deja de ser problemática; pues supone admitir que el derecho existe en una forma peculiar, que su modo de existir consiste en valer, y esto parece requerir una explicación. Tal explicación sólo puede encontrarse indagando la propia peculiaridad de aquello de cuya existencia se trata, su peculiar consistencia o estructura ontológica.

Una teoría plenamente comprensiva del tema de la validez tendría que proponerse investigar más profundamente este punto, ampliando su horizonte para abarcar otros objetos o entidades además del derecho; pues la validez se predica también de otras entidades tales como las normas morales y otras reglas de conducta, los enunciados o proposiciones científicas, etcétera; probablemente podría predicarse, con el sentido indicado, de todo el conjunto de las llamadas "entidades culturales". La investigación a que nos referimos trataría de poner en claro la relación entre la consistencia o estructura ontológica de tales entidades, en cuanto obras del hombre y para el hombre, y su forma de existir; pues como tales entidades culturales parece que sólo existen en cuanto que despliegan respecto del hombre la virtualidad, o virtualidades, que constituyen su razón de ser, es decir, en cuanto que "valen". Una investigación completa del tipo de la que aquí sugerimos se propondría determinar, tanto el posible significado común de la validez como forma específica de existir dichas realidades, cuanto las diferentes formas de valer correspondientes a los distintos tipos o categorías de entes culturales.

Concretándonos al derecho, la afirmación de que su forma de existir consiste en ser válido, en valer, supone afirmar que tal modo de existencia es distinto del de otras realidades. Y esto por su propia consistencia ontológica. El derecho no es puro *factum*, sino regla de la conducta humana en sociedad, norma que pretende ordenar la vida social determinando el comportamiento de los hombres. Por eso, aunque se manifieste en hechos, en fenómenos empíricamente perceptibles, consiste en el sentido o pretensión normativa que se incorpora y hace patente en tales hechos o fenómenos.

Siendo así, su existencia es una existencia peculiar, problemática, que no cabe reducir a pura cuestión de hecho. Para aseverarla no basta con la comprobación de unos hechos, aunque haya que partir de ellos; pues, además, se requiere justificar la significatividad de los mismos en cuanto manifesta-

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 257

tivos de una norma que posee aptitud para determinar *hic et nunc* la conducta de los miembros de la comunidad.

Por lo que acabamos de decir se advierte que un planteamiento preciso del problema de la validez exige aclarar en qué consiste esa pretensión del derecho de determinar la conducta de los miembros de la comunidad, es decir, en qué consiste su vinculatoriedad u obligatoriedad. Es éste un problema con entidad propia, pero al que está íntimamente ligado el problema de la validez del derecho. A su propósito la doctrina ha adoptado actitudes muy distintas: desde la que sostiene que las normas jurídicas vinculan obligando moralmente a cumplir lo determinado en las mismas, pasando por la que reconoce una fuerza vinculante del derecho, un deber jurídico, pero lo considera distinto del estrictamente moral, hasta la actitud que rechaza la llamada fuerza vinculante u obligatoriedad jurídica como residuo de una concepción mágica o metafísica del derecho. Según cual sea la actitud que se estime adecuada el problema de la validez adquirirá un perfil concreto u otro.

En primer lugar, en cuanto a su propio planteamiento; pues, aunque se aceptara por todos el concepto conforme al cual validez equivale a existencia actual del derecho, lo que esta existencia significa en concreto dependerá de la concepción que se mantenga respecto al carácter vinculante de las normas jurídicas.

En segundo lugar, consecuentemente, en lo que se refiere a la solución del problema, esto es, a la fundamentación de la validez del derecho. Si la cuestión consiste en qué fundamento se estima suficiente para afirmar la validez de una norma jurídica y con base en qué criterios puede prácticamente decidirse sobre tal fundamento, parece claro que la respuesta dependerá de como se entienda tal validez: como existencia de una regla que no posee fuerza vinculante, o como existencia de una regla que vincula de una u otra forma.

Este aspecto del tema, del que nosotros hemos prescindido en este trabajo, es generalmente el más tratado. Muchas veces, incluso, sin una determinación previa suficiente de lo que se entiende por validez del derecho, lo que constituye uno de los motivos de confusión en este problema filosófico-jurídico. Las teorías elaboradas para fundamentar la validez del derecho son muy diversas. Sin embargo, creemos que, salvando los matices diferenciales, puede reducirse a las tres que, a su modo, ya distinguió Radbruch. La que considera que el fundamento de la validez de una norma se encuentra en que haya sido creada conforme a lo dispuesto en otra u otras normas superiores, teoría que siempre tropieza con el obstáculo de cómo fundamentar la validez de la "última" norma positiva del ordenamiento. La que estima que el fundamento de la validez no puede ser otro que la correspondencia de lo establecido en las normas con el comportamiento social efectivo, sea cualquiera el motivo determinante de la efectividad de las normas, o bien exigiendo el requisito de que éstas hayan sido "reconocidas" por los miembros de la comunidad; frente a esta doctrina se opone la reserva de que implica

un paso infundado del plano de lo fáctico al de lo normativo, del plano de lo que se hace de hecho al plano de lo que debe hacerse. Finalmente, la teoría para la que la validez de las normas jurídicas únicamente puede fundarse en que representen la realización, acomodada a las circunstancias históricas, de un principio, o unos principios o valores éticos, generalmente de la justicia; sus oponentes concuerdan en señalar como el punto débil de esta teoría la imposibilidad de determinar qué es lo conforme con la justicia en cada caso y momento, asunto, dicen, sobre el que no cabe ciencia, sino opinión, ideología.

El hecho de que existan autores o corrientes doctrinales que se atienen de forma excluyente a alguna de las tres opciones fundamentales referidas, se debe básicamente al hecho de que parten de concebir el derecho de forma unilateral, otorgando relevancia a sólo un aspecto de su compleja realidad. Por eso las tendencias más comprensivas intentan relacionar unas con otras, aunar de alguna manera las distintas fundamentaciones de la validez del derecho. Éste es el camino, creemos, para encontrar una solución aceptable, pues carece de sentido el intento de descubrir un nuevo fundamento de la validez jurídica diferente de los ya discutidos. Sin embargo, no basta en absoluto con adoptar una actitud sincrética o conciliadora, que no puede pasar de mostrar que los distintos criterios de validez alegados se conexionan o se requieren reciprocamente. A nuestro juicio, el método ha de ser el de partir de una adecuada comprensión del derecho como ordenación peculiar de la convivencia, para hacer ver que una fundamentación suficiente de la existencia o validez de las normas jurídicas requiere la concurrencia *en un orden preciso* de esos distintos criterios, pero no como diversos criterios, sino como aspectos complementarios de un criterio único.

Con el sentido y alcance esbozados, el tema de la validez jurídica constituye un problema específico de la filosofía del derecho. Pero no es en absoluto un problema exclusivo de los filósofos del derecho. Por el contrario, la problemática a que se refiere se plantea originariamente en el plano de la *praxis* jurídica cotidiana y, por tanto, son el jurista y el expositor del derecho positivo quienes primeramente se enfrentan con ella y tratan de solucionarla. En efecto, se trata de las cuestiones relativas al modo de surgir y de constituirse el derecho en cada sociedad: su entrar en vigor, la virtualidad que despliega mientras permanece existiendo en el horizonte social-histórico, las formas o maneras como pierde esa su existencia histórico-social, es decir, cómo deja de estar en vigor, etcétera. Es evidente que tanto el jurista práctico como el tratadista del derecho positivo han de ocuparse necesariamente con estos problemas y han de encontrarles una solución con arreglo a determinados criterios; tales criterios han sido, incluso, objeto de teorización en la doctrina sobre las llamadas “fuentes” del derecho.

La filosofía del derecho parte de asumir esta problemática y estas soluciones, sólo que trata de construir una teoría más general y radical. Más general en el sentido de que el horizonte de su indagación no se limita a uno o a

VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA 259

varios ordenamientos jurídicos concretos, o a una determinada época histórica, sino que intenta captar y esclarecer el significado general del problema del modo de existir del derecho como realidad social que se da en la historia. Más radical en el sentido de que, ni en el planteamiento de la cuestión, ni en el intento de solucionarla, se siente vinculada por los presupuestos metodológicos que limitan y condicionan la indagación de los juristas. Éstos, por la indole inmediatamente práctica de su función, parten de aceptar unas premisas histórico-dogmáticas desde las que obtienen los criterios que les son suficientes para resolver el problema de qué normas hay que considerar válidas y cuáles no; les son suficientes en la generalidad de los casos, aunque su limitación se pone de manifiesto en casos límites, como, por ejemplo, ante el problema de la *desuetudo*, o el de una norma creada regularmente, pero notoria y escandalosamente injusta. La filosofía del derecho problematiza aquellas premisas y trata de encontrar una respuesta satisfactoria y general a la pregunta, también general, de cuál o cuáles son los criterios suficientes para reconocer fundadamente que un presunto derecho existe actualmente, vale, como norma de la vida social.

De esta manera la doctrina sobre la validez jurídica ha de servir de punto de arranque y de orientación para una teoría del derecho que lo enfoque en su aspecto histórico-dinámico, que estudie su forma de existir, de surgir, permanecer y desaparecer en el tiempo histórico-social. Este aspecto nos parece decisivo en una teoría ontológica del derecho. Por eso, aunque no siempre es tratada de forma completa y sistemática, la doctrina sobre la validez jurídica es un índice preciso para medir la coherencia de una filosofía del derecho. Pues tal coherencia exige que no se den discordancias entre lo que se afirma sobre el modo de existencia del derecho y lo que se sostiene acerca de su propia consistencia y estructura, de sus notas o caracteres esenciales.