

LA VALIDEZ AXIOLÓGICA DEL DERECHO CON ESPECIAL MENCIÓN DE LA TEORÍA DE SERGIO COTTA

María José Falcón

Resumen: *“En el presente artículo se aborda el tema de la validez del Derecho en la obra de Sergio Cotta. Para comprender mejor su teoría de la validez, se realiza previamente un estudio de dicho tema desde un enfoque tridimensional, distinguiendo entre una validez axiológica –o legitimidad–, una validez formal –o validez en sentido estricto– y una validez sociológica –o eficacia–. Posteriormente se estudian algunas de las cuestiones centrales de la validez axiológica –la relación entre el Derecho y la Moral, entre el Derecho natural y el Derecho positivo, etc.– en las que se encuadra su pensamiento.*

Palabras clave: Validez, legitimidad, eficacia, Derecho natural, Derecho positivo, Derecho divino, Moral.

Sumario: 1. El enfoque tridimensional del tema de la validez, 2. Concepto de validez, 2.1. La validez material o legitimidad: la justicia del Derecho, 2.2. La validez formal o validez en sentido estricto: la existencia del Derecho, 2.3. La validez sociológica o eficacia: la obediencia al Derecho, 3. Fundamento iusnaturalista de la validez, 3.1. Relaciones existentes en materia de validez, 3.1.1. La relación entre el Derecho y la Religión, 3.1.2. La relación entre el Derecho y la Moral: sistemas dinámicos y estáticos, 3.1.3. La relación entre el Derecho natural y el Derecho positivo: sistemas deductivos e inductivos, 3.1.4. La relación entre el Derecho divino, el Derecho canónico, el Derecho natural y el Derecho positivo, 4. La coexistencia como justificación del Derecho en Cotta, 4.1. Fundamentos rechazados, 4.2. Fundamentos defendidos.

1. EL ENFOQUE TRIDIMENSIONAL DEL TEMA DE LA VALIDEZ

Antes de pasar adelante en el estudio de las repercusiones que supone el tratamiento del tema de la validez desde una perspecti-

va tridimensional, se hace conveniente la enunciación de lo que se entiende, aunque sólo sea en una primera aproximación, por validez, legitimidad y eficacia. Aunque cada uno de los autores que se ha ocupado del tema ha propuesto un concepto y una terminología no siempre coincidentes, sí puede, sin embargo, encontrarse un denominador común a todas las teorías existentes en la materia. Según él se dice que una norma es válida cuando pertenece a un determinado ordenamiento jurídico por haber sido producida por el órgano competente para ello y con arreglo al procedimiento regular, previsto por el propio ordenamiento. Por su parte, se predica la eficacia de aquella disposición jurídica que es en la práctica obedecida por los ciudadanos y los Tribunales. Por último, una norma es legítima cuando posee un contenido conforme a los ideales de justicia. Cada una de estas tres nociones –legitimidad, validez y eficacia– se encuadran en el tridimensionalismo en el plano de los valores, las normas y los hechos, respectivamente.

Estas nociones se pueden reflejar en el plano de las FINALIDADES perseguidas por cada una de ellas, diciendo que la legitimidad busca la “justicia”. La validez, por su parte, pretende lograr la “seguridad jurídica” –si contemplamos los sujetos–, así como la “certeza”, como valor-medio –si nos referimos más bien a su dimensión material– y el “orden”, como valor-fin –si miramos preferentemente a la llamada validez formal–. En cuanto a la eficacia, ésta quiere alcanzar la “justeza”, entendida como aplicación de aquella justicia general y abstracta al caso concreto. Algún autor, como Roubier, uno de los principales introductores del tridimensionalismo en Francia, considera también como finalidad de la eficacia el logro del “progreso social”¹. También se puede hablar

1. ROUBIER, Paul, “La methode sociologique et les doctrines contemporaines de la Philosophie du Droit”, en *Methode Sociologique et Droit*, París, 1958, publicado por la Facultad de Derecho de Estrasburgo, y *Théorie Générale du Droit*, 2ª ed., París, 1951, pp. 318 ss.

como meta perseguida por la eficacia de la "utilidad"². En este caso se trataría de la utilidad del ordenamiento jurídico en el sentido de la "eficiencia" en la realización práctica de sus normas.

Conviene a continuación delimitar los conceptos que examinamos y SUS CONCEPTOS CONEXOS. La idea de validez va ligada, al menos en los sistemas de Derecho continental, con base en la norma legal, a la noción de "legalidad", así como a la nota distintiva de ésta, la "imperatividad". La imperatividad entraña el deber de cumplir la norma (eficacia obligatoria) o la reacción jurídica en forma de sanción para el caso de incumplimiento (eficacia sancionadora). Por su parte el concepto de eficacia está estrechamente unido con la idea de "coactividad", "coercitividad", o posibilidad de imposición inexorable. Esta coercitividad se materializa a través de la "coacción" como posibilidad de imponer por la fuerza lo que no ha sido cumplido voluntariamente. La coacción es la actuación fáctica de la sanción. La imperatividad y la coactividad se encontrarían así en una relación de "potencia"- "acto". La imperatividad sería la previsión potencial de la sanción y la coactividad el acto de su realización o materialización en la práctica.

Hay en tercer lugar otro concepto flotando. Nos referimos a la "juridicidad". Decimos que flota en vez de colocarla automáticamente en el nivel de la legalidad, como viene siendo usual, porque esta ubicación no es correcta desde una perspectiva iusnaturalista. Desde la misma una norma injusta, donde falte por tanto la legitimidad, no es Derecho, no es jurídica. Por el contrario, la concepción positivista, hoy dominante en nuestras Facultades de

2. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 33-35 destaca tres valores: el bien, la verdad y la utilidad, que orientan las tres funciones clásicas del saber. El bien orienta la "praxis" o actividad práctica del hombre para la realización de lo bueno. La verdad orienta la "theoria", como conocimiento o captación de la verdad de la Naturaleza. En cuanto a la utilidad, a ella se dirige la "Poiseis" o actividad creativa del hombre, transformadora del mundo.

Derecho, estima que la legitimidad sólo se requiere para que la norma sea justa, pero no para que sea jurídica, para ser Derecho positivo. Así esta segunda postura enclavaría la juridicidad en el nivel de la validez o legalidad, mientras que aquella la situaría en el de la legitimidad³.

Existe otro término que es importante definir. Se trata de la "efectividad". Aunque a primera vista esta noción corresponda con la de "eficacia", sin embargo, como ponen de manifiesto algunos autores, en sentido técnico no son términos exactamente equivalentes. Cabe decir que la "efectividad" del Derecho es la condición necesaria, pero no suficiente, de su eficacia"⁴. La efectividad tendría así un cariz formal o técnico, en cuanto implica que se "cumpla" la norma jurídica. En cambio la esencia de la eficacia sería de carácter material, pues va más allá, a que se "logre el fin" de la norma. Así, por ejemplo, el cumplimiento efectivo, incluso al cien por cien, de una ley en materia de inflación, puede no acabar con ésta y continuar la situación de crisis económica que a través de aquella se trataba de evitar. O un precepto jurídico que prohíba el ejercicio público de la prostitución, aunque técnicamente cumplido, probablemente no conseguirá la erradicación de la misma en una determinada sociedad, que sería el fin en última instancia perseguido⁵. En ambos casos, las normas que luchan contra la

3. Sobre la juridicidad, OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del Diritto*, Milano, 1943. ARNAUD, André Jean y ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, voz "juridicité", en *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, pp. 206-209. Trad. del español por Nicolás O. Arnaud.

4. LASCOURNES, Pierre, voces "effectivité" y "efficacité", en *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, bajo la dirección de André-Jean Arnaud, LGDJ, 1988, p. 133.

5. Sobre el tema: BLANKENBURG, E., "La recherche de l'efficacité de la Loi. Reflexions sur l'étude de la mise en oeuvre: le concept d'implementation", en *Droit et Société*, nº 2 (1986), pp. 59-76. CARBONNIER, J., "Effectivité et ineffectivité de la règle de Droit", en *L'Année Sociologique*, VII (1958), pp. 3-17. FRIEDMAN, L.M., "When is Law Effective?", en *The Legal System*, Rusell Sage Foundation, New

inflación o la prostitución son formalmente observadas, son efectivas, pero no consiguen el fin materialmente perseguido. Son, por tanto, ineficaces.

También podrían señalarse algunas notas distintivas entre los conceptos de efectividad y "eficiencia". Se dice que mientras aquella es una noción de carácter jurídico, ésta tiene un matiz marcadamente político. No obstante, ambas se encuentran relacionadas. La eficiencia de la Sociedad es un presupuesto de la efectividad, elevada a criterio jurídico⁶.

El tema de la tripartición legitimidad-validez-eficacia, como conceptos incardinados en el valer, el deber ser y el ser, respectivamente, tiene una proyección HISTÓRICA. Así, en términos generales, puede decirse que en los denominados "períodos fríos", es decir cuando se observa una estabilidad de las relaciones sociales, una calma social e institucional, predomina el aspecto de la legalidad y, en definitiva, la validez. Por el contrario, en los llamados "períodos calientes", es decir aquellos de redefinición y cambios políticos, se presta más atención a las nociones de eficacia y legitimidad⁷.

Dentro también del estudio de la proyección que ha tenido la tripartición legitimidad-validez-eficacia a lo largo de la Historia en las diversas vertientes, como la sociológica, la económica, la política o la filosófica, podrían darse las siguientes pinceladas. Filosóficamente hablando fueron las corrientes del racionalismo, el positivismo y el empirismo las que mejor dieron emplazamien-

York, 1975, pp. 105-136. PERRIN, J.-F., "Qu'est-ce l'effectivité d'une norme juridique?", en *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, Genève, 1979, pp. 91-94.

6. PIOVANI, Pietro, *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 15.

7. OST, François, voz "validité", en *Dictionnaire encyclopedique de théorie et de sociologie du Droit*, bajo la dirección de André Jean Arnaud y J.G. Belley, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence", Paris, 1988, p. 434.

to a cada una de esas categorías. Hay que hacer aquí la salvedad de que cuando hablamos de positivismo nos estamos refiriendo a su vertiente filosófico-jurídica, en cuanto estudio del Derecho positivo, más que al positivismo científico como método experimental. En el marco de las teorías del Derecho, la correspondencia sería al Iusnaturalismo, al Normativismo positivista y al Realismo, respectivamente. En cuanto al origen del poder, al plano político, la tricotomía vista se correspondería con una teoría teocrática, legalista y populista del mismo, es decir con una teoría relativa al origen divino del poder, una teoría de la división de poderes y una teoría de la soberanía popular, si bien en su expresión menos racionalizada y hasta cierto punto impropia, como mera teoría del origen del Derecho en la conciencia popular, en el espíritu de la sociedad.

Estas concepciones corresponderían en cuanto al régimen político, la primera al "Ancien Régime" y a su concepción totalitaria del Estado absolutista, muy bien expresada en la filosofía del despotismo ilustrado: "todo para el pueblo, pero sin el pueblo". La segunda sería propia del Estado de Derecho liberal burgués decimonónico. La tercera coincidiría con el actual Estado social y democrático de Derecho. El primero sería un régimen petrificador, rígido, estatificador, conservador y tradicional, frente al último, de matiz dinámico e innovador, pasando por el segundo, como estadio intermedio, cristizador y continuador más que partidario de la ruptura revolucionaria. Al primero corresponde un tipo de legitimidad tradicional o carismática, que gira en torno a la figura de un líder, el monarca, como personificación de la autoridad concedida por Dios. El Estado de Derecho, por su parte, descansa no en una única persona, sino en una minoría preparada cualitativamente para desempeñar las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, como representantes de una función y con pleno sometimiento a la ley. El tercer tipo de Estado extiende esta noción cualitativa a una cuantitativa y se apoya en la mayoría de los ciudadanos, en el pueblo, del que parten y al que se dirigen las normas jurídicas.

Esta preocupación por ampliar y socializar el Estado se refleja en su propia denominación como Estado social y democrático de Derecho⁸. Cada uno de estos tres niveles vistos da prioridad al aspecto de la legitimidad, de la validez o de la eficacia.

El profesor Castanheira Neves⁹, refiriéndose asimismo a la evolución histórica de la sociedad correlativa con el predominio de la legitimidad, la validez o la eficacia, se remite, respecto a la primera, a una sociedad concebida como "humanidad" y, sucesivamente, en relación con los otros dos conceptos, a una sociedad "liberal" y a una sociedad "funcional", que la sucedería o que la sucede ya. Se pasa de considerar el Derecho como un "principio de institucionalización de la paz y de la justicia", tras la crítica iluminista y el tránsito hacia sociedades postindustriales, científico-tecnocráticas y burocratizadas, a una concepción del mismo como mero "principio coactivo de organización". En otros términos, se trata del paso de la fundamentación de la validez en la legitimidad a su fundamentación última en la eficacia. En él subyace la evolución en el tiempo de un Derecho como orden material de legitimidad ("Kosmos"), pasando por un orden formal de legalidad ("Taxis"), hasta llegar a un orden instrumental de finalidad ("Techné"). En las sociedades prelegales del primer tipo el juez sería un "juez pacificador". En las segundas, de carácter legalista-liberal, estaríamos ante un "juez árbitro". En las sociedades actuales nos encontraríamos ante la necesidad de un "juez estratégico-tecnócrata".

Si investigamos en esta misma línea la proyección en el tiempo de la tricotomía legitimidad, validez y eficacia en base a la

8. Sobre el tema y entre líneas DÍAZ, Elías, "Legitimidad democrática *versus* legitimidad positivista y legitimidad racionalista", pp. 59 ss., esp. pp. 64, 67-68. Este autor propugna lo que él llama "legitimidad crítica", de libre examen sobre los sistemas democráticos para evitar el falseamiento de tal legitimidad democrática.

9. CASTANHEIRA NEVES, A., "O actual problema metodológico da realização do Direito", Coimbra, 1990. Manejo el texto de su Conferencia en la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, pp. 3 y 13-14.

clásica distinción de los tres momentos históricos: 1) el pasado, 2) el presente y 3) el futuro, según una concepción iusnaturalista procederíamos de un predominio de la legitimidad en 1) a través de la validez en 2) con tendencia a la aplicación eficaz en 3). Por el contrario, un positivista tendería a ver la eficacia pasada como “*conditio*” de la validez actual y la legitimidad como un correctivo futuro de la misma. En el fondo ambas perspectivas serían conciliables. En nuestra opinión no se trata sino de dos fases de un proceso circular. Todo depende del punto del que partamos. Es, gráficamente expresado, la vieja cuestión de qué fue antes ¿el huevo o la gallina? ¿La validez en qué descansa? ¿En unos valores previos que la legitiman? ¿En una práctica efectiva que la fundamenta?

Dando por terminada ya la relación existente entre la validez, la legitimidad y la eficacia con los períodos históricos, vamos a continuación a ver cómo también puede establecerse una conexión entre dicha tricotomía y las diferentes FUENTES DEL DERECHO. En este sentido puede afirmarse que la legalidad y en definitiva la validez están más unidas, aunque no exclusivamente, a las llamadas fuentes del Derecho “derivadas”. Entendemos por tales aquellas formas de producción jurídica de carácter deliberado y, a la vez, de plasmación instantánea, que poseen un contenido al menos relativamente determinado. Son ejemplos de esta clase de fuentes la ley, los reglamentos o, en aquellos ordenamientos jurídicos en que es admitido como tal, el contrato. Por el contrario, la eficacia y la legitimidad están más en relación con las que podríamos calificar, por contraposición con las anteriores, fuentes del Derecho “originarias”. Bajo esta denominación se englobarían aquellos modos de creación jurídica que surgen lentamente y cuyos contornos están poco definidos. Es el caso, por ejemplo, de la costumbre, los principios generales del Derecho, especialmente los de corte iusnaturalista, o la jurisprudencia, en todos los cuales se exige una cierta reiteración¹⁰. La razón de ser de este

10. OST, F., voz “validité”, *cit.*, p. 434.

fenómeno parece ser la mayor nitidez y facilidad de apreciación de las primeras, ya que valen a simple vista, frente al carácter más difuso de las segundas, el cual motiva que su existencia obligatoria haya de ser contrastada a la luz de los hechos o de los valores.

Cabe asimismo señalar, y así lo hace Ost¹¹, una relación entre el problema de la validez en su proyección tridimensional y el tema de las RAMAS DEL DERECHO. Así, destaca originalmente este autor cómo la validez y la legalidad están más ligadas a los sectores del Derecho que tradicionalmente se consideran más estables. Es, por ejemplo, el caso del Derecho civil. Por el contrario, la eficacia y la legitimidad se incardinan más fácilmente en aquellas parcelas jurídicas que presentan una continua evolución, frente al inmovilismo de las anteriores. Tal es el caso de las leyes sobre sanciones penales, como, por ejemplo, la relativa al delito fiscal, así como la legislación especial en materia financiera y tributaria o toda la normativa mercantil reguladora de una serie de instituciones de aparición reciente y cambiantes al unísono con la rapidez del tráfico del comercio.

En la idea de evolución como "processus" se manifiesta una característica de la relación entre la legitimidad, la validez y la eficacia del Derecho, que ya dejábamos entrever cuando hablábamos de la proyección histórico-temporal de la cuestión y de cómo se podía concebir en el tiempo la conexión de esos conceptos, a modo de estadios o momentos de un proceso circular. Esta nota característica a la que aludimos podría calificarse, en terminología hegeliana, como dialéctica o PROCESO DIALÉCTICO, como devenir o llegar a ser¹². En palabras de Reale se trata de una "dialéctica de

11. OST, F., voz "validité", *cit.*, p. 434.

12. Además de en Wolf, este carácter dialéctico está implícito también en otros autores como GIOVANNI, P., "Il significato del principio...", *op. cit.*, p. 18. BAGOLINI, *Mito, Potere e Dialogo*, Bologna, 1967, pp. 27 ss. y 99 ss., considera que en el campo de la experiencia o de la validez jurídica, la temporalidad no tiene el carácter de una continuidad homogénea e irreversible, en cuanto objetivada en la exten-

implicación y complementariedad o polaridad". En efecto, se da una tensión bipolar entre los hechos y los valores, de la cual resulta el momento normativo, como solución superadora e integradora en determinados límites circunstanciales de lugar y tiempo.

El proceso se podría sintetizar aludiendo a la existencia de una "tesis", que vendría encarnada en unas determinadas relaciones de poder, institucionalizadas en una forma de organización estatal, y una determinada concepción del Derecho, en forma de ordenamiento jurídico que, a su vez, sirve a ciertos ideales y valores, a una ideología particular.

A esta tesis se opone una "antítesis", que se expresa en el caso más extremo en la forma histórica de "revolución", cuando surge a modo de propuesta alternativa un grupo contrario al poder y al orden establecidos en base a una concepción distinta de los valores y fines a que ha de servir el Derecho. Se pasa así de un ordenamiento válido, a cuestionar su legitimidad y a dudar de su efectividad.

Finalmente se llega a la síntesis, cuando la revolución triunfante sustituye el régimen caduco con otro que satisface los anhelos de justicia de las fuerzas renovadoras y restablece la armonía entre los criterios de valoración positivos y extrapositivos. Entonces, por la lógica interna de la nueva situación, el poder revolucionario, transformado en autoridad política, como expresión de la justicia, se ve constreñido a transformarse en guardián de las instituciones y acaba por sostener con pretensión de exclusividad los criterios

sión espacial, sino que se confunde con el propio ritmo de la acción, verificándose "una integración de las formas temporales como compenetración o interpretación de pasado, presente y futuro". LAMAND, Francis, "Le Fait et le Droit", en *Revue de Métaphysique et de Morale* (1966), pp. 54-73, considera que las tres dimensiones -hecho, norma y valor- no constituyen la unidad del Derecho en el tiempo, sino que, a su parecer, el tiempo constituiría una más de las dimensiones de dicho Derecho. En este sentido de señalar la dimensión histórico-temporal a modo de cuarto plano se manifiesta también VIRALLY, en *La pensée juridique*, París, 1960, pp. 1-10, en un capítulo denominado "Derecho y acción", frente a los dos siguientes que se refieren al "Derecho y hecho" y al "Derecho y valor".

oficiales de validez jurídica del nuevo ordenamiento. De tal manera que, una vez más, el proceso dialéctico se halla en condiciones de volver a empezar¹³.

La revolución se considera victoriosa sólo si el nuevo Estado es efectivo. Frente a esta opinión, que es, por otra parte, la concepción generalizada, se encuentra una doctrina opuesta. Nos referimos a la teoría de la "revolución-ordenamiento" de Santi Romano¹⁴, en virtud de la cual la revolución por sí misma es un ordenamiento. Así, afirma Santi Romano que "una revolución que sea verdaderamente tal, y no un simple desorden, una revuelta o sedición ocasional, es siempre un movimiento organizado. En general puede decirse que se trata de una organización, la cual, tendiendo a sustituir aquella del Estado, consta de autoridad, de poderes, de funciones más o menos correlativas y análogas a aquellas de este último: es una organización estatal en embrión... por tanto se traduce en un verdadero y propio ordenamiento, aunque sea imperfecto, fluctuante y provisional... mientras vive y opera es un ordenamiento que no puede no tenerse por tal... La revolución es un hecho antijurídico respecto al Derecho positivo del Estado contra el que se dirige, pero esto no impide que, desde un punto de vista bien diverso desde el cual se califica en sí, es un movimiento ordenado y regulado por su propio Derecho... es un ordenamiento que debe clasificarse en la categoría de los ordenamientos jurídicos originarios... En este sentido y limitadamente a la esfera a la que se refiere se puede hablar de un Derecho de la revolución".

Como de estas líneas se desprende, para Romano, ya antes de su consolidación efectiva en un nuevo sistema jurídico, la revolución puede calificarse como poseedora de un ordenamiento ju-

13. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, "Validità formale e validità materiale in senso giuridico-positivo e validità oggettiva o intrinseca in senso assiologico", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1964), p. 620.

14. ROMANO, Santi, "Rivoluzione e Diritto", en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Miano, 1947, p. 224.

rídico. Nótese las expresiones usadas. No se habla de normas o preceptos organizados en general, sino de “ordinamento”, de “diritto”. El autor no se limita a reconocer la existencia de un “derecho a la revolución”, como derecho subjetivo, con minúsculas, sino que habla textualmente de un “Derecho de la revolución”, entendido en su sentido objetivo, como Derecho con mayúsculas. No se trata de una mera “facultas agendi”, sino de una auténtica “norma agendi”¹⁵.

Reduciendo el fenómeno revolucionario a sus justos límites, la mayoría de la doctrina habla de la revolución como de un “hecho”, es decir que la sitúa en el plano fáctico en vez de en el normativo. Además se trata de un hecho que tiene una particularidad, precisamente la de no ser un hecho jurídicamente cualificable¹⁶, en contra de las teorías que tratan de presentar el hecho revolucionario como fuente de Derecho¹⁷. A diferencia de Romano, la que podríamos llamar teoría de la naturaleza de hecho de la revolución, no sólo no concibe ésta como Derecho “en sí”, sino que tampoco admite que sea “creadora” del mismo. Es más bien el nuevo Derecho el que la “ennoblece retroactivamente”. Pero, en definitiva, aunque formulado a la inversa, es innegable que el Derecho no se inventa “ex nihilo”, de la nada, sino que está ligado a la realidad de los hechos y, aunque dominándolos, depende de ellos. Puede dar prevalencia

15. Esta es la opinión crítica de PIOVANI, P., “Il significato...”, *cit.*, p. 105. En el mismo sentido se manifiesta CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Generale del Diritto*, 2ª ed., Roma, 1946, pp. 94, 96; y en “Nuove riflessioni intorno alla certezza del Diritto” en *Rivista di Diritto Processuale* (1950), parte 1ª, p. 118, en las cuales habla de la revolución como “institución” del Derecho, como “medio de transformación del ordenamiento” o como “concepto exquisitamente jurídico”, pero sin olvidar nunca la exigencia de la convalidación.

16. PIOVANI, P., “Il significato...”, *op. cit.*, p. 132.

17. LEVI, Alessandro, *Teoria Generale del Diritto*, Padova, 1950, p. 412, en este sentido afirma que el “fatto” es “revolucionario” cuando no es considerado en su particularidad, sino que, una vez creado el sistema jurídico, es visto como “un conjunto de hechos jurídicos institucionalizados por excelencia”.

a unos sobre otros, olvidar algunos y reforzar otros, y de hecho en el paso de la revolución como hecho a su institucionalización en el Estado sólo se consolidan definitivamente los hechos que han prevalecido, al modo darwiniano de la “supervivencia de los más fuertes”¹⁸.

Esta es una confirmación de la imposibilidad de escindir netamente el Derecho y el hecho, de la prevalencia del tridimensionalismo “específico” sobre el genérico. Desde este punto de vista, se ve como el Derecho es más Derecho cuanto menos se aleja de los hechos, en definitiva cuanto mayor es su eficacia. Es por ello que el hecho revolucionario, que algunas legislaciones califican como delito político y que todas, en su sustancia, no pueden menos que juzgar como delictivo, no debe ser considerado nunca como tal. La revolución “mientras” es hecho revolucionario no es delito, en la medida en que no es jurídicamente cualificable, porque esta calificación implicaría negar su propia naturaleza de hecho. Por otra parte la revolución tampoco cabe considerarla delito “después” de que se consolida normativamente, ya que entonces se convierte en verdadero Derecho válido, efectivamente respaldado en la realidad.

Queda así configurada la “revolución” como instrumento en el proceso dialéctico que se produce entre los hechos y los valores, que motivan que un ordenamiento dado pierda el fundamento último de su validez y tienda a restablecerlo por la vía de la legitimidad, de la efectividad, o de ambas juntas, lo cual ocurre cuando de hecho pasa a configurarse como Derecho.

18. PIOVANI, P., “Il significato...”, *op. cit.*, p. 94: “La pretesa vittoria della rivoluzione è soltanto la vittoria degli elementi prevalenti. Parlare ‘della rivoluzione’ como di un’unità a sè stante è, in questo caso, dimenticare che il passaggio dalla rivoluzione allo Stato non è senza residuo: in questo residuo stanno, spesso, le passioni più forti, talvolta più generose, del periodo rivoluzionario. E giusto che il nuovo ordinamento ne faccia, per esaltare solo quella parte della rivoluzione che prevalendo sulle altre, ha messo fine alla rivoluzione stessa, formando il nuovo Stato...”.

En relación con otro tema como es el de la formulación verbal de los ENUNCIADOS, Hart distingue en su obra entre los “enunciados de valor”, los “enunciados internos” y los “enunciados externos”, que corresponderían por este orden a la legitimidad, la validez y la eficacia. La cuestión está en relación con la distinción hartiana entre el punto de vista interno y el punto de vista externo. El primero es el de aquél que acepta la norma jurídica como pauta de conducta obligatoria para sí. El segundo es propio de un simple observador del sistema jurídico, que no acepta las reglas como tales para sí mismo, pero constata el hecho de su observancia por otros. Ejemplo de enunciado interno sería la expresión: “El Derecho dispone que...”. Ejemplo de enunciado externo podría ser el formulado así: “En España reconocen como Derecho...”¹⁹.

Como se deduce de lo dicho, la problemática de la validez, la legitimidad y la eficacia se manifiesta como un fenómeno tridimensional más que como tres fenómenos escindidos. Basta para comprobarlo hacer alusión al gran número de autores y de formulaciones que bajo el único término de validez, acompañado de uno u otro adjetivo, no están sino aludiendo en definitiva a los fenómenos a los que otros denominan legitimidad o eficacia. Pero, dejando aparte la cuestión terminológica, el tridimensionalismo se aprecia en una doble faceta. En primer lugar respecto al “concepto” de validez, a su significado. En segundo término a la hora de establecer la “base” de la validez, es decir su fundamento. En ambos casos se observará que los tres planos que desde el principio

19. Refiriéndose asimismo al problema lingüístico Opalek, al ocuparse de la cuestión de la existencia de las normas, distingue tres tipos de fórmulas expresivas a las que denomina “ought statements”, “normative statements” y “factual statements”, las cuales versan respectivamente sobre la realidad ideal, la realidad existencial y la realidad empírica de la norma, y que serían objeto respectivo de estudio de la Metaética, la Teoría Legal, y la Ontología o la Sociología: OPALEK, Kazimierz, “The Problem of the Existence of the Norm”, en *Festschrift für Adolf J. Merkl. Zum 80 Geburtstag*, 1970, pp. 285 ss.

se han ido estudiando en sus diversas manifestaciones se configuran, más que como compartimentos aislados (tridimensionalismo genérico), como fases o momentos interrelacionados (tridimensionalismo específico). Ello no quiere decir que legitimidad, validez y eficacia sean lo mismo. Si así fuese, sin ir más lejos ¿por qué usar términos diversos? Además, no podríamos fundamentar la segunda acudiendo a las otras dos, por ser la misma cosa. Incluso, a la hora de definir las, no cabría matizar sobre una única realidad. Cuando hablamos de fenómeno unitario aludimos más bien a la gran proximidad, y a la innegable interrelación de los tres conceptos. Se trata sobre todo de que la validez en su acepción más estricta, por sí sola, no existiría. Tal como hoy la concebimos descansa en los conceptos de legitimidad y/o eficacia. Quizás la expresión que mejor recoja esta idea sea la que hemos elegido como título del epígrafe: "tri-dimensionalismo". A nuestro juicio esto es exactamente lo que se da en el problema de la validez: "Tres" dimensiones de "un" problema.

2. CONCEPTO DE VALIDEZ

La validez presenta como tarea previa resolver la llamada cuestión terminológica, que a menudo oscurece lo que a primera vista debería ser una cuestión sencilla. Así, en la terminología existente en torno a la noción de validez²⁰ es importante señalar la gran

20. Sobre el tema, hace un estudio de la expresión validez en las distintas lenguas CONTE, Amedeo Giovanni, voz "validità" en el *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XX, UTET, Torino, 1975, pp. 420-421. SIERRA BRAVO, Restituto, voz "validez", en *Diccionario de Ciencias Sociales*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1978, p. 1142, señala que el término "validez" deriva del verbo "valer", "que procede etimológicamente del latín "valere", ser fuerte, prevalecer, tener eficacia, tener un valor". En el mismo sentido BALDWIN, James Mark, *Dictionary of Philosophy and Psychology*, voz "validity", The Macmillan Company, New York, 1928, p. 748.

diversidad de expresiones utilizadas. Esta variedad afecta no sólo a las diferentes lenguas y países, sino también a la gran variedad de autores. De esta manera es posible encontrar divergencias doctrinales en materia terminológica además de entre los distintos pensadores, dentro de uno mismo²¹. Se puede así afirmar, a modo de conclusión, que en cada lengua no hay univocidad, entre las diferentes lenguas no hay biunivocidad y entre los distintos autores o dentro de uno mismo no hay uniformidad.

Antes de entrar en los temas centrales de este artículo, queremos señalar a modo de introducción la importancia del problema en la actualidad. A este fin resultan adecuadas las palabras de Ramos Pascua, cuando afirma que “el de la validez del Derecho es un tema crucial o una encrucijada de problemas, porque al plantearse e intentar resolverlo resultan implicados otros problemas básicos, tales como el de la obligatoriedad jurídica, el de las llamadas fuentes del Derecho, el de la consideración del orden jurídico como ‘sistema’, el de las relaciones entre el Derecho y la Moral y,

21. Muestras de esta falta de univocidad y uniformidad son las recogidas por CONTE, A.G., voz “validità”, *cit.*, p. 420. Este autor recoge en alemán la concurrencia de los términos “Geltung” y “Gültigkeit” para distinta idea. Al respecto señala LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, en “Ser y deber ser en las concepciones del valor y de la validez”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII (1967-68), pp. 325, que “Gültigkeit” “hace referencia a las condiciones lógicas por las que una proposición teórica puede ser universalmente aceptada..., pero que igualmente se refiere a las condiciones axiológicas por las que una exigencia normativa puede también ser aceptada, esto es, el valor intrínseco que la funda. El otro término es el de “Geltung”, que pone más bien el acento sobre la dimensión de efectividad de una proposición”. (El subrayado es nuestro). Asimismo puede destacarse la falta de correspondencia existente entre los tres términos del original danés del libro de A.N.Ch. Ross *Sobre el Derecho y la justicia*: “gyldighed”, “galden” y “galdende” (dansk) ret”, los dos de la traducción inglesa de Margaret DUTTON: “validity” y “valid law” (*On Law and Justice*, Stevens, London, 1958, pp. 382-383) y el único de la traducción italiana de Giacomo GAVAZZI, “validità” (*Diritto e giustizia*, G. Einaudi, Torino, 1965, pp. 364-365). Sobre el tema CONTE, A.G., “Studio per una teoria della validità”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1970), p. 334, nota 5.

en último extremo, el del propio concepto del Derecho como conjunto de normas determinable en función de ciertos criterios... es sólo en el positivismo jurídico actual, a partir de la obra de Kelsen, cuando el conjunto de problemas que gira en torno al de la validez aparece engranado”²².

Pese a este amplio espectro de problemas conexos con el de la validez, es un hecho innegable que el tema es estudiado con mucha más amplitud por los filósofos del Derecho que por los juristas prácticos²³. Se trata así de un problema específico, aunque en absoluto exclusivo, de los filósofos del Derecho. La problemática a que se refiere se plantea originariamente y en primer lugar al jurista, en la “praxis” jurídica cotidiana. La peculiaridad de la Filosofía del Derecho es construir una teoría más general y más radical. Más general en el sentido de que el horizonte de su indagación no se limita a determinados ordenamientos jurídicos concretos, sino que se alza por encima de las coordenadas espacio-temporales. Más radical en cuanto la cuestión se plantea y se resuelve sin

22. RAMOS PASCUA, José Antonio, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 17 y 24. En la misma dirección apunta DELGADO PINTO, José, “La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica”, en *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, p. 259, que “...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”. Asimismo destacando esa pluralidad de significados, señala GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algunos modelos de validez normativa”, en *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, pp. 375-402: “Pienso que lo que aquí he expuesto o insinuado permite ver con cierta claridad el carácter ambiguo de la palabra ‘validez’, reflejada en sus sinónimos parciales, tales como ‘existencia de una norma o de un sistema’, ‘membresía’, ‘obligatoriedad’, ‘deber de obediencia’”.

23. SIMMONDS, N.E., “Legal Validity and Decided Cases”, en *Legal Studies*, vol. 1 (1981), p. 25.

vincularse a los presupuestos metodológicos que condicionan la indagación de los juristas²⁴.

Nosotros aquí estudiaremos la validez sólo en el ámbito jurídico²⁵. Otros ámbitos de estudio del tema de la validez serían el filosófico, el sociológico, o el metodológico. En Filosofía la validez es “la existencia justificada de algo, distinguiéndola del existir o ser pensado únicamente de hecho... no tanto se atribuye a las cosas, cuanto a los productos del pensamiento, como conceptos, juicios, raciocinios...”. Sociológicamente, Max Weber define la validez como algo más que una regularidad en el desarrollo de la acción social determinado por la tradición, por una creencia afectiva, por estar positivizado o por cualquier otra circunstancia capaz de crear un consenso. Por último sería validez metodológicamente hablando, según un concepto común a todas las ciencias, no sólo a las sociales, aquella “exactitud en que los datos representan lo que quieren representar”. Hay que tener cuidado. Esto no debe confundirse con la seguridad o fidelidad de los datos, que existe cuando el instrumento de medida del que derivan proporciona siempre los mismos datos. Una cosa es que los datos sean exactos y otra, bien distinta, que sean constantes.

Dentro del ámbito jurídico, nos centraremos en nuestro estudio en el análisis de la validez en su sentido “técnico” frente a un posible uso “atécnico”²⁶. En el primer sentido la validez se predica de

24. DELGADO PINTO, J., “La validez del Derecho...”, *op. cit.*, pp. 258-259.

25. SIERRA BRAVO, voz “validez”, *cit.*, pp. 1142-1143. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, voz “validez”, Alianza Editorial, Madrid, 1981, pp. 3371-3372, distingue a su vez la validez como vocablo “epistemológico”, como vocablo “lógico”, y en sentido “metafísico”. En la primera acepción, validez se refiere a la “verdad” de las proposiciones y es un predicado que se refiere a esquemas cuantificacionales. En el segundo uso, validez tiene un sentido más neutral y equivale a “ser aplicable”, siendo un predicado que se refiere a esquemas sentenciales. En la tercera acepción, validez equivale al “sentido” o justificación última de todo ser.

26. BARBERIS, Mauro, “La norma senza qualità. Appunti su ‘validità’ in Hans Kelsen”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI, n. 2 (1981), pp.

las normas, los ordenamientos o el Derecho. En la segunda acepción el término se emplea en el lenguaje ordinario, no ya en el de los juristas, para dar a entender una valoración positiva de aquello de lo que se predica. En esta acepción validez significaría utilidad, bondad, adecuación al fin.

Como tercera concreción del ámbito de la validez, objeto de estudio en este trabajo, diremos que aquí la que nos interesa es la validez de las normas. Pero esto no debe hacernos olvidar que dentro del ámbito técnico-jurídico la validez puede predicarse también de otras entidades. Así de los “actos jurídicos” y más bien en sentido negativo, como invalidez de un acto administrativo o de un contrato —en relación con los temas de la nulidad, la anulabilidad y los vicios del consentimiento—. También es predicable la validez de las sentencias, según la “conformidad a las reglas de procedimiento establecidas o reconocidas”. Asimismo, en lógica, se habla de “argumentos” válidos, como sinónimo de analíticos y por contraposición a los contradictorios. En este sentido “validez no debe confundirse con ‘fuerza’, porque un argumento puede ser perfectamente válido y sin embargo extremadamente débil”. Tampoco tiene que ver la validez con la bondad del enunciado, porque “es posible para un argumento ser válido y sin embargo ‘malo’”. Lo que significa argumento válido es argumento lógicamente verdadero y congruente, “en el caso de que las premisas no puedan bajo ningún concepto, sin implicar contradicción, ser verdaderas, sin que la conclusión sea también verdad. Si esto es así de hecho, pero el argumento falla a la hora de evidenciarlo, es un mal ar-

405-409, habla también de un uso “tecnificado” de la expresión en cuestión. Este se produciría cuando la palabra es utilizada no sólo en el lenguaje jurídico y en acepciones distintas de las del lenguaje ordinario, sino cuando una palabra de varios usos en este lenguaje es usada sólo en algunos de ellos en aquél. En el caso de la validez se trata, según Barberis, más bien de esto último, pero al margen de esta matización, y así lo hace también el autor, en el texto, lo más convencional es distinguir simplemente entre la validez en sus acepciones técnica y atécnica.

gumento retóricamente, pero aún así es válido". También hay autores que, desde un punto de vista lógico, predicen la validez de las "proposiciones lingüísticas", en concreto de los enunciados o juicios prescriptivos. Así se hace una dicotomía entre los juicios enunciativos, de carácter descriptivo, de los que hay que probar la verdad o falsedad, y los juicios normativos, de carácter prescriptivo, de los que hay que justificar la validez o invalidez²⁷.

Ya centrados en la validez técnico-jurídica, referida a normas²⁸, ya en una primera aproximación, pueden señalarse tres acepciones

27. Sobre la validez de los actos jurídicos, ESPOSITO, Carlo, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1964, esp. pp. 77-107 y 231-265. ABBAGNANO, Nicola, *Dizionario di Filosofia*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1961, pp. 883-884. BALDWIN, J., "Dictionary...", *op. cit.*, pp. 748-749. Sobre el tema también URMSON, J.O., "Some Questions Concerning Validity", en *Revue Internationale de Philosophie* (1953), pp. 217-229, reeditado en A. FLEW (ed.), *Essays in Conceptual Analysis*, London, 1956. Por su parte, Eduardo GARCÍA MAYNEZ en "Validità formale e validità materiale...", *cit.*, pp. 609-620, afirma que el uso del término validez, además de a las normas puede extenderse a los juicios prescriptivos. En sentido contrario hay incluso autores que sostienen que la verdad o falsedad es predicable, además de los enunciados descriptivos o del primer tipo, de las normas. Así CAPELLA, Juan Ramón, *El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Ariel, Barcelona, 1968, pp. 93-103, se ocupa entre otros autores que han sostenido este punto de vista de Kalinowski. BRUGGER, Walter, *Diccionario de Filosofía*. Voz "validez", Herder, Barcelona, 1978, p. 524, sobre el objeto de la validez, afirma que "la validez no tanto se atribuye a las cosas cuanto a los productos del pensamiento, como conceptos, juicios, raciocinios, ciencias o, en el dominio práctico, a normas y leyes". RUNES, Dagobert D., *Dizionario di Filosofia*, voz "válido", Arnoldo Mondadori Editori, Milano, 1972, p. 553, respecto a los enunciados, afirma que en la terminología de Carnap, estos son "válidos" o "contraválidos" según sean o no una consecuencia de una clase de enunciados, es decir según sean demostrables o con-
futables respectivamente o en otros términos analíticos o contradictorios".

28. En relación también con la gran pluralidad de fenómenos conexos con el de la validez se encuentra el tema de la existencia de una cierta variedad de tests de validez. Se entiende por tales aquellas pruebas que han de satisfacer las normas para ser calificadas de jurídicas, SUMMERS, Robert S., "Towards a Better General Theory of Legal Validity", en *Rechtstheorie* (1985), 16 Band, Heft 1, pp. 64 ss.

de la validez en sentido amplio²⁹: 1) La validez ideal, material o normativo-filosófica; 2) La validez constitucional, existencial, lógico-formal, sistemática o jurídica; 3) La validez fáctica, empírica o sociológica³⁰. Esta diversidad de formulaciones de los más variados autores bajo el único término de validez, acompañado de uno u otro adjetivo, alude al problema de lo que otros denominan separadamente: 1) legitimidad, 2) validez y 3) eficacia.

Como ya señalábamos en páginas anteriores, puede concretarse su significado del siguiente modo. A la acepción 1) corresponde la idea de que la norma de cuya validez se trata posea "determinado contenido" conforme a la esfera del Derecho Natural, a la esfera de los valores, a la justicia. A la acepción 2) va ligada simple-

29. Son denominaciones encontradas en REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del Derecho. Preliminares históricos y sistemáticos*, Trad. esp. por Juan Antonio Sardina-Páramo, Santiago de Compostela, 1973, pp. 71 ss. También en Edeval, Valparaíso, 1978. Más recientemente *vid.* del mismo autor, "Situación actual de la teoría tridimensional del Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Trad. esp. de E. Nogueras, 25 (1985), pp. 203 ss. También en DELGADO PINTO, J., "La validez del Derecho como problema...", *cit.*, pp. 244, 250 y 251 ss. Sobre el tema AARNIO, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, D. Reidel, Boston-Lancaster, 1987, pp. 33 ss. AARNIO, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms", en *Objektivierung des Rechtsdenkens*, Duncker und Humblot, Berlin, pp. 427-437. HENKEL, H., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München-Berlin, 1964, pp. 440-447. SCHREIBER, R., *Die Geltung von Rechtsnormen*, Springer Verlag, 1966, pp. 58-68 y 256-257. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 423. Hay 5ª ed. en este punto invariable, Bosch, Barcelona, 1979. FUEYO, Jesús F., "Legitimidad, validez y eficacia. La significación jurídico-política del sistema de producción de normas", en *Revista de Administración Pública*, 6 (1951), pp. 35-88. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, "Validità formale e validità materiale in senso giuridico-positivo e validità oggettiva o intrinseca in senso assiologico", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1964), pp. 609-620.

30. WROBLEWSKI, Jerzy, "Tre concetti di validità", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1 (1982), pp. 584-595. El pensamiento de este autor en este punto es estudiado por AARNIO, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, D. Reidel, Boston-Lancaster, 1987, pp. 33 ss.

mente la idea de "existencia" de la norma. La norma es válida en este segundo sentido si formalmente existe. Finalmente, entendemos por validez en la tercera dirección vista la fuerza vinculante del precepto que se manifiesta en forma de obediencia, tanto del ciudadano (destinatario primario) como de los jueces y Tribunales (destinatarios secundarios)³¹.

2.1. *La validez material o legitimidad: la justicia del Derecho*

La primera acepción de la validez, la validez material, se sitúa en el plano del valer, de la idealidad, de los valores. Estamos ante una dimensión axiológica, espiritual y emocional de lo jurídico, en su proyección deontológica y filosófica, la cual es objeto de estudio por el filósofo propiamente hablando. Según esta acepción existe un dualismo jurídico y al Derecho positivo, válido aquí y ahora, se superpone, a modo de escalón superior, un Derecho natural, que otorga a aquél fuerza vinculante a partir de una escala de

31. Para que se vea el confusionismo entre estas acepciones de validez así como lo interrelacionadas que están basta citar a modo ejemplificativo la gran variedad de sinónimos y perífrasis de la validez usadas por un mismo autor, KELSEN, en su *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1945, Trad. it. por Sergio Cotta y Giuseppino Treves, Comunità, Milano, 1952, reimpresión en Etas Libri, Milano, 1966, pp. 37-38. Hay trad. cast. de E. García Maynez, UNAM, México, 1979, 2ª ed.; la *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien, 1960. Trad. it. de Mario G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, pp. 128, 217 ss. Hay trad. cast., *La Teoría Pura del Derecho*, de la 2ª ed. en lengua alemana de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1980; y "Recht und Logik", en *Neues Forum* (1965). Trad. it. de C. Mauceri, en *Problemi di teoria del diritto*, a cargo de R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 174. Este autor habla de "obligatoriedad", "fuerza vinculante", "expresión de la idea de que algo debe ocurrir", "deber ser", "deber observar" (normas), "condición con la que un acto puede ser interpretado como jurídico", "correspondencia del sentido subjetivo de la norma con su sentido objetivo", "existencia", "existencia específica", "valor", "pertenencia a un ordenamiento", "conformidad con una norma superior".

valores³². La validez en esta acepción equivaldría a la justicia de las normas o conformidad con un hipotético Derecho natural³³.

2.2. *La validez formal o validez en sentido estricto: la existencia del Derecho*

En su segunda vertiente, como validez formal, se exigen al menos tres condiciones para que una norma dada sea válida³⁴.

32. En este sentido ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General*, vol. 10, 11ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, p. 24. En la misma línea HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Trad. de Genaro R. Carrió (del original, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961), Editora Nacional, México, 2ª ed., 1980, p. 256, expresa que cuando una norma de Derecho válido es injusta, no habría que negarle carácter jurídico, sino decir: "Esto es Derecho pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido". Se trata de un concepto "amplio" de Derecho que no se restringe al Derecho justo o concepto "estricto" del Derecho. Se solucionan así problemas complejos (pp. 260 ss.) como el dilema moral de la desobediencia civil (¿He de hacer algo malo por estar mandado?), el problema del sometimiento al castigo (como el dilema de Sócrates entre escapar o doblegarse ante él) o el problema surgido tras una revolución o una guerra, por ejemplo tras la II Guerra Mundial en Alemania, de si se ha de castigar a quienes hicieron cosas malas, pero permitidas por leyes, aunque perversas, entonces vigentes. Este tema, por ejemplo, se plantea respecto de la figura del delator.

33. BARBERIS, M., "La norma senza qualità,..." , *cit.*, pp. 422-426, estudia la concepción de un positivista como es Kelsen en torno al tema del Derecho y los valores, y considera que se da en ella una paradoja o contradicción, porque "indirectamente" se desprende de su pensamiento que no se puede predicar directamente el valor de una norma: "solo i fatti, i comportamenti, sono suscettibili di essere valutati in basi ad una norma". También el juicio de legitimidad es para Kelsen un juicio de valor. Y dada la escisión entre el mundo del ser y el del deber ser, el valor se predicaría de cosas, nunca de normas. Sin embargo, "directamente" Kelsen afirma que el Derecho es un valor. Lo que pasa es que habla de valor jurídico con lo cual se dice solamente que el Derecho es norma: "Le definizione del diritto come dover essere, ideologia, e valore, ripuntualizzano cio che il diritto è, mostrando la sua validità- obbligatorietà, il suo essere normal".

34. AARNIO, A., *The Rational as Reasonable...*, *op. cit.*, pp. 33 ss.

En primer lugar, que la misma haya sido promulgada en la forma adecuada, es decir por el órgano competente y con arreglo al procedimiento establecido al efecto. En segundo lugar se requiere que dicha norma jurídica no haya sido derogada, bien en la forma prescrita por el ordenamiento jurídico, bien por el hecho de que el ordenamiento jurídico como un todo haya dejado de ser eficaz, bien por desuso o “desuetudo”, a modo de costumbre negativa, cuando por un período de tiempo considerable y de manera permanente la norma ha dejado de ser efectiva³⁵. Finalmente se exige que la norma no esté en contradicción con otra norma válida del sistema sin haber forma de resolver la antinomia con arreglo a los criterios normales de resolución de las antinomias –de jerarquía, cronológico, de especialidad y de competencia–. En este segundo sentido la validez es la existencia específica de la norma aquí y ahora –“hic et nunc”–.

Como excepción dentro del positivismo jurídico en la equiparación entre validez y existencia de la norma parecería a primera vista que se encuentra el pensamiento de Hart, para el cual validez de una norma no es equivalente a existencia de la misma, ya que existe una norma, o regla, para utilizar la terminología de Hart, la “regla de reconocimiento”, que existe, pero de la que no cabe predicar su validez o invalidez, sino que es simplemente aceptada como apropiada para ser usada como criterio de identificación de las demás normas del sistema³⁶.

35. PATTARO, Enrico, *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica*, Traducción y notas de José Iturmendi Morales, Reus, Madrid, 1980, pp. 193 ss. Y especialmente PATTARO, E., *Lineamenti per una Teoria del Diritto*, Clueb, Bologna, 1985, p. 65. Hay trad. española de Ignacio Ara Pinilla, Debate, Madrid, 1986. LUMIA, Giuseppe, *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, Debate, Madrid, 1985, p. 67.

36. Sobre la calificación de Hart como positivista y tras establecer su filiación filosófica en la filosofía analítica del lenguaje ordinario y sus raíces teórico-jurídicas en la jurisprudencia analítica (pp. 102-116) establece RAMOS PASCUA, J.A., *La regla de reconocimiento...*, op. cit., p. 112: “En definitiva, Hart se integra en una

Pero el más puro exponente de esta segunda acepción de la validez que estamos examinando no es Hart, sino Kelsen. En él, validez y existencia son absolutamente equivalentes: Toda norma válida existe y toda norma existente es válida³⁷. El vínculo entre ambas nociones es de igualdad.

corriente positivista. Debe advertirse, sin embargo, que rehuye calificarse a sí mismo como defensor a ultranza del positivismo jurídico... En todo caso, y es algo que Hart nunca niega, se trata sin duda de un autor positivista; aunque, por una parte, muy moderado y, por otra, como Kelsen, positivista crítico respecto a sus predecesores de escuela, cuyos defectos intenta subsanar". Lo que ocurre es que Hart representa una corriente menos extrema del positivismo que la que considera que sólo existe el Derecho positivo. Para Hart en el Derecho positivo existe un contenido mínimo del Derecho natural. Esto se halla en relación con los ocho principios de legalidad constitutivos de la moralidad interna del Derecho de Fuller.

37. BRUGGER, W., *Diccionario de Filosofía, op. cit.*, pp. 523-524. "En el lenguaje filosófico esta palabra (validez) denota la existencia justificada de algo, distinguiéndola del existir o ser pensado únicamente de hecho". BARBERIS, Mauro, "La norma senza qualità...", cit., pp. 434-435, respecto al concepto de validez como existencia en Kelsen afirma que "Ordinariamente de existencia se habla sólo a propósito de hechos. Sólo de los hechos se dice que existen: los hechos son todo lo que existe". Esto al menos es válido para una concepción positivista (SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, p. 57). Si esto es así —continúa Barberis— parecería que cuando Kelsen habla de existencia se refiere al referente empírico de la norma. "Existencia en este caso implicaría referencia a hechos como: la positividad de la norma, la ausencia de un hecho productor de otra norma que la anule; la efectividad del Derecho en su conjunto (...). Sin embargo la existencia de una norma, su validez —añade citando a Kelsen— es distinta de la existencia de un hecho (...). Kelsen la llama, por eso, "existencia específica" (...) Sobre el significado de la aportación de Kelsen sobre el tema afirma RAMOS PASCUA, J.A., *La regla de reconocimiento...*, op. cit., pp. 18 ss.: "en un primer momento se entendió que la noción de validez jurídica hacía referencia a la fuerza obligatoria del Derecho (...). H. Kelsen aborda el tema novedosamente modificando el significado del propio concepto de validez. Según la nueva versión, que una norma sea válida significa simplemente que existe. No obstante, advierte que las normas existen de forma distinta a como lo hacen los fenómenos naturales (...). Las normas gozan de una existencia específica, ideal, en cuanto su sentido es un deber-ser. Afirmar la existencia de una norma implica, por tanto, afirmar su obligatoriedad, su carácter vinculante", p. 76.: "Ross, sin embargo, no comparte la concepción kelseniana de las normas

Incluso un pensador no positivista, sino perteneciente al realismo jurídico, como es Ross³⁸, distingue como una acepción del término validez³⁹ usada en Teoría General del Derecho la de existencia efectiva o realidad de la norma. Nótese que aquí el término existencia viene matizado por el adjetivo efectiva, que implica una novedad respecto al grupo de autores hasta aquí visto, pues no se trata de una existencia de la norma localizada en el plano del deber ser, sino de una existencia fáctica o de hecho. Se equiparan y acercan el concepto de validez y el de eficacia. Podríamos hablar así de "existencia real" de la norma. Esta se produce cuando las normas se correlacionan y son capaces de predecir los fenómenos sociales consistentes en el comportamiento de los jueces que las aplican y, en sentido amplio, también de los ciudadanos sujetos a ellas⁴⁰.

En cualquier caso, es común a todas las doctrinas relativas a esta segunda acepción de lo jurídico formalmente válido, y a diferencia de la validez material del Iusnaturalismo, el vaciar la noción de

jurídicas. Rechaza que sean obligatorias. La obligatoriedad no es en su opinión algo empíricamente verificable"... Con todo Ross se ve obligado a reintroducir la noción de obligatoriedad a modo de sentimiento de los jueces.

38. Ross, Alf Niels Christian, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural", publicado primero en texto bilingüe en la *Revista Jurídica de Buenos Aires* (1961), VI, e 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. 12, 25-27.

39. Las otras dos son: 1) La de producción o no de los efectos jurídicos deseados por un acto jurídico, usada por los expositores del Derecho positivo; 2) la fuerza obligatoria del Derecho apriorística, empleada en Ética y Derecho natural, y que Ross rechaza por considerarla vinculada al iusnaturalismo y la metafísica (ROSS, A.N.Ch., *El concepto de validez...*, *cit.*, pp. 12, 19-30).

40. DELGADO PINTO, J., "La validez del Derecho como problema...", *cit.*, p. 235, considera ambigua la postura de Ross en el sentido de que la misma se queda a mitad de camino entre una validez que él postula como mero "esquema de interpretación" "a posteriori" de los hechos, como verificación de los mismos, identificada totalmente con la eficacia, y una validez que se desprende de su planteamiento también como "esquema directivo" "a priori" de la conducta futura que la fundamenta más que verifica y que no es más que "signo de" esa validez.

contenido valorativo y limitarse a fijar una serie de datos asépticos o no sustanciales para dilucidar la misma. Todas ellas descansan en su manifestación más pura en una concepción positivista, cuyo centro es el Derecho tal y como existe en un lugar y momento dados, dentro de unas coordenadas espacio-temporales. Nos movemos en el mundo de la cultura, en una dimensión lógica, epistemológica, cognoscitiva, o gnoseológica, de lo jurídico. El centro no son ya los valores, sino las normas, como deber ser, "Sollen" u "ought" y el nexo de las mismas el principio de imputación que une un supuesto de hecho con su consecuencia jurídica. Es al jurista dogmático, no ya al filósofo, al que corresponde el estudio de esa legalidad positivizada. Se trata de identificar la verdad de las normas, no ya su bondad y justicia. Axiológicamente nos movemos en el plano de lo neutro.

2.3. *La validez sociológica o eficacia: la obediencia al Derecho*

Llegamos así a la tercera acepción de la validez inicialmente apuntada, la validez sociológica, la cual se mueve en el plano empírico-fáctico, del "ser", de los hechos, de la realidad, del "Sein" o "is", regido por el principio de causalidad y necesidad. El estudio de esta dimensión del fenómeno jurídico corresponde al sociólogo del Derecho, que ha de tener como objeto de trabajo la naturaleza, más en concreto la práctica judicial. A esta labor va unida una concepción o teoría del Derecho no ya iusnaturalista ni positivista, sino realista. Se trata de abarcar el aspecto empírico y fenomenológico de la validez, es decir su eficacia.

Hay una gran variedad de acepciones de la eficacia⁴¹. En primer lugar se puede hablar de ella como regularidad en la observancia por los ciudadanos de una norma. En un segundo sentido, puede significar aplicación de las normas por las autoridades competen-

41. Seguimos en su exposición a AARNIO, A., *The Rational as Reasonable...*, *op. cit.*, pp. 38 ss.

tes. Pero esta perspectiva mira demasiado al pasado. Por ello podría completarse con una proyección de futuro, con las profecías, como las llamó Oliver Wendell Holmes, o predicciones de lo que los tribunales harán, puestos en el supuesto del "hombre malo", del que viola la ley⁴². Pero, sobre todo, de lo que se trata es de que tanto en los destinatarios secundarios (jueces y Tribunales), a que hacíamos referencia, como en los destinatarios primarios (ciudadanos) exista una fuerza vinculante de comportarse cuando se cae dentro del ámbito regulado por la norma en la forma prevista por ella (si se trata de una norma primaria) o sancionar el incumplimiento de ésta (cuando la norma sea secundaria).

Así pues, el concepto básico de la validez sociológica es el de obediencia. Para equiparar la validez con la eficacia y ambas con la obediencia hay que acudir al realismo de Ross. Para él las normas jurídicas son válidas si tienen una existencia real, esto es si son observadas y sentidas como obligatorias por los jueces, es decir, si son eficaces⁴³.

42. BENDITT, Th. M., *Law as Rule and Principle*, Harvester Press, Standford, 1978. En su obra critica esta concepción de la validez como eficacia alegando que el juzgador debe conocer "antes" de su decisión aquello que le obliga, es decir, aquello que constituye Derecho válido. Además una cosa es la predicción de lo que el juez va a hacer y otra lo que el mismo hace. Sobre el tema en el mismo sentido AARNIO, A., *The Rational as Reasonable...*, *op. cit.*, p. 42.

43. PATTARO, Enrico, "Validità e verificabilità del diritto", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1966), p. 1022: "Podría parecer que el concepto de validez es en este punto sacrificado, en parte como requisito de la juridicidad y en parte como consecuencia de la eficacia (...) aunque en la concepción rossiana el mismo concepto de eficacia precede de hecho al de validez, en cuanto la validez es el resultado de la eficacia, sin embargo el de validez es el concepto principal". Hacemos la matización de que cuando Ross rechaza la noción de obligatoriedad de las normas por no ser empíricamente verificable (RAMOS PASCUA, J.A., *La regla de reconocimiento...*, *op. cit.*, p. 76) lo que rechaza es expresamente la concepción positivista kelseniana de la posibilidad de equiparar la validez a la obligatoriedad y concebir ésta no ya al modo positivista como obligatoriedad jurídico-formal (situada en el plano del deber ser normativo), ni según Ross como obligatoriedad fáctica (en el plano del deber obrar), sino como obligatoriedad moral (o deber ser ideal)

La obediencia es el efecto positivo de la obligación. Entramos así en el que el propio Hart califica como ambiguo y equívoco tema de la obligación jurídica⁴⁴. En esta materia hay que hacer una primera matización, a saber, la distinción entre “verse obligado a” y “tener obligación de” hacer algo⁴⁵ o, lo que es lo mismo, entre “estar obligado” y “sentirse obligado”. Estar obligado no implicaría necesariamente que la persona que obedece piense que lo que hace es lo correcto tanto para él como para los demás. Entraña una obediencia meramente comportamental, material, externa o mecánica, mientras que sentirse obligado tiene una efectividad más bien simbólica, que supone una disposición interna favorable del ánimo. Así, por ejemplo, incluso largo tiempo después de ser derogadas las leyes prohibitivas del divorcio continuaba en las conciencias de muchas personas el sentimiento de estar obligados a continuar el matrimonio durante toda la vida. Lo primero se les imponía, lo segundo partía de su iniciativa interior⁴⁶. Además, nos sentimos obligados sólo a aquello que conocemos, mientras que estamos obligados incluso por aquellos preceptos jurídicos que desconocemos, en virtud de la máxima jurídica según la cual “la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento”⁴⁷. Lo que importa en materia de validez es precisamente la obligatoriedad material o externa, no el sentimiento de obligatoriedad⁴⁸.

Aquí se encuentra la “teoría de la naturaleza de las cosas”. Según ella es posible inferir del conocimiento de la realidad de las cosas el contenido normativo justo y adecuado. Normas jurídicas son para este modelo aquéllas capaces de obligar “sólo en virtud del contenido valorativo interno y no a raíz de su pura facticidad” (55).

44. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 143.

45. *Ibid.*, p. 103.

46. OST, F., voz “validité”, cit., pp. 434-435.

47. CATANIA, A., *Il problema del Diritto e l'obbligatorietà...*, op. cit., p. 137.

48. HART, H.L.A., *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 143, y CATANIA, A., *Il problema del Diritto...*, op. cit., p. 149: “Obbligatorietà che, come abbiamo visto, non è sentimento di obbligatorietà: il ricorso alla norma fondamentale serve proprio per evitare che la obbligatorietà si sciolga in un sentire”.

Por otro lado, hay que señalar que, del mismo modo que se dice que el Derecho es imperativo, porque prevé potencialmente sanciones para el caso de su incumplimiento, pero no es necesaria la actuación real mediante la coacción física y el uso de la fuerza, decir que el Derecho es obligatorio no significa considerar jurídicas sólo aquellas normas que, de un modo u otro, directa o indirectamente, imponen obligaciones.

Otras cuestiones interesantes surgen por lo que respecta a la duración y a los sujetos del deber de obediencia al Derecho, que se plantea como requisito necesario para que exista sociológicamente el mismo. A este respecto se pregunta Hart: ¿cuántas personas tienen que obedecer y durante cuanto tiempo para que exista Derecho? y responde diciendo que se requiere la presencia de un hábito "general" y con "cierta permanencia" en el tiempo, siendo éstos conceptos jurídicos de difícil determinación concreta⁴⁹. Añade este autor que "por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser 'generalmente' obedecidas y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento, que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación tienen que ser efectivamente aceptadas por sus 'funcionarios' como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial"⁵⁰. No se trata sino del criterio clásico o tradicional de distinción de las reglas en primarias y secundarias, como reglas de conducta y organización respectivamente, en virtud de su destinatario, según éste sea el ciudadano o los jueces, funcionarios y demás titulares de poderes públicos.

A veces puede haber un divorcio entre el sector oficial y el sector privado, en el sentido de que no haya ya una obediencia general por parte de los ciudadanos a las reglas que son válidas según los criterios de validez usados por los Tribunales, es decir, que lo

49. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 30.

50. *Ibid.*, p. 145.

que los ciudadanos hacen no se corresponda con lo que los tribunales dictaminan. Esto pertenece, como dice Hart, a la “patología” del Derecho⁵¹ más que a su fisiología. Entonces se tenderá, en la permanente tensión dialéctica entre Derecho y poder, a que el primero sea puesto en duda e incluso sustituido por el segundo. Una forma en que este proceso se lleva a cabo es la “revolución”⁵², a modo de ruptura brusca del orden existente. Otros dos casos de “patología” jurídica serían la “anarquía” y el “bandolerismo” que, a diferencia de la anterior, no pretenden gobernar, sino tan sólo desestabilizar el orden existente; y, en cuarto lugar, la “ocupación enemiga”, cuando la pretensión política de constituir un gobierno antagónico se manifiesta desde fuera del sistema existente. Estos supuestos plantean interés en materia de validez, porque pueden surgir cuestiones difíciles de solucionar cuando, después de esas interrupciones, se reimplantan las relaciones normales entre los Tribunales y la población. Surge entonces el problema de qué fue y qué no fue Derecho.

Otro campo interesante e inverso al que acabamos de describir, de muerte de los sistemas jurídicos, se presenta en el nacimiento o embriología de los mismos, por ejemplo en la “Commonwealth”, con el surgimiento de un ordenamiento en el seno de otro en las colonias, existiendo, al menos provisionalmente, dos criterios de Derecho válido, el antiguo y el nuevo ordenamiento. En estos casos será la obediencia generalizada a uno u otro sistema la que manifieste a favor de cuál se decanta la validez y vigencia futura.

51. *Ibid.*, p. 146.

52. Sobre el tema WOLF, E., “Il problema della validità...”, *cit.*, pp. 345-346, habla del problema de la “lucha por el Derecho” que se manifiesta en el conflicto jurídico (“Rechts-Streit”), como querer valer (“gelten-wollen”), en forma de “processus” frente al Derecho legalmente constituido (como “Rechts-Ordnung” o “Statum”). PIOVANI, Pietro, *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 18. REALE, M., *Teoría tridimensional...*, *op. cit.*, pp. 107-109.

3. FUNDAMENTO IUSNATURALISTA DE LA VALIDEZ

3.1. Relaciones existentes en materia de validez

3.1.1. La relación entre el Derecho y la Religión

En un artículo titulado “La referencia a Dios en la Teoría Pura del Derecho de Kelsen”⁵³, François Ost y Michel Van de Kerchove hacen un interesante estudio de la relación entre el Derecho y la Religión. Analizan la misma desde dos perspectivas: una primera psico-sociológica, que gira en torno a la unión entre los fenómenos jurídicos y los religiosos, en el mundo del ser; y una segunda epistemológica, sobre los vínculos entre la Teoría del Derecho y la Teología, en el plano del conocer. A continuación vamos a estudiar cada uno de estos aspectos por separado.

En cuanto a la conexión entre los fenómenos religiosos y los jurídicos, puede llegarse a la conclusión de que la Religión y el Derecho se confunden en las formas más elementales de sociedad

53. OST, F.; VAN DE KERCHOVE, M., “La référence à Dieu dans la Théorie Pure du Droit de Hans Kelsen”, en *Qu'est-ce que Dieu? Philosophie/Theologie. Hommage à L'abbé Daniel Coppieters de Gibson, 1929-1983*, Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1985, pp. 285-324. Otros estudios son los de FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L., “Experiencia religiosa y experiencia jurídica”, en *Miscelánea Comillas*, 47 (1989), pp. 415-426. SADURSKI, W. (ed.), *Law and Religion. The International Library of Essays in Law and Theory*, Aldershot, Dartmouth, 1992. PENNOCK, J. R.; CHAPMAN, J. W., *Religion, Morality and the Law*, New York University Press, New York, 1988. GORDLEY, J., “Law and Religion: an Imaginary Conversation with a Mediaeval Jurist”, en *California Law Review*, 75 (1987), pp. 169-183. MONTEJANO, B., “Doctrina social de la Iglesia. Derecho y Moral”, en *Prudentia Iuris*, XIII, pp. 11-24. PANNENBERG, W., “Recht und Religion”, en *Beiträge zur Rechtsantropologie, ARSP*, Beiheft 22, Stuttgart, Steiner, 1985. PERELMAN, Ch., “Recht, Moral und Religion”, en KRAWIETZ, W.; SCHELSKY, H.; WINKLER, G.; SCHRAMM, A. (Hrsg.), *Theorie der Normen*, Duncker und Humblot, Berlín, 1984, pp. 145-150. ROBILLIARD, St. J. A., *Religion and the Law*, Manchester University Press, Manchester, 1984.

a través de las nociones de legitimidad y efectividad, y se separan en las sociedades modernas por lo que respecta a la idea de validez formal. Desglosemos esta afirmación.

Decimos que Derecho y Religión se funden en las formas elementales de sociedad a través, en primer lugar, de la legitimidad. Esto se ve en la obra de autores como Freud, en *Totem y tabú*⁵⁴, Durkheim, en *Las formas elementales de la vida religiosa*⁵⁵, o Feuerbach. Para Freud existiría un paralelismo entre la figura del padre, tanto el biológico como el divino, y la figura del rey y la obediencia al mismo. También se daría en este autor una ligazón entre el totemismo primitivo y la figura del Estado en sus orígenes. Por otro lado, Freud identifica la sanción con la venganza ejercida por las almas de los muertos, a modo de instrumento de realización del principio de retribución, que en la vida estatal aplican los jueces y tribunales. Por su parte, Durkheim afirma que todas las grandes instituciones sociales nacen de la Religión, que engendraría todo lo que hay de esencial en la sociedad. Así, las leyes que regían las comunidades primitivas no eran dadas por la voluntad humana, sino el reflejo de la voluntad divina de un Dios legislador. Finalmente, Feuerbach une la Religión y su origen con el del patriotismo.

En segundo lugar, afirmamos que la relación entre el Derecho y la Religión se da en las sociedades primitivas a través de la noción de efectividad pues el temor que inspira el poderío de una divinidad legisladora produciría y garantizaría una obediencia incondicional al poder.

Por el contrario, separaríamos la Religión y el Derecho en las sociedades modernas a través de la idea de validez formal porque, como ya dijera Freud, al igual que Kelsen, en la modernidad hay

54. FREUD, S., *Totem y tabú*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, 11ª ed., Trad. del alemán y notas de L. López Ballesteros.

55. DURKHEIM, E., *Las formas elementales de la vida religiosa. El sistema totemico en Australia*, Akal, Madrid, 1982. Trad. y estudio preliminar de Ramón Ramos.

que optar por una postura racionalista y laica. Según ella las creencias religiosas hoy en día no conducen sino al oscurantismo y deben dejar paso a representaciones científicas del mundo. Aunque en su génesis mezclados, Derecho y Religión deben ser separados en nuestros días.

En cuanto a la relación epistemológica entre la Teoría del Derecho y la Teología, se podrían distinguir, a su vez, dos etapas. Una sería la correspondiente a la Teoría Clásica, la otra a la Teoría Pura del Derecho, posterior a la obra de Kelsen, o situación más moderna. La comparación entre ambas puede hacerse básicamente en tres aspectos: la relación entre el Derecho y el Estado, la conexión entre la validez en el Derecho natural y en el positivo, y el vínculo entre el plano del ser y el del deber ser.

Respecto a la primera de estas relaciones, en la Teoría del Derecho Clásica existe una separación entre ambos órdenes, el Derecho y el Estado, paralela al dualismo que en Teología se establece entre Dios y el mundo⁵⁶. En cuanto a la conexión entre Teología y Teoría del Derecho en materia de validez, en la Teoría Clásica

56. En efecto, este paralelismo se puede observar porque tanto la existencia del Derecho como la de Dios trascienden a la del Estado y el mundo, respectivamente, si bien no son parcelas enteramente independientes. Esta dependencia se manifiesta a través de la idea de autobligación, articulada en el contrato social y en la encarnación a través de la persona de Cristo, mediante las que se constituyen el orden terrenal y el religioso. En segundo lugar, hay una equiparación entre la idea de la Teología de que el origen del mal no está en Dios, sino en el hombre, en su libertad, y el principio de que los actos ilícitos no se imputan nunca al Estado, sino al órgano estatal del que proceden. Otra muestra de este paralelismo es la idea de que el mal en Teología es condición de un bien mayor querido por Dios. De la misma manera el acto ilícito en la Teoría del Derecho clásica es presupuesto de la aplicación de una sanción, esta vez querida por el Estado. También se percibe semejanza en la manera en que se concibe en Teología la relación entre Dios y el ser humano, el hombre como ser espiritual, y la postura que la Teoría del Derecho adopta en la relación entre el Estado y el individuo, como sujeto de derechos. Finalmente, una posición negadora del orden llevaría en ambos casos, el religioso y el jurídico, a situaciones de carencia de reglas: el ateísmo y la anarquía.

ambas se funden. Se fusionan el mundo del Derecho natural y el del Derecho positivo. Hay, por tanto, una carga axiológica o valorativa en la teoría de la validez.

Por lo que concierne al vínculo entre el plano del ser y del deber ser, éstos estaban unidos en la Teoría del Derecho clásica y en la Teología, en ésta bajo las formas de animismo o mitología. También se producía esta conexión en la teología judeo-cristiana, gracias a la concepción monoteísta de la existencia de un Dios que es, a la vez, fundamento de la norma moral y explicación de la ley física, principio y fin.

En contraposición a las teorías de carácter clásico de la relación entre el Derecho y la Religión, anteriormente expuestas, a partir de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen la situación se invierte en el triple plano señalado: 1) Frente al dualismo Derecho-Estado, se produce un monismo jurídico radical (no hay más Derecho que el Derecho positivo del Estado); 2) Frente a la justificación valorativa del Derecho, que fusiona el Derecho natural y el Derecho positivo, surge una validez formal, axiológicamente neutra; 3) Frente a la unión del ser con el deber ser, ambos se escinden como mundos separados e irreconciliables. En este sentido hay un artículo de Kelsen, "Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie"⁵⁷, en el que distingue claramente en el hombre dos parcelas: el hombre como creyente ("als gläubiger Mensch") y como jurista ("als Jurist").

3.1.2. *La relación entre el Derecho y la Moral: sistemas dinámicos y estáticos*

Sin pretensiones exhaustivas, por lo que se refiere al tema de la relación entre el Derecho y la Moral en el tema concreto de la vali-

57. KELSEN, H., "Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie? Antwort auf Dr. Albert Volanthen, zu Hans Kelsen Anschauung über die Rechtsnorm", en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XVI (1966), nums 3-4.

dez, hay que señalar que ambos se sitúan, al menos en una concepción positivista, como esferas paralelas una de la otra. El Derecho no se halla necesitado de la Moral para fundar su validez. La Moral no se sitúa en la cúspide del Derecho. No iríamos ascendiendo de norma en norma hasta llegar a la última norma jurídica y de ésta nos elevaríamos a la Moral. En materia de validez, repetimos, el Derecho y la Moral funcionan como esferas contiguas y no superpuestas. Esto se ve en el paralelismo de las notas diferenciales de una y otro, la Moral y el Derecho. La primera es unilateral, autónoma y no coactiva, se refiere a los motivos internos del actuar, al fin último del hombre, a la bondad, y sus normas son categóricas. Por el contrario, el Derecho es bilateral, heterónomo y coactivo, se refiere a los actos externos del ciudadano, al fin temporal del hombre, a la justicia, y sus normas son hipotéticas.

De todos modos, que sean compartimentos distintos no significa que no se relacionen. Así, todo acto social que, como tal, cae en la esfera del Derecho, es al mismo tiempo un acto humano y, en cuanto tal, susceptible de ser regulado moralmente. El hombre es sólo uno. Lo que pasa es que en él confluyen dos dimensiones: la jurídica y la moral. Los actos inmorales, aunque no se pueden prohibir coactivamente, tampoco puede exigirse su comisión con fuerza vinculante. Son esferas autónomas.

La relación entre el Derecho y la Moral en materia de validez está en conexión con la distinción existente en la Teoría del Derecho, entre los sistemas estáticos y los dinámicos. Para ver en qué consiste esta relación hay que partir del concepto de sistema, como conjunto de preceptos unidos entre sí como un todo unitario, con una estructura y organización unitaria.

Los sistemas estáticos, propios, según Kelsen, de los ordenamientos morales, son aquellos en los que las normas derivan unas de otras en virtud de su "contenido", de aquello que prescriben, a través de una operación intelectual de inferencia lógica de lo particular a lo general. Así, por ejemplo, de los preceptos morales no mentir, no engañar, mantener las promesas, podemos extraer la

norma moral más genérica según la cual se debe ser sincero y de ésta, a su vez, aquella otra más general aún de que se debe amar al prójimo. También hay quien define los sistemas estáticos de normas como aquellos en los que no se pueden crear normas nuevas, por no haber una legislatura, un poder legislativo, de carácter moral.

Por su parte, los sistemas dinámicos son típicos, según Kelsen, de los ordenamientos jurídicos, del Derecho. A diferencia de los anteriores, son aquellos cuyas normas están unidas entre sí, no en virtud de su contenido material, sino formalmente, porque emanan del sujeto competente y en la forma establecida por una norma superior y así nos iríamos remontando de norma en norma hasta llegar a una última norma, base de validez de todo el sistema. Un ejemplo de sistema dinámico sería la prescripción "vete al colegio" dada por un padre a su hijo, que descansa en la ley más general que autoriza a los padres, como titulares de la patria potestad, a dar órdenes a los hijos, y ésta, a su vez, en la autorización dada por la Constitución al Parlamento para dictar leyes⁵⁸.

3.1.3. *La relación entre el derecho natural y el derecho positivo: sistemas deductivos e inductivos*

Antes de nada hay que recordar las nociones de Derecho natural y Derecho positivo. Entendemos por Derecho positivo el válido aquí y ahora, en determinado momento histórico y lugar. Por el contrario, el Derecho natural sería aquél existente en cualquier época y nación. Se trataría de un Derecho atemporal y no histórico. A lo largo del tiempo sí han variado, sin embargo, las concepciones

58. Frente a estos planteamientos hay autores, como François Ost en Bélgica, que señalan que la estructura del Derecho y la Moral no es lineal o jerárquica, sino circular, llena de múltiples cruces e interacciones entre sí.

del mismo, según dónde se pusiese la instancia última de la justicia, es decir, según qué realidad o entidad colocásemos en la cúspide de una imaginaria pirámide iusnaturalista. A este respecto podrían distinguirse tres tipos de justicia que, teniendo en cuenta el orden histórico en que se han sucedido, podríamos enumerar como justicia natural, justicia religiosa y justicia racionalista. La primera corresponde a la Antigüedad clásica, la segunda es propia de la Edad Media y la tercera es predicable del Racionalismo filosófico.

En la Filosofía antigua existió un primer período que podríamos denominar cosmológico, en el que los filósofos se preocupaban principalmente de la naturaleza de las cosas y de la formación del cosmos⁵⁹. Es ésta una etapa mítica⁶⁰. A su vez, en el período cosmológico se puede distinguir un primer momento, en el cual los filósofos indagaban sobre el principio de las cosas, bien sea el principio material del que todo está hecho (milesios), bien el principio formal que a cada cosa le hace ser lo que es (pitagóricos)⁶¹. Pues bien, de esta idea de principio, de logos, de razón del ser, de naturaleza de las cosas es de donde proceden todos los entes, entre ellos las creaciones culturales, como el Derecho natural, presupuesto de las leyes positivas.

En el período de oscurantismo que dominó en la Edad Media la cultura queda depositada en los monasterios. De ahí la influencia de las creencias religiosas, más en concreto de la difusión del cristianismo, como eje de la cultura, así como del Derecho natural.

59. A este período sucederá una etapa "antropológica" en la que la consideración filosófica se centra en el "hombre", sus actividades y su destino: MINDÁN MANERO, M., *Historia de la Filosofía y de las Ciencias*, Anaya, Madrid, 1964, pp. 7 y ss.

60. CASSIRER, E., *El mito del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 64-73.

61. Ese principio de la Escuela pitagórica será el número como principio formal de cada cosa y en la Escuela de Mileto, que buscó el principio material común a todas las cosas, será el agua (Tales), el "apeiron" o lo infinito (Anaximandro), o el aire (Anaximenes).

Los Padres de la Iglesia tomaron del Decálogo y del Evangelio los principios supremos del Derecho natural⁶². Así como en la Grecia clásica la idea última de justicia descansaba en la Naturaleza, con la Patrística y la Escolástica la misma radica en el credo religioso.

Posteriormente, el Racionalismo, como doctrina que surge en el continente europeo frente al Empirismo del área anglosajona, pone como centro y culminación de todos los campos, entre ellos el Derecho natural, la razón, frente a la experiencia sensible y la fe anteriormente dominantes. El Iusnaturalismo racionalista, frente al oscurantismo medieval, va unido al Iluminismo o siglo de las luces y a la Ilustración⁶³.

De lo dicho se deduce cómo también el Derecho natural se puede concebir en forma de pirámide normativa, en cuya cúspide se hallarían las ideas de naturaleza, divinidad o razón, como fuentes o fundamentos generadores de la validez de ese Derecho natural y, especialmente, del Derecho positivo.

Vistos ya los conceptos de Derecho natural y Derecho positivo, a continuación vamos a referirnos a la relación entre ambos⁶⁴.

62. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1980, 9ª ed. corregida y aumentada, p. 28.

63. Los orígenes de este Derecho natural racionalista pueden encontrarse en Grocio y su Derecho natural y de gentes. Como teorías sistemáticas de este nuevo Derecho natural destacan las ideas del estado de naturaleza de Hobbes, Spinoza y Pufendorf.

64. CASTIGNONE, S., "Il problema della validità nelle dottrine giusnaturalistiche e giuspositivistiche", en CASTIGNONE, S.; TARELLO, G., *Introduzione Teorica allo Studio del Diritto. Lezioni*, Ecig, Genova, 1979, pp. 164 y ss., distingue el Derecho positivo del Derecho natural en base a diversos factores: "1) Sobre todo, el proceso histórico de la codificación del Derecho positivo y, por tanto, de la progresiva unificación de éste y sus fuentes en la sola voluntad del soberano (y sucesivamente del Parlamento), con la consiguiente exclusión a la equidad, a la justicia, al Derecho natural..., 2) La crisis del racionalismo ético, esto es, de la convicción de que sea posible el conocimiento (y para algunos también la existencia) de valores objetivos". Por su parte ROSS, A., "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, IV, pp.

Caben varias posibilidades⁶⁵. En primer lugar pueden adoptarse o una postura moderada o una actitud extrema. Es una posición moderada aquella que reconoce el dualismo jurídico, es decir la existencia junto al Derecho positivo del Derecho natural. Son posturas extremas, por el contrario, aquellas partidarias del monismo jurídico, así el Iusnaturalismo extremo –sólo existe y todo lo que existe es Derecho natural– y el Positivismo estricto –sólo existe y todo lo que existe es Derecho positivo–.

Un ejemplo de Positivismo moderado lo tenemos en la concepción de Hart de la necesaria existencia de un “contenido mínimo de Derecho natural” en el Derecho positivo. Dicho contenido sería la proscripción del uso de la violencia sobre las personas, exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las promesas, y la prohibición de destruir cosas o de apoderarse de ellas en perjuicio de otros. Hart se pregunta qué ocurriría con las normas inicuas, es decir aquellas que vulneran estos contenidos mínimos de Derecho natural. La respuesta para este autor no sería afirmar que el Derecho inmoral no es Derecho, sino que es Derecho, pero inmoral. Dice Hart: “El Derecho no es la Moral; no permitamos que la reemplace”⁶⁶. Lo que sí ocurriría en los casos de Derecho inmoral sería más que la negación de su carácter jurídico, la destrucción de la obligación del ciudadano de obedecerlo. El Derecho inmoral es un Derecho frente al cual tenemos un derecho de resistencia.

47-93, esp. p. 93 “diferencia entre el Iusnaturalismo y el cuasipositivismo, que son las dos formas de pensamiento iusnaturalista. La primera que atribuye una validez supraempírica a algunas normas porque encarnan determinados valores últimos; la otra que atribuye la misma validez supraempírica a las normas, por el mero hecho de su vigor o positividad”.

65. Al respecto MACIÁ MANSO, Ramón, *Problemas de Derecho natural. Disertación crítica*, Universidad, Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1976, pp. 3-41, esp. pp. 46-47.

66. HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la Moral”, en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962. Trad. cast. de G. R. Carrió, p. 45.

Por otro lado, hoy en día, como señala Ramos Pascua, se habla de la disolución o superación de la tradicional y vieja controversia entre positivistas e iusnaturalistas. Dice este autor: "El positivismo jurídico atraviesa una crisis profunda, con la particularidad, en relación a otras épocas (pues en puridad siempre ha estado en crisis) de que ahora existen poderosas construcciones teóricas alternativas..."⁶⁷.

A su vez, dentro de las concepciones moderadas, es decir aquellas que reconocen el dualismo jurídico, hay que distinguir según estemos ante un Iusnaturalismo moderado o ante un Positivismo moderado. El primero supondría la subordinación del Derecho positivo al Derecho natural, mientras que el segundo implicaría la jerarquía inversa, supeditando el Derecho natural al positivo. En realidad, ya se de una u otra jerarquía u orden, lo cierto es que el Positivismo tiene una estructura de sistema inductivo, mientras que el Iusnaturalismo es más bien un sistema deductivo.

Sistema inductivo es aquél cuyas normas proceden por generalización o abstracción a partir de casos particulares, extrayendo

67. En esta línea, NINO, Carlos Santiago, *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 172-173 y 209, afirma que "si no todos los positivistas (así Bentham) niegan la posibilidad de una demostración racional e intersubjetiva de los juicios de valor acerca de las reglas y principios que el Estado debe reconocer, y si los antipositivistas serios (así Dworkin) no niegan la factibilidad y relevancia de una descripción valorativamente neutra de las reglas y principios que, de hecho, son reconocidos por el Estado, la controversia entre ellos no versa sobre cuestiones de más profundidad filosófica que el mero reconocimiento de que hay varias alternativas legítimas para definir el Derecho". Carrió, por el contrario, objeta al intento de conciliar el positivismo y el iusnaturalismo que uno defiende un concepto "descriptivo" de Derecho y el otro un concepto "normativo" del mismo. Además, dice RAMOS PASCUA, J. A., *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configurar el Derecho como sistema normativo autónomo*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 233, que es posible objetar que se llegara a crear una comunidad supranacional con un Derecho común "reproduciéndose así la misma situación que hasta ahora correspondía a cada Estado singular, con lo que el positivismo jurídico volvería a cobrar pleno sentido y vigor".

sus notas esenciales o comunes. De varias especies nos elevamos formando familias o géneros, cada vez más amplios. Este orden es el propio de la concepción positivista y la Escuela Histórica del Derecho. En estos sistemas inductivos se va de lo menos a lo más. Un ejemplo de esto sería si de los hechos Juan es inteligente, Pedro es inteligente, María es inteligente, etc, obtenemos la norma general según la cual el ser humano es inteligente.

Por el contrario, un sistema deductivo es aquél en el que las normas proceden por concreción a partir de unas premisas (premisa mayor y premisa menor) hasta llegar a una conclusión cuya verdad está suficientemente garantizada. En el ejemplo visto procederíamos del siguiente modo: Premisa mayor: el ser humano es inteligente; premisa menor: María es un ser humano; conclusión: María es inteligente. Este tipo de sistemas es el propio de la concepción iusnaturalista o filosófica del Derecho. En ellos se va de lo más amplio a lo más concreto.

3.1.4. *La relación entre el Derecho divino, el Derecho canónico, el Derecho natural y el Derecho positivo*

Tomamos como paradigma el Derecho canónico, pero hecha la salvedad de que lo mismo podría predicarse respecto del Derecho positivo de cualquier otra confesión religiosa reconocida por el Estado, en virtud del principio de libertad religiosa, consagrado en el artículo 16 de la Constitución española de 1978. El Derecho canónico es el ordenamiento jurídico de la Iglesia católica. En cuanto a su relación con el ordenamiento jurídico estatal o, lo que es lo mismo, con el Derecho positivo laico, la cuestión varía según adoptemos la óptica canonista o la del ordenamiento jurídico del Estado.

Desde la perspectiva canonista, el Derecho canónico está por encima del estatal, porque deriva su validez de un poder espiritual superior a los poderes puramente mundanos. Desde el punto de vis-

ta del ordenamiento jurídico estatal caben tres posibilidades: la supremacía del Derecho canónico, su paridad con el Derecho estatal, o su inferioridad respecto a éste. La primera postura es mantenida en los Estados teocráticos, por ejemplo en los Estados Pontificios. La igualdad de ambos órdenes es sostenida cuando el Estado reconoce la recíproca independencia de los poderes, cada uno en su orden, en relación con la denominada "teoría de las dos espadas", que separaba la esfera civil y la religiosa en base a la máxima "dad al Cesar lo que es del Cesar y a Dios lo que es de Dios". La inferioridad del Derecho canónico respecto al estatal se produce cuando las actividades religiosas se regulan por el Derecho común.

Visto ya un poco el tema del Derecho canónico, pasamos a ocuparnos del Derecho divino. Tal como en líneas anteriores hemos descrito el Derecho natural, especialmente en su vertiente religiosa medieval, podría ahora surgirnos la duda de si el Derecho divino no es sino un tipo histórico de Derecho natural. La respuesta es que aunque ambos tienen en común el que sus preceptos proceden de la revelación a partir de una instancia superior, la divinidad, sin embargo, su contenido es en un caso, el Derecho divino, religioso y en otro, el Derecho natural, jurídico. Podríamos decir que el Derecho divino haría el mismo papel respecto al Derecho canónico —y al Derecho en general de cualquier religión (islámico...)—, que el Derecho natural hace respecto a los distintos Derechos positivos de carácter laico. El Derecho divino, al igual que el Derecho natural, es uno e inmutable, frente a la pluralidad y contenido cambiantes del Derecho de las diferentes confesiones religiosas y a los Derechos positivos de los diversos Estados. Así pues, del mismo modo que en la esfera laica el Derecho natural se superpone al Derecho positivo, en la esfera religiosa el Derecho divino se superpone al Derecho canónico.

Vista ya su naturaleza separada y con función paralela a la del Derecho natural, es preciso rechazar que en materia de validez el Derecho divino se superponga al Derecho natural, al modo que éste lo haría al Derecho positivo para un iusnaturalista, y la cadena

de validez pase del Derecho natural al Derecho divino. Parece más lógico concebirlo con una estructura en materia de validez similar a la del Derecho natural. Así dice Kelsen⁶⁸ respecto al Derecho divino que en la religión católica existe una norma positiva en la "Epístola a los Romanos" de San Pablo en la que se dice que "todos han de estar sometidos a las autoridades superiores, pues no hay autoridad sino bajo Dios; y las que hay por Dios han sido establecidas, de suerte que quien resiste a la autoridad resiste a la disposición de Dios y los que la resisten atraen sobre sí la condenación"⁶⁹. Las palabras de San Pablo significan que los hombres deben someterse al Derecho positivo (se entiende que al canónico), porque deben obedecer los mandatos de Dios y Dios ha ordenado obedecer ese Derecho positivo.

En consecuencia, es imposible que la norma de la que procede la Epístola a los Romanos, según la cual los hombres tienen el deber de someterse a los mandamientos de Dios, sea enunciada por una autoridad. La misma no puede ser sino presupuesta por la Teología, de la cual es la hipótesis metafísica, la norma fundamental. Ocurre lo mismo que con el Derecho natural en la hipótesis según la cual los hombres deben someterse a las órdenes de la naturaleza. Esta norma no puede ser enunciada por la naturaleza. No puede ser sino presupuesta por la doctrina del Derecho natural. Según ambas doctrinas, el Derecho positivo no posee ningún elemento de validez intrínseca. Es la validez del orden divino o del natural la que es objeto verdadero de ambas. Y el fundamento de esta validez es para estas dos teorías una norma fundamental, no dada por la autoridad del orden divino o natural, sino presupuesta

68. KELSEN, H., "Quel est le fondément de la validité du Droit ?", en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique* (1956), p. 164. Hay trad. it. de Arangio-Ruiz, G., "Il fondamento della validità del Diritto", en *Rivista di Diritto Internazionale*, XL (1957), pp. 497-511.

69. Epístola de San Pablo a los Romanos 13, v. 1-3, que sería la primera Constitución positiva histórica en el orden religioso.

como hipótesis. La estructura es, pues, paralela en la validez del Derecho positivo y del Derecho natural, por un lado, y del Derecho canónico como Derecho positivo y el Derecho divino, por otro: una última constitución material –Epístola a los Romanos de San Pablo– y una norma fundamental.

Aparte del Derecho canónico, en la religión católica se encuentra el Derecho hebreo, que es el Derecho del pueblo judío plasmado en el Antiguo Testamento⁷⁰. Dicho Derecho no tiene un contenido limitado al ámbito jurídico, como el Derecho positivo, ni al religioso, al modo del Derecho divino, sino que comprende todas las normas en el sentido más amplio. Tiene origen en la divinidad. Es el Derecho dado por Dios en el Monte Sinaí. Pero, aunque está basado en la revelación, se considera cambiante. Es esta mutabilidad la que lo distingue radicalmente del tradicional Derecho divino no hebreo, así como del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII. Si la creación legal del Sinaí se acepta como un hecho histórico, entonces este acontecimiento se convierte en lo que Kelsen llamó la primera Constitución histórica y la norma básica al modo kelseniano se enunciaría como: “Haz lo que Dios ha mandado en el Monte Sinaí”. Se ve así como en el Derecho hebreo la validez es de carácter mixto y “sui generis”. Se conjugan un fundamento positivista, que habla de primera constitución histórica, y un fundamento de Derecho divino, que lo basa en la divinidad.

Algo similar pasa con la validez en el Derecho canónico⁷¹. Éste, a diferencia del Derecho hebreo, no está basado sobre el Antiguo Testamento sino sobre el Nuevo. Es, como aquél, Derecho positivo y, por tanto, con una primera Constitución escrita. Ya no es lo que Dios dijo a Moisés en el Monte Sinaí sino el legado de Cristo a los apóstoles, más en concreto a Pedro cuando le dijo: “Tu erés Pedro

70. Sobre el tema seguimos a BONDY, O., “The Validity Problem in Hebrew Law”, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, LIV/2 (1968), pp. 217-232.

71. MCSORLEY, H., “Determining the ‘Validity’”, en *The Jurist*, 41 (1981), p. 397.

y sobre esta piedra edificaré mi Iglesia". A su vez, esta primera constitución se basa en la norma básica fundamental, presupuesta por el Derecho divino, del deber de obedecer a Dios, si bien aquí no se trata de la obediencia a Dios Padre, sino a Dios Hijo.

4. LA COEXISTENCIA COMO JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO EN COTTA

4.1. *Fundamentos rechazados*

Una de las principales doctrinas iusnaturalistas de la validez es la del recientemente fallecido Catedrático de la Universidad "La Sapienza", Sergio Cotta. Lo hasta aquí expuesto nos servirá para comprender mejor su pensamiento y su obra. Cuando Cotta⁷² habla de fundamento de la validez se está refiriendo a la justificación, al nivel de los valores. Por el contrario, la ciencia positiva actual habría situado el objeto primario de la investigación en el ordenamiento jurídico. Se haría necesario averiguar, dice Cotta, si en verdad la pertenencia formal de la norma al ordenamiento basta para establecer su obligatoriedad, permitiéndonos así prescindir, desde el punto de vista jurídico, de su justificación. Esta autosuficiencia a la hora de fundar la validez no está clara en el positivismo. Como dice Vittorio Mathieu, al no poder el ordenamiento validar con operaciones formales su propia sustitución

72. Fundamentalmente en COTTA, Sergio, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, Ceura, Madrid, 1987, cuyo apéndice fue la relación introductoria al Simposio internacional sobre "La fundamentación metafísica del Derecho", celebrado en la Universidad de Navarra los días 6 y 7 de febrero de 1981, publicado en la *RIFD* (1981), pp. 256-267. COTTA, Sergio, *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, EUNSA, Pamplona, 1987, pp. 163-181. MARTÍNEZ MUÑOZ, J. A., *Ontofenomenología del Derecho en la obra de Sergio Cotta*, Tesis doctoral dirigida por José Iturmendi Morales, Madrid, 1989, esp. pp. 324-335. WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Problems of Objective Validity of Norms", en *Rechtstheorie*, 14, 1 (1983), pp. 19-28.

total o parcial y procesalmente correcta, no está en condiciones de auto-justificarse. Sería un círculo vicioso, como la afirmación de Epiménides el cretense de que “todos los cretenses son mentirosos”. Al ser él cretense ¿sería ésta ya una mentira? A juicio de Cotta, en el fundamento positivista de la validez existiría siempre una norma “talón de Aquiles”, punto débil, que no podría validarse a sí misma.

Rechaza asimismo Cotta como fundamento de la validez el propuesto por el realismo, que explicaría la obediencia al ordenamiento, pero no su obligatoriedad. Además, no se podría hablar de obediencia de los jueces a la norma, pues para los realistas la norma no sería sino la propia decisión del juez. Sería una incongruencia.

Igualmente encuentra Cotta objeciones al fundamento de la obligatoriedad del Derecho en la “autoridad”. Estas serían que dicha justificación obliga sólo a quien cree en esa autoridad.

Tampoco sería aceptable, a juicio de nuestro autor, la obligatoriedad derivada de la ideología, por la misma razón de valer únicamente para quien la comparte, aun cuando entendamos por ideología una representación neutral del mundo o “Weltanschauung” y no, en el sentido marxista peyorativo, una conciencia falsa y deformada de la realidad. Además, antes de la verificación del éxito de una ideología no hay más que una presunción o expectativa de justificación, una especie de “ya veremos”. Sólo “a posteriori”, cuando la ideología ha sido puesta en práctica, podemos constatar como un dato su éxito o su fracaso.

4.2. *Fundamentos defendidos*

Una vez desechadas las anteriores justificaciones de la validez, Cotta formula los requisitos que para él ha de satisfacer toda justificación que se precie de tal: I) El comportamiento prescrito debe ser realmente posible; II) Debe traspasar el nivel de la simple

verificación de la eficacia de la norma; III) Debe no reenviar a premisas no justificadas y no justificables; IV) Debe valer para todos los miembros del mismo universo lógico; V) El comportamiento prescrito positiva o negativamente debe ser aprobable.

Así planteada, la justificación de las normas se pone en relación con la cuestión del Derecho natural⁷³. El Derecho natural vendría a ser un deber ser metapositivo de utilidad explicativa del Derecho positivo. Así, por ejemplo, respecto a la noción de derechos fundamentales del hombre, el iuspositivista no puede presentarlos más que como relativamente fundamentales, ya que en buena técnica positivista no pueden tener otro fundamento que la Constitución o un Tratado internacional y éstos pueden ser modificados o sustituidos. Es así necesario el complemento del Derecho natural.

Pero Cotta no se contenta con la alusión clásica al Derecho natural como justificación, aunque tampoco la excluye. A la hora de justificar las normas en términos de verdad distingue entre una justificación relativa y una justificación absoluta. La primera sería válida para un universo lógico muy extenso, pero no universal: Todos los comportamientos indispensables para el existir del Estado serían obligatorios para los ciudadanos. Pero ¿qué pasaría con los extranjeros o con aquellos ciudadanos que no consideren

73. Tema especialmente tratado en COTTA, Sergio, "Diritto Naturale" y "Giusnaturalismo", voces en la *Enciclopedia del Diritto*, vols. XII y XIX, Giuffrè, Milano. ID., "Diritto naturale e diritto positivo", en *Iustitia* (1962). (Recoge la lección inaugural del año académico 1961-1962 de la Universidad de Trieste). ID., "Diritto naturale, ideale o vigente?", en *Rivista di Diritto Civile*, noviembre-diciembre (1989), pp. 639 y ss. ID., "Il Diritto come sistema di valori", en *Iustitia* (1977), pp. 273- 285. (Recoge la ponencia a la "Troisième conference européenne des Facultés de Droit" organizada por el Consejo de Europa [Estrasburgo, 17-19 de abril de 1974]). ID., "Le problème de la justification scientifique des normes". Relazione al XVI Congresso Mondiale di Filosofia. Düsseldorf. 1978, publicado en la *RIFD*, n° LVI (1979). ID., "Per un riesame delle nozioni di giusnaturalismo e Diritto naturale", en la *RIFD* n° 4 (1988). ID., "Six Thèses sur les rapports entre droit naturel et droit positif". Ponencia al IX Congreso Mundial de Filosofía jurídica y social, Basilea, 1979, en *Persona y Derecho*, Pamplona, 1981.

el Estado como el horizonte existencial último? Es como las promesas, obligan, pero sólo a quien entra en el juego de hacerlas. Por ello se hace precisa la justificación absoluta. Se trataría de una justificación real, no posible; ontológica, no empírica; y universal, no particular. Abarcaría a todos los hombres. En este sentido, dice Cotta, la felicidad es el único fin de hecho universalmente común a todos ellos. Pero, añade, "del hecho real de que todos los hombres desean y buscan la felicidad no es correcto inferir que la felicidad sea éticamente aprobable". Si así fuera, se daría plena coincidencia entre hecho y valor, entre ser y deber ser, es decir, se caería en la falacia naturalista. Además, las felicidades personales no coinciden. Varían de persona a persona. Al igual que el deseo de supervivencia, el deseo de felicidad concierne a la propia persona, por lo que es referible a la existencia individual y no a la coexistencia.

Por eso Cotta prefiere como justificación el enunciado teórico del "respeto al inocente", pues éste es a la vez necesario para que se dé la existencia humana y carente de incompatibilidades y, por tanto, universalizable. Además, el respeto al inocente no es necesario solamente para la existencia individual, sino también para la coexistencia. De tal manera que este enunciado, si es verdad, podría proporcionar una justificación adecuada y objetiva de la norma correspondiente "todos deben respetar al inocente", norma que no es superflua, dada la verdad del enunciado teórico, ya que el comportamiento opuesto sigue siendo posible en el terreno de los hechos. La incontaminación del plano de los hechos con el del deber ser se garantizaría también aquí porque en toda cultura se atribuye valor a ese respeto, considerándosele un deber y no un hecho.

Es más, Cotta supera la dicotomía clásica entre el ser y el deber ser por la triple relación ser-existencia-deber ser. La "existencia" puede definirse de modo sintético como vivir la posibilidad, siendo en realidad, más que un existir ("Dasein"), un coexistir ("Mit-dasein"). Es en esta coexistencia donde radica la justificación ob-

jetiva del Derecho, que verifica todos los requisitos exigidos para ella. El respeto al inocente descansaría así en la idea de "coexistencia" como justificación última del Derecho.

Esta es nuestra humilde contribución a modo de adiós al respetado maestro Sergio Cotta.

Copyright of *Persona y Derecho* is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.