



SOBRE LA NOCIÓN DE VALIDEZ DEL DERECHO...

Carlos Franco Castellanos

Alumno Ayudante de *Teoría General del Estado y del Derecho*

Universidad Agraria de La Habana
Cuba

cfranco@nauta.cu

Resumen:

El presente artículo, titulado: “*Sobre la noción de validez del Derecho...*”, aborda una polémica que no ha dejado de tener vaivenes entre los profesionales del Derecho y, muy especialmente, entre aquellos que se dedican a la noble labor de enseñar Filosofía y Teoría en nuestras Facultades de Derecho. De tal suerte que el principal objetivo de este artículo sea realizar un análisis teórico-doctrinal acerca de la noción de validez y cómo esta se relaciona con la eficacia. Así entonces, se muestran las diferentes concepciones teóricas que en torno a la noción de validez han sido esgrimidas, sus representantes y posibles fundamentos, lo cual dota a este artículo de una sólida y vasta base doctrinal. Por su parte, se realiza un profundo estudio *iusfilosófico* en pos de establecer las relaciones que existen entre la validez y la eficacia desde la perspectiva de la norma jurídica y el Ordenamiento Jurídico.

Palabras clave: validez, eficacia, norma jurídica, Ordenamiento Jurídico

Abstract:

It is presented an article entitled: “*About the concept of validity of Law...*”, that deals with a difficult problem still unsolved by Law professionals and mainly, those who have dedicated their lives to teach Philosophy and Theory in our Law Schools. So, as for the objective, it is to analyze the different positions assumed to define the concept of validity and how it is related with efficacy. In order to fulfill that goal, it is showed different theoretical positions related with validity, their leaders and possible backgrounds, aspects that make this article interesting and scientific at the same time. Moreover, it is intended to set out relations between validity and efficacy from the perspective of the juridical norm and the Juridical System.

Key words: validity, efficacy, juridical norm, Juridical System

Sumario:

I. Introducción II. La noción de validez y sus fundamentos 2.1. Posiciones doctrinales en torno a la noción de validez 2.2. Fundamentos de la validez **III. Validez y Eficacia: ¿relación?** 3.1. Desde la perspectiva de la norma jurídica 3.2. Desde la perspectiva del Ordenamiento Jurídico **IV. Consideraciones *ad finem***

*"(...) El problema de la validez del Derecho o, si se prefiere de las normas jurídicas, es una cuestión que revolotea, como pájaro asustado, por todas las esferas del pensamiento jurídico (...)"*¹
M. E. MAYER

I. Introducción

En la actualidad, resulta tarea harto difícil realizar un estudio teórico-doctrinal acerca de la noción de validez y, establecer su relación con la eficacia, en tanto, categorías que se hayan matizadas por factores socio-históricos, ideológicos, culturales e, incluso, *iustificativos*. Así entonces, el tema en cuestión ha sido objeto de calurosas disquisiciones no solo en el orden académico, sino también en el orden práctico.

Lo antes expuesto, refuerza la idea de que en ocasiones se ha hablado del "problema del problema de la validez".² ¿Qué quiere decir un jurista cuando afirma que una norma jurídica o un orden jurídico son válidos? ¿Y que son eficaces? ¿En qué se fundamenta la validez de las normas? ¿Existe alguna conexión entre la eficacia de las normas y su validez? En este artículo, se pretende ahondar sobre estas cuestiones desde dos ángulos: en un primer lugar, se ofrecerán unas pinceladas acerca de la noción de validez y sus diferentes fundamentos y, en un segundo lugar, se analizarán las principales relaciones entre validez y eficacia desde un doble enfoque positivista: desde el enfoque de la norma jurídica individualizada y el Ordenamiento Jurídico en su conjunto.

II. La noción de validez y sus fundamentos

2.1. Posiciones doctrinales en torno a la noción de validez

Como ya se ha señalado en líneas precedentes, la falta de un significado unívoco del término *validez* ha motivado arduos debates acerca de la existencia de un único concepto o, por el contrario, de la existencia de conceptos diversos.³ En cualquiera de los dos casos, la

¹ Cfr. MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A.: *Curso de teoría del Derecho*, en Capítulo 9: "La validez jurídica", Ed. Ariel, Barcelona, 1999, p. 141.

² Cfr. DELGADO PINTO, J.: "La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica", en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 193.

³ Por ejemplo, afirma FARIÑAS DULCE que la validez es un *concepto* complejo que refleja la complejidad del fenómeno jurídico. Esta complejidad habría dado lugar a diferentes criterios de validez, que en su mayoría caerían en posiciones reduccionistas. Cfr. FARIÑAS DULCE, M. J.: *El problema de la validez jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 36. Por el

respuesta a esta pregunta plantea inmediatamente la cuestión relativa a la definición de la noción de validez, lo que en muchas ocasiones no se ha solucionado por los autores de manera explícita.

A modo de ejemplificación, pudiera mencionarse a E. BULYGIN, quien distingue entre el *concepto normativo* y el *concepto descriptivo* de validez. Por demás, el primero de ellos asociaría la validez de las normas con su obligatoriedad o fuerza vinculante, es decir, debe ser obedecida y debidamente aplicada: es una prescripción. En cambio, el concepto descriptivo asociaría la validez con la pertenencia de las normas a un sistema jurídico o su aplicabilidad a una determinada situación y, aludiría a una proposición. En consecuencia, para BULYGIN, podrían distinguirse tres nociones diferentes de validez: uno normativo –fuerza vinculante- y dos descriptivos –pertenencia y aplicabilidad.⁴

Sin embargo, en este artículo, se tomará como base la postura de J. DELGADO PINTO, manifiesta en su ensayo: *“La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica”*, donde se defiende la existencia de un concepto unitario de validez al que se le ha dado fundamento desde tres teorías distintas. Según DELGADO PINTO, la validez consiste en la *existencia* de una norma como jurídica en una sociedad determinada, que se manifiesta en su aptitud para producir aquí y ahora los efectos propios del Derecho,⁵ de ahí que señale: *“...se considera como válida a aquella que en una sociedad concreta produce actualmente los efectos propios del Derecho. [...] Según esto, la validez del Derecho significa su existencia actual, en cuanto que dicha existencia se manifiesta hic et nunc, en su aptitud para producir en la sociedad los efectos peculiares de las normas jurídicas”*.⁶

En tal sentido, lo que la existencia implique dependerá, según este autor, de la concepción que se mantenga con relación al carácter vinculante de las normas jurídicas. A este respecto, la doctrina había adoptado actitudes distintas: a) la de afirmar que las normas jurídicas vinculan *obligando moralmente* a cumplir lo que ellas determinan; b) la de reconocer una fuerza vinculante del Derecho distinta de la obligación moral, esto es, un *deber jurídico*; o c) la

contrario, WRÓBLEWSKI sostiene la *existencia* de tres conceptos diferentes de validez: la validez sistemática, la validez fáctica y la validez axiológica. Cfr. WRÓBLEWSKI, J.: *“Tre concetti di validità”*, *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, No. 36, 1982, pp. 584-595.

⁴ Cfr. ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 195-196.

⁵ Cfr. BOBBIO, N.: *Teoría general del Derecho*, trad. de J. GUERRERO, Ed. Temis, Bogotá, 2005, p. 34.

⁶ Cfr. DELGADO PINTO, J.: *“La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica”*, *ob. cit.*, pp. 231-232. Sin embargo, nótese que en su posterior trabajo: *“Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas”*, DELGADO PINTO realizó una distinción entre los conceptos de validez y vigencia, que antes aparecían entremezclados como aspectos de un mismo fenómeno: así, por validez entendió “la cualidad o *status* de aquellas normas que reúnen los requisitos establecidos en otra norma vigente dentro de un cierto orden jurídico”, mientras que una norma vigente será “una norma que existe actualmente como tal en una sociedad determinada”. Cfr. DELGADO PINTO, J.: *“Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas”*, *Doxa*, No. 7, 1990, pp. 101-102. Según RAMOS PASCUA, el cambio es eminentemente formal o terminológico: lo que anteriormente DELGADO PINTO denominaba validez, ahora lo denomina vigencia, pasando a utilizar el término validez para designar la cualidad de las normas que siguen la vía ordinaria para adquirir vigencia en un orden jurídico, esto es, la vía de la legalidad en su creación. Cfr. RAMOS PASCUA, J. A.: *“Validez y obligatoriedad del Derecho en la obra de J. Delgado Pinto”*, en J. A. RAMOS PASCUA y M. A. RODILLA GONZÁLEZ: *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, p. 1238.

de rechazar la fuerza vinculante como residuo de una concepción *mágica o metafísica* del Derecho.⁷

Por otro lado, se dice que una norma es *eficaz* cuando lo dispuesto en ella se cumple por sus destinatarios –ya sean los ciudadanos o los poderes públicos- o, en caso de ser violada, la norma se hace valer con medios coercitivos por las autoridades que la han impuesto.⁸

2.2. Fundamentos de la validez

Una vez abordados estos conceptos, DELGADO PINTO afirma que el problema del fundamento de la validez –esto es, qué fundamento se considera suficiente para sostener la validez de una norma jurídica y, con base en qué criterios puede decidirse sobre tal fundamento- ha sido tratado desde tres teorías,⁹ las cuales se ofrecen a continuación:

- ✓ La teoría que considera que el fundamento de la validez de una norma se encuentra en que haya sido creada conforme a lo dispuesto en otra u otras normas superiores, es decir, que se trate de una norma perteneciente al sistema jurídico. Entre sus representantes, se podría destacar a *iuspositivistas* como: H. Kelsen, H. L. A. Hart, o G. Pecens-Barba.
- ✓ La teoría que sostiene que el fundamento de la validez no puede ser otro que la correspondencia de lo dispuesto en las normas jurídicas con el *comportamiento social efectivo*. Esta teoría ha sido sostenida, en una versión más radical, por el denominado “realismo americano” –representado por, entre otros, J. Frank o K. Llewellyn, con el juez O. W. Holmes en la vanguardia- y, en una versión moderada, por el “realismo escandinavo” –defendido por A. Hägerström, K. Olivecrona y A. Ross.
- ✓ Finalmente, la teoría para la que la validez de las normas jurídicas puede fundarse en que representen la realización de principios o valores éticos de carácter *extrasistemático*. Esta es propia del *iusnaturalismo* jurídico, pero también ha sido defendida por algunos representantes de la corriente neoconstitucionalista, como: R. Dworkin.

En las siguientes líneas, siguiendo una terminología similar a la señalada por Wróblewski,¹⁰ se denominará a estas teorías de la validez como: *teoría sistemática*, *teoría fáctica* y *teoría axiológica* respectivamente.

a) Teoría sistemática de la validez

Esta teoría, tal cual indica su nombre, vincula estrechamente la validez jurídica con la idea de *sistema jurídico* –esto es, un conjunto de normas conectadas entre sí mediante relaciones de dependencia y, cuyos rasgos son la unidad, la coherencia y la plenitud. Tanto es así, que se afirma que una norma es válida cuando reúne los requisitos de *pertenencia* al sistema

⁷ Cfr. Delgado Pinto, J.: “La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica”, *ob. cit.*, p. 233.

⁸ Cfr. Bobbio, N.: *Teoría general del Derecho*, *cit.*, p. 35. Bobbio distingue además entre *eficacia* y *efectividad*, si bien se trataría de conceptos correlativos: la eficacia es a la norma lo que la efectividad es al poder. Así, “Poder efectivo es el poder que consigue obtener el resultado propuesto”. Cfr. Bobbio, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Ed. Debate, Madrid, 1990, p. 304.

⁹ Cfr. Delgado Pinto, J.: “La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica”, *ob. cit.*, pp. 233-234.

¹⁰ Cfr. Wróblewski, J.: “Tre concetti di validità”, *cit.*, p. 586.

jurídico.¹¹ En consecuencia, los defensores de esta teoría arguyen que la validez de las normas es independiente de su eficacia –con los matices que se analizarán más adelante- o de su adecuación a criterios de Justicia extrasistemáticos.

La pertenencia al sistema y las normas últimas:

¿Cómo se reúnen los requisitos de pertenencia al sistema jurídico? KELSEN concibe el sistema jurídico como una estructura gradual y jerárquica –a modo de pirámide- en la que *la validez de las normas* inferiores se justifica en las normas superiores hasta llegar a la última norma jurídico-positiva del sistema –por ejemplo, la Constitución-, que ya no puede fundar su validez en otra norma del sistema.¹² Para resolver el problema de la validez de esta última norma jurídico-positiva del sistema –que, en definitiva, constituye el problema de *la validez del propio sistema*-, KELSEN recurre a la “norma fundante básica” (*Grundnorm*), la cual se trata de una norma *hipotética*, cuya validez solo puede ser presupuesta, ya que la pureza metodológica impide a KELSEN recurrir a un “hecho” –una autoridad superior, esto es, el poder- para justificar un “deber ser”.¹³

Otros autores han recurrido de modo similar a reglas últimas que unifican el sistema y contienen los criterios de identificación de las normas que lo configuran –dotándolas así de validez. En tal sentido, H. L. A. HART habla de la “regla de reconocimiento” (*rule of recognition*)¹⁴ y G. PECES-BARBA de la “norma básica de identificación de normas”.¹⁵

Sin embargo, estas normas se diferencian notablemente de la *Grundnorm* de KELSEN en distintos rasgos, entre otros, en el hecho de que estas normas no puedan calificarse como hipotéticas sino que, por el contrario, se trata de normas *positivas*, que han sido de algún modo *puestas*: a) en el caso de la regla de reconocimiento de HART, se trata de una práctica social concordante en identificar el Derecho conforme a determinados criterios y, cuya existencia es una cuestión de hecho;¹⁶ b) respecto de la norma básica de identificación de

¹¹ Según criterio de PECES-BARBA, “La calificación de una norma como jurídica no deriva de que aisladamente considerada sea coactiva, contenga una sanción, sino de que ella se pueda insertar con arreglo a los criterios del Ordenamiento Jurídico, en el mismo, es decir, que una norma es calificada como jurídica si es válida”. Cfr. PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1983, p. 116.

¹² Nótese que KELSEN define la validez de las normas como su “existencia pacífica”, que se traduce en su obligatoriedad o fuerza vinculante. Cfr. KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. VERNENGO, Ed. Porrúa, Oncena Edición, México, 2000, pp. 23-24.

¹³ KELSEN afirma lo siguiente: “...la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito (...). Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*)”. *Ídem*, p. 202.

¹⁴ “Decir que una determinada regla es válida, es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema”. Cfr. HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. CARRÍO, Ed. Abeledo-Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina, 1963, p. 129. Nótese en cualquier caso que HART afirma que la validez es característica –aunque no exclusiva- de los enunciados internos, es decir, de aquellos enunciados que manifiestan el punto de vista interno de quien participa en el sistema y *acepta* la regla de reconocimiento.

¹⁵ Cfr. PECES-BARBA, G., et. al.: *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, España, 1999, p. 354.

¹⁶ Cfr. HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, cit., pp. 127

normas, se trata de la norma que cierra el sistema jurídico y que es sustentada por el poder, “hecho fundante básico”.¹⁷

En relación con estas normas últimas, resulta interesante la distinción entre normas de conducta y reglas conceptuales, propuesta por E. BULYGIN.¹⁸ Según criterio de este autor, la norma última sería una regla conceptual, necesaria para identificar las normas del sistema y, posteriormente, poder determinar los deberes que tales normas imponen. En cambio, conforme análisis de KELSEN y HART, la norma última sería, *prima facie*, una norma de conducta que estipularía la *obligación* de aplicar las normas que reúnan ciertas características y, de esta norma se deducirían los criterios de identificación de las normas. Así entonces, se podría decir que –para BULYGIN- el criterio de identificación (regla conceptual) precedería a las normas de conducta que establecen deberes, mientras que –para KELSEN y HART- el criterio de identificación se derivaría de una norma de conducta.¹⁹

Los criterios de validez:

Tomando en consideración lo antes expuesto, cabe preguntarse, ¿cuáles son los criterios de identificación de normas que determinan la validez de las normas del sistema? En este punto, se hace necesario recurrir nuevamente a la teoría de KELSEN y distinguir entre dos tipos de sistema: los sistemas dinámicos y los sistemas estáticos.²⁰

Para KELSEN, un *sistema estático* es aquel cuyo contenido de las normas puede ser deducido lógicamente de una norma superior –y, en última instancia, de la norma fundante básica– como lo particular de lo universal. En otras palabras, el fundamento de validez de las normas de un sistema estático remite a un contenido del que estas pueden deducirse.

En cambio, en un *sistema dinámico*, una norma será válida si ha sido creada conforme los cauces legalmente previstos por otra norma superior –y, en última instancia, de la norma fundante básica–, es decir, por la voluntad facultada y según el procedimiento estipulado en ella. Al decir de KELSEN, en un sistema dinámico, la norma fundante básica “...no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una *autoridad normadora* o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina *cómo deben producirse* las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica”.²¹

Siguiendo esta clasificación –orientada, según la doctrina clásica, a distinguir el Derecho de la moral–,²² KELSEN afirma que el sistema jurídico se caracteriza por tener *esencialmente un*

¹⁷ Cfr. PECES-BARBA, G., et. al.: *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 354-355. La norma básica de identificación de normas puede estar contenida, además de en la Constitución, en alguna otra norma distinta (por ejemplo, el título preliminar del Código Civil). Cfr. PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 126.

¹⁸ Para BULYGIN, las normas de conducta serían aquellas que establecen deberes y prohibiciones y, de ellas tendría sentido hablar de obediencia o desobediencia. Por el contrario, las reglas conceptuales se limitarían a definir un concepto, sin establecer deberes y prohibiciones y, las reacciones críticas por su no uso (o mal uso) reprocharían la ignorancia de la norma y no su desobediencia. Cfr. BULYGIN, E.: “*Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*”, *Doxa*, No. 9, 1991, p. 269.

¹⁹ *Ídem*, pp. 269-271.

²⁰ Cfr. KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 203-205.

²¹ *Ídem*, p. 204.

²² Cfr. CUENCA, P.: “*Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica*”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 25, España, 2008-2009, p. 212, se pronunció en contra de tal aseveración y, por tanto, defendió que la clásica distinción entre

carácter dinámico.²³ Para reforzar tal afirmación, señaló que: “El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo-lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello y, solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser Derecho”.²⁴

En consecuencia, la norma fundante básica establecería criterios de validez estrictamente formales. Sin embargo, esta posición de Kelsen ha sido cuestionada, entre otros, por H. L. A. Hart. Al respecto, Hart considera que la regla de reconocimiento es una norma compleja que, además de criterios formales de validez –i.e., autoridad normativa y procedimiento adecuado–, podría incluir también de manera *contingente* –pero no necesaria– *criterios materiales de validez*, que aludirían a la adecuación del contenido con determinados principios morales: “...en algunos sistemas jurídicos, como en los Estados Unidos, el criterio último de validez jurídica puede incorporar explícitamente junto al *pedigree* principios de justicia o valores morales sustantivos y, estos pueden constituir el contenido de restricciones constitucionales”.²⁵

El razonamiento de Hart, sumado a las críticas hacia el positivismo jurídico elaboradas por R. Dworkin, han dado pie a un controvertido debate en el seno de esta Escuela. Así, actualmente pueden distinguirse dos corrientes principales dentro del positivismo jurídico, que adoptan posturas distintas con respecto a los criterios de validez sistemática.

Por un lado, se encuentran los representantes del rebautizado como *positivismo jurídico excluyente*, entre los que se destacan, por ejemplo, J. Raz, E. Bulgin o S. Shapiro.²⁶ A grandes rasgos, esta corriente rechaza la admisión de criterios materiales de validez jurídica y afirma, por tanto, la exclusividad de los criterios formales de conformidad con una versión fuerte de la tesis positivista de las fuentes sociales del Derecho. Según esta versión, el origen del Derecho es necesariamente fáctico, esto es, una práctica social concordante: la regla de reconocimiento. Por su parte, Escudero Alday enuncia tal planteamiento del siguiente modo: “...las normas son válidas por su origen formal y no por una supuesta adecuación a ciertos

sistemas dinámicos y estáticos de Kelsen estaba realmente orientada a distinguir entre positivismo jurídico y *iusnaturalismo* respectivamente.

²³ Nótese que, según P. Cuenca, una interpretación rigurosa de Kelsen permite afirmar que las dimensiones formales de la validez jurídica no son las únicas presentes en el sistema, por lo que el contenido de las normas inferiores también podría estar determinado por las superiores. No obstante, en el último nivel posible del sistema, la norma fundante básica se caracterizaría exclusivamente por dimensiones formales. Cfr. Cuenca, P.: “La relación entre el Derecho y el Poder en la Teoría pura del Derecho de H. Kelsen”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 13, 2010, pp. 281-284.

²⁴ Cfr. Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 205.

²⁵ Cfr. Hart, H. L. A.: “*Postscript*”, *The Concept of Law: with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz*, Clarendon Press, Segunda Edición, Oxford, 1994, p. 247. En esta obra, Hart responde a las críticas que R. Dworkin plantea al positivismo jurídico en *Los derechos en serio* –que se analizarán más adelante–, si bien ya se había llegado a la misma conclusión en la primera edición de *El concepto de Derecho*. Para información adicional sobre el debate entre Hart y Dworkin, puede consultar: R. Jiménez Cano: *Una metateoría del positivismo jurídico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

²⁶ Esta corriente del positivismo, a pesar de su nueva etiqueta acuñada tras el comienzo de este debate, no es más que el positivismo jurídico “tradicional”. Cfr. Jiménez Cano, R.: *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., p. 197.

contenidos morales, por mucho que aparezcan referencias a estos contenidos en textos jurídicos de rango superior como pueden ser las Constituciones. El Derecho (...) es una cuestión fáctica y, en consonancia, la validez de sus normas proviene única y exclusivamente de hechos, más o menos complejos, a los cuales se atribuye la capacidad para crear normas jurídicas”.²⁷

Contra esta postura se opondrían los representantes del *positivismo jurídico incluyente*, también llamado *incorporacionismo*, que asumían la *posible* incorporación en la regla de reconocimiento de criterios materiales de carácter moral –entre otros, H. L. A. HART, W. WALUCHOW o J. COLEMAN. Esta corriente sostiene una versión débil de la tesis de las fuentes sociales del Derecho, que podría resumirse de la siguiente manera: si bien el origen del Derecho es necesariamente fáctico –la regla de reconocimiento-, los criterios de validez contenidos en dicha práctica son solo fácticos de manera contingente, pues es conceptualmente posible la existencia de sistemas jurídicos cuyos criterios de validez “incorporen” estándares de moralidad sustantiva, ya sea como condición necesaria de validez –e. g., “toda sentencia judicial que sea justa es Derecho”- o como condición suficiente –e. g., “todo lo que es justo es Derecho”.²⁸ Por lo tanto, los principios morales pueden determinar la validez de las normas jurídicas, siempre que exista una práctica social concordante de considerarlos así.²⁹

Si bien este debate se ha planteado sobre todo en el ámbito anglosajón, podría destacarse también una corriente cercana al positivismo incluyente en el ámbito continental, caracterizada por defender la concepción del Derecho como un sistema normativo mixto desde una perspectiva sistemática y funcional.³⁰ Se entiende que un sistema normativo tiene naturaleza mixta cuando combina –ya sea en la misma norma fundamental o en otras normas que determinen la validez de normas inferiores- tanto criterios formales como criterios materiales de validez, compartiendo por tanto los rasgos de los sistemas estáticos y dinámicos de Kelsen.³¹ No obstante, de modo semejante al positivismo jurídico incluyente, estas posiciones afirman que tales contenidos materiales serían válidos y condicionarían la validez jurídica de

²⁷ Cfr. ESCUDERO ALDAY, R.: “*Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho*”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 22, 2005, p. 399.

²⁸ Cfr. JIMÉNEZ CANO, R.: *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 192-196. Dicho esto, ¿de qué moral se está hablando? ESCUDERO ALDAY entiende que se trata de la moral correcta, ideal o crítica, pues el recurso a la moral social (reconducible a hechos) no contradiría los postulados del positivismo jurídico excluyente. Cfr. ESCUDERO ALDAY, R.: “*Ronald Dworkin y el positivismo incluyente*”, en J. A. RAMOS PASCUA y M. A. RODILLA GONZÁLEZ: ob. cit., pp. 309-313; JIMÉNEZ CANO, R.: “*En defensa del positivismo jurídico (excluyente)*”, *Papeles el tiempo de los derechos* (en línea), No. 10, 2010, <http://hdl.handle.net/10016/7744>.

²⁹ Cfr. ESCUDERO ALDAY, R.: “*Ronald Dworkin y el positivismo incluyente*”, cit., pp. 305-306. Es importante destacar la relevancia de la práctica social (regla de reconocimiento). En el caso de que se defienda la validez *proprio vigore* de algunos principios morales correctos –como parece desprenderse de algunas afirmaciones de J. COLEMAN, por ejemplo- nos situaríamos en la teoría axiológica de la validez y fuera de los márgenes del positivismo metodológico. Por lo tanto, para estos autores, la inclusión de principios de moralidad correcta en los criterios de identificación de normas no supone una negación de la tesis positivista de la separación conceptual entre el Derecho y la moral objetiva, pues tal inclusión es *contingente*, dependiente de la configuración concreta de cada Ordenamiento Jurídico particular. *Ídem*, p. 306.

³⁰ Cfr. CUENCA, P.: “*Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica*”, cit., pp. 209-210. La perspectiva sistemática hace referencia a la defensa de la teoría sistemática de la validez y, la funcional, a la consideración del Derecho como un fenómeno normativo cuya función consiste en el control social.

³¹ *Ídem*, p. 209; ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: “*Positivismo jurídico y sistemas mixtos*”, en J. A. RAMOS PASCUA y M. A. RODILLA GONZÁLEZ: ob. cit., pp. 601-622.

las normas inferiores no por su calidad moral o *proprio vigore*, sino por su incorporación o positivización en normas del sistema. Como acertadamente afirmara P. CUENCA: "...para determinar la validez de una norma jurídica no basta realizar una prueba o test *formal*, comprobando si procede de un sujeto competente y si ha sido creada a través del procedimiento adecuado; sino que es necesario, además, llevar a cabo una prueba o test *material*, es decir, examinar su contenido en aras de determinar su compatibilidad con el contenido de las normas de superior jerarquía. En este sentido, el sistema jurídico se configura como un sistema normativo de carácter mixto".³²

b) Teoría fáctica de la validez

Como ya se ha señalado previamente, esta teoría sostiene que el fundamento de la validez – entendida como existencia- reposa en la correspondencia de lo dispuesto en las normas con el *comportamiento social efectivo*. En otras palabras, la validez estaría asociada, en mayor o menor medida, a la eficacia.

El realismo americano:

La versión más radical de la teoría fáctica de la validez la sostienen algunos de los representantes del "*realismo americano*", también denominado "*realismo conductista*" –según la terminología de A. ROSS. Esta corriente, que parte de un enfoque eminentemente práctico, limita su estudio a diversos puntos focales o perspectivas del fenómeno jurídico, dando prioridad a las cuestiones de carácter fáctico frente a las de orden normativo y conceptual.³³ Así, el realismo americano centra su atención en las decisiones de los jueces y otros funcionarios públicos desde la perspectiva de los abogados en las relaciones con sus clientes, en otras palabras: proyecta especialmente su investigación sobre la fase de aplicación del Derecho más que en su identificación.³⁴

Desde este enfoque (voluntariamente) limitado, algunos de los representantes del realismo americano han defendido visiones del Derecho antisistemáticas, según las cuales este estaría fundamentalmente constituido por el conjunto de decisiones de los tribunales (pasadas y/o futuras) al hilo de la resolución de casos concretos.³⁵ Así, por ejemplo, mientras que O. W. HOLMES definía el Derecho como "las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto", J. FRANK lo clasificaba respecto de una situación determinada en "Derecho real" o

³² Cfr. CUENCA, P.: "*Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica*", cit., pp. 219-220. Nótese que lo que esta autora parece concebir como criterios materiales es más bien el *contenido* de las normas, reducido, en última instancia, a su significado literal. *Ídem*, p. 221.

³³ Cfr. SOLAR CAYÓN, J. I.: "*El concepto de Derecho en el realismo jurídico americano*", en R. ÁNGEL YÁGÜEZ, et. al.: *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, 2002, p. 1186.

³⁴ Cfr. JIMÉNEZ CANO, J.: *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., p. 167.

³⁵ Dicho esto, algunos autores insisten en la idea de que los representantes del realismo americano no tenían la pretensión con estas definiciones de hallar la esencia misma del Derecho y restringir el fenómeno de lo jurídico a tales márgenes, a pesar de las numerosas críticas recibidas en este sentido. Por el contrario, los autores rechazaban toda pretensión conceptualista que pretendiera hallar o capturar la naturaleza de las cosas en definiciones, siendo su objetivo, más bien, el de poner de manifiesto una serie de aspectos habitualmente dejados de lado por la Ciencia Jurídica, tales como: la indeterminación del Derecho o la discrecionalidad judicial. Es por ello que muchas de estas definiciones fueron posteriormente muy lamentadas por sus propios autores. Cfr. SOLAR CAYÓN, J. I.: *ob. cit.*, pp. 1192-1197.

“Derecho potencial”, según se tratara de una decisión judicial pasada relativa a esa situación o a un vaticinio relativo a una decisión judicial específica en el futuro, respectivamente.³⁶

Para algunos autores, esta tendencia a asociar el Derecho con el comportamiento de los jueces y de otros funcionarios públicos implica que, para el realismo americano, la delimitación de lo que es y de lo que no es Derecho –en definitiva, de la validez según se entiende en este artículo- no dependa de la pertenencia de las normas a un sistema jurídico sino de su *eficacia*, es decir, de su utilización por los tribunales como base de sus decisiones. Por lo tanto, el papel de las normas, en el seno de esta corriente, es secundario, aun cuando no irrelevante: las normas son factores que pueden influir en las decisiones de los jueces –lo que ha de ser verificado- junto con otros de carácter económico, político, moral, etc.³⁷ El proceso de creación de la norma o su aceptación popular son presupuestos normales, pero no esenciales, de la aceptación por los tribunales.³⁸ En definitiva, según Ross, para esta corriente, “el Derecho es *vigente* porque es aplicado”.³⁹

El realismo escandinavo:

La versión más moderada de la teoría fáctica está representada por el denominado *realismo escandinavo*. Esta corriente se muestra muy crítica con la noción de validez defendida por el positivismo jurídico de Kelsen –que, recuérdese, identifica la “existencia específica” de las normas con su fuerza vinculante y, la hace depender, en última instancia, de la norma fundante básica. Según Ross y Olivecrona, la validez, así entendida, es una categoría superflua o inútil para los propósitos científicos, ya que –además de ambigua- implica un juicio de valor, una idea mágica o metafísica que no puede ser verificada empíricamente. Es por ello que ambos autores tratan de reformular esta noción en términos empíricos.⁴⁰

La tesis de K. Olivecrona se enmarca dentro de lo que Ross denomina “*realismo psicológico*”: aunque la validez kelseniana no sea una cualidad que la Ciencia pueda descubrir y predicar del Derecho, ello no significa que no cumpla una función en la existencia de los sistemas jurídicos: se trata de un acontecimiento real consistente en cierta *actitud* de la población hacia las normas jurídicas, que son sentidas y consideradas como obligatorias. Esta actitud se convierte en una condición –no es sentido lógico, sino causal- de la eficacia del Derecho y, sí es susceptible de comprobación empírica.⁴¹

En tal sentido, podría decirse que el realismo psicológico justifica la validez de las normas –según el concepto defendido en estas páginas- en su aceptación por la conciencia jurídica popular. Lo que ocurre es que, con carácter general, esta actitud social depende de que las reglas hayan sido producidas de acuerdo con ciertas formalidades previstas, en última instancia, por la Constitución; cuando esto sucede, la norma resulta idónea para provocar y

³⁶ *Ídem*, pp. 1187-1188.

³⁷ Ello implica la defensa, por el realismo, tanto de la ampliación de las “fuentes” del Derecho, como de la idea de que el Derecho es indeterminado. Cfr. ATIENZA, M.: *El sentido del Derecho*, Ed. Ariel, Tercera Edición, Barcelona, 2007, p. 284.

³⁸ Cfr. ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. G. CARRIÓ, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1994, p. 71. Con esta definición, ROSS parece estar pensando en la concepción realista defendida por O. W. HOLMES.

³⁹ *Ídem*, p. 71. La cursiva es del autor: como se apreciará ROSS prefiere el término “vigencia” al de “validez”.

⁴⁰ Cfr. HIERRO, L. L.: *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Ed. Fernando Torres, Valencia, 1981, pp. 277-283.

⁴¹ Por lo tanto, la *eficacia* de las normas no depende de que sean válidas –cuya verificación excedería de las posibilidades de la Ciencia- sino de que *sean consideradas* válidas. *Ídem*, pp. 278-279.

obtener la obediencia de los ciudadanos y los poderes públicos cuyo actuar limite. No obstante, la conciencia jurídica popular podría rechazar determinadas reglas a pesar de haber respetado tales formalidades, en cuyo caso estas normas no serían consideradas válidas.⁴²

Según el realismo psicológico, el hecho de que las normas sean aplicadas por los tribunales no sería más que un efecto secundario y derivado de la aceptación popular, pues ella determinaría también las reacciones de los jueces.⁴³ Por lo tanto, según afirma Ross, para esta corriente, “el Derecho es aplicado porque es *vigente*”.⁴⁴

Por su parte, Ross presenta su teoría como una síntesis del realismo psicológico y del realismo conductista, en un intento de superar las que él considera como debilidades de ambas corrientes.⁴⁵ Frente al concepto tradicional de *Derecho válido*, Ross propone utilizar el de *Derecho vigente*, que conectaría la normatividad del Derecho con su eficacia y, por consiguiente, plantea: “...un sistema de normas es *vigente* si puede servir como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales, de manera tal que se nos hace posible comprender este conjunto de acciones como un todo coherente de significado y motivación y, dentro de ciertos límites, predecirlas. Esta aptitud del sistema se funda en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas, porque se las vive como socialmente obligatorias”.⁴⁶

Para este autor, la contrapartida de las normas son los hechos sociales que, en sentido estricto, están constituidos por las decisiones de los tribunales.⁴⁷ No obstante, el hecho externo de que los tribunales apliquen las normas, no resulta suficiente para Ross: las normas vigentes lo son porque operan efectivamente en el espíritu del juez, que las vive como socialmente obligatorias y, por tal motivo, las obedece (las aplica).⁴⁸ Como resultado de lo anterior, se puede arribar a lo que atinadamente Ross nombra como examen de la vigencia y, al respecto señala: “(...) es que sobre la base de esta hipótesis, esto es, aceptando el sistema de normas como un esquema de interpretación, podamos comprender las acciones del juez (las decisiones de los tribunales) como respuestas con sentido a condiciones dadas y, dentro de ciertos límites, seamos capaces de predecir esas decisiones (...)”.⁴⁹

⁴² *Ibidem*, p. 281; ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 70.

⁴³ Cfr. ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 69.

⁴⁴ *Ídem*, p. 71. La cursiva es del autor.

⁴⁵ En cuanto tales, podría aducirse: por un lado, el riesgo de atomización en el caso del realismo psicológico –pues la conciencia jurídica es un concepto que pertenece a la psicología individual y, ello haría imposible definir un sistema jurídico como una unidad- y, por otra, el olvido por el realismo conductista de que los jueces no observan una conducta meramente habitual, sino que se comportan en función de su propia experiencia de sentirse sometidos a determinadas reglas. Cfr. HIERRO, L. L.: *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, cit., p. 285.

⁴⁶ Cfr. ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 34.

⁴⁷ Sin embargo, en sentido más amplio, incluirían también las conductas de los ciudadanos regladas por las normas, en cuanto funcionan como hechos condicionantes de la actuación de los tribunales. Además, para ROSS, el soporte motivacional que hace posible la existencia del orden jurídico consiste en la interacción inductiva de dos tipos de impulsos que llevan a la población a obedecerlo: a) una *actitud de conducta interesada*, consistente en un impulso de temor a la sanción y, b) una *actitud de conducta desinteresada* –la vivencia de las órdenes coercitivas como obligatorias, en tanto, que han sido establecidas por autoridades consideradas competentes. Cfr. DELGADO PINTO, J.: “*Sobre la vigencia y la validez de las normas*”, cit., pp. 119-121.

⁴⁸ Cfr. ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 72.

⁴⁹ *Ídem*, p. 34.

Grosso modo, para Ross, el concepto de “vigencia” o de “Derecho vigente” estaría compuesto por dos factores: de una parte, el *acatamiento efectivo* de las pautas de conducta y, de otra parte, la idea de que esas pautas son *sentidas como válidas* y, consiguientemente, como socialmente obligatorias. Pero, para identificar el Derecho vigente no basta con saber qué normas han seguido hasta el momento los tribunales, sino cuáles aplicarán en el futuro inmediato. Por ello, los enunciados sobre la vigencia de las normas jurídicas son predicciones acerca de la conducta futura de los jueces o, dicho de otro modo, una norma jurídica es considerada vigente si, manteniéndose ciertas circunstancias, existe cierta probabilidad de que los jueces la apliquen.⁵⁰

c) Teoría axiológica de la validez

Esta teoría sostiene, básicamente, que la validez de una norma depende de su adecuación a normas y principios *extrasistemáticos*, que adquieren esta condición en virtud de su calidad *moral*. Como ya se ha señalado *ut supra*, esta teoría es propia del *iusnaturalismo* jurídico, pero también la defienden algunos autores que podrían encuadrarse dentro del denominado *neoconstitucionalismo*, como DWORKIN.

El iusnaturalismo jurídico:

A grandes rasgos, las corrientes *iusnaturalistas* tradicionales afirman que para que una norma positiva sea válida, debe ser conforme a (o, por lo menos, no ser contradictoria con) determinados principios de moralidad absolutos e inmutables que integrarían el denominado *Derecho natural*,⁵¹ el cual sería concebido como un ordenamiento suprapositivo, que coexistiría con el Derecho positivo y que –según concepciones de diferentes autores en determinado momento histórico-concreto- sería manifestación de elementos como: a) la naturaleza, b) la voluntad o razón divinas o, c) la razón humana –respectivamente, *iusnaturalismo* cosmológico, teológico y mecanicista.⁵² Tal cuestión es recreada por GARCÍA MÁYNEZ cuando aseveró: “Caracteriza a las posiciones *iusnaturalistas* el aserto de que el Derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad y justicia intrínsecas de su contenido”.⁵³

No obstante, los *iusnaturalistas* son conscientes de que los órganos estatales creadores de las disposiciones normativas suelen defender una teoría diferente sobre la validez de las normas jurídicas, que no las hace depender del Derecho natural. Según algunos autores, tal enfoque permitiría a esta corriente distinguir entre *validez extrínseca o formal* en sentido positivo –dependiente de la forma de creación de la norma y de su compatibilidad con otras superiores- y *validez intrínseca u objetiva* en sentido axiológico –dependiente de la bondad o justicia intrínsecas de su contenido y, que sería la que dota a las normas de carácter

⁵⁰ Cfr. DELGADO PINTO, J.: “Sobre la vigencia y la validez de las normas”, *cit.*, p. 121.

⁵¹ Entiéndanse las referencias al *iusnaturalismo* como realizadas al *iusnaturalismo* ontológico, ya que las tesis de los autores pertenecientes al denominado *iusnaturalismo* deontológico no son, en principio, incompatibles con la teoría sistemática de la validez.

⁵² Cfr. PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, *cit.*, pp. 208-221.

⁵³ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Positivismo jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, Distribuciones Fontamara, México, 1993, p. 128.

jurídico.⁵⁴ Por ello, una norma que, para los órganos estatales, sea *formalmente válida*, podría carecer de validez intrínseca –y, por tanto, de carácter jurídico– si lo que se ordenase se opusiera a los principios del Derecho natural y, ello acaecería aun cuando los órganos del poder público pudieran imponerla de forma coactiva. En estos casos, los criterios de validez extrínseca e intrínseca se excluirían recíprocamente y su aplicación simultánea sería imposible.⁵⁵

Por otro lado, entre los principales representantes del *iusnaturalismo* del siglo XX, se pueden destacar a G. RADBRUCH, H. WELZEL o W. MAIHOFFER en Europa y, L. L. FULLER en Norteamérica. A diferencia de los autores europeos,⁵⁶ L. L. FULLER defiende la existencia de un Derecho natural *procedimental* que todo ordenamiento debe cumplir hasta cierto punto para poder considerarse Derecho y, no un régimen de mera arbitrariedad. No obstante, este Derecho natural no constituiría un Derecho superior al positivo, sino que formaría parte de este último como su *moralidad interna*. Según FULLER, la moralidad interna del Derecho está configurada por ciertos requisitos sobre las normas jurídicas, a saber: generalidad, publicidad, irretroactividad, claridad e inteligibilidad, coherencia interna y externa, permanencia, ajustadas a la realidad social y, aplicada de forma congruente con su formulación. Es importante destacar que, para FULLER, la existencia de un sistema jurídico sería una cuestión de grado, en función del nivel de cumplimiento de estos requisitos. Además de este Derecho natural procedimental, FULLER considera que también existe un contenido mínimo de Derecho natural sustantivo, consistente en la preservación de la integridad de los conductos mediante los que los hombres se comunican entre sí lo que piensan, sienten y desean.⁵⁷

Lo antes expuesto, permite avizorar que FULLER niega la posibilidad de trazar una línea clara de demarcación entre el Derecho y el no-Derecho (la moral), defendida por la teoría sistemática. A su juicio, la regla de reconocimiento de HART no serviría para este propósito, por lo menos en países en los que, como los Estados Unidos, los exámenes de validez aludirían a conceptos morales.⁵⁸

El neoconstitucionalismo metodológico y DWORKIN:

Algunos de los autores que defienden una teoría axiológica de la validez pertenecen a la corriente denominada *neoconstitucionalismo*, si bien esta *per se* no es necesariamente incompatible con la teoría sistemática de la validez.⁵⁹

⁵⁴ *Ídem*, p. 143.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 128-129.

⁵⁶ Algunos de estos autores, rechazan la existencia de un Derecho natural trascendente y absoluto y, por el contrario, defienden la existencia de límites supraleales al Derecho positivo, derivados de la “naturaleza de la cosa”. Si bien esta noción no es clara, se trataría de una realidad no trascendente, que permitiría hablar de un Derecho natural histórico o variable. Cfr. ATIENZA, M.: *El sentido del Derecho*, cit., pp. 295-296.

⁵⁷ *Ídem*, pp. 296-298.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 298.

⁵⁹ Para COMANDUCCI, el *neoconstitucionalismo* puede presentarse como una *teoría del Derecho*, un *método* de aproximación a este o como una *ideología* que promueve la defensa de los derechos fundamentales y la limitación del poder. Aunque relacionadas, estas formas de *neoconstitucionalismo* no siempre confluyen: por ejemplo, el *neoconstitucionalismo* teórico puede no ir de la mano del metodológico, en cuyo caso no resulta incompatible con la teoría sistemática de la validez (ni con el positivismo metodológico). Cfr. COMANDUCCI, P.: “*Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*”, trad. de M. CARBONELL, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 16, 2002, pp. 96-97 y 102.

El *neoconstitucionalismo* teórico pretende dar cuenta de las modificaciones que el Estado constitucional democrático había producido en la tradicional teoría del Derecho positivista, especialmente la “reconcreción” de las constituciones europeas tras la Segunda Guerra Mundial mediante la incorporación de principios y derechos fundamentales y, su garantía por las jurisdicciones constitucionales.⁶⁰ Lo que ocurre es que, a raíz de este dato, algunos autores han comenzado a defender la validez *proprio vigore* de ciertos principios morales y a propugnar la existencia de una conexión *necesaria* identificativa entre el Derecho y la moral objetiva: se trata del denominado *neoconstitucionalismo* metodológico,⁶¹ modalidad esta que sí resultaría incompatible con la teoría sistemática de la validez. Para estos autores, la conexión entre el Derecho y la moral correcta se produciría sobre todo en el nivel constitucional –tanto normativo como jurisprudencial- y no tanto en el de las normas singulares de conducta –como defiende el *iusnaturalismo* jurídico.⁶²

Entre estos autores *neoconstitucionalistas*, que podrían encuadrarse en la teoría axiológica de la validez, se destaca R. DWORKIN. Este pretende cuestionar los postulados del positivismo jurídico (metodológico) sintetizados en: a) la tesis de las fuentes sociales del Derecho, b) la separación conceptual entre el Derecho y la moral y, c) la discrecionalidad judicial.⁶³ Para ello, enfatiza el importante papel que corresponde en la práctica jurídica a unos estándares, los *principios*, que no funcionan como las reglas: a diferencia de estas últimas, los principios no se aplicarían de manera disyuntiva en caso de conflicto –a modo de “todo o nada”-, sino que constituirían razones para decidir cuyo peso dependería del caso concreto.⁶⁴ Según DWORKIN, los principios desempeñarían dos funciones en la práctica jurídica: a) constituirían instrumentos para determinar la aplicabilidad o inaplicabilidad de las reglas –y, por tanto, su verdadero y concreto significado normativo, especialmente en los casos difíciles- y, b) en ocasiones, los principios operarían como pautas de las que directamente se desprendería la solución de algunos conflictos.⁶⁵ Pero, hay algo más: según este autor, los principios constituirían “exigencias de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad”⁶⁶ que subyacerían en las instituciones y las reglas en cuanto permitirían comprenderlas y justificarlas.⁶⁷

⁶⁰ En la medida en que se centran en el Estado constitucional, algunos representantes del *neoconstitucionalismo* habían abandonado la pretensión de generalidad propia del positivismo jurídico; pero otros, sin embargo, habían llegado a deducir conclusiones generales a propósito del concepto de Derecho desde el análisis de un modelo jurídico particular. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: *Constitucionalismo y Positivismo*, Distribuciones Fontamara, México, 1997, pp. 8 y 50.

⁶¹ Cfr. COMANDUCCI, P.: “*Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*”, cit., p. 101. Por otro lado, la opción por este método es, a menudo, adoptada por quienes asumen el punto de vista interno (del participante) y, además lo hacen desde una perspectiva *normativa* y no solo descriptiva. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: *Constitucionalismo y Positivismo*, cit., pp. 51-52.

⁶² Cfr. ATIENZA, M.: *El sentido del Derecho*, cit., p. 298.

⁶³ Cfr. HART, H. L. A.: “*El nuevo desafío al positivismo jurídico*”, trad. de L. HIERRO, *Sistema*, No. 36, 1980, pp. 4-5. A los efectos de este artículo, se limitará la exposición a la crítica de DWORKIN hacia las dos primeras tesis.

⁶⁴ Cfr. DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, trad. de M. GUASTAVINO, Ed. Ariel, Barcelona, 2002, pp. 72-80.

⁶⁵ Cfr. DELGADO PINTO, J.: “*Sobre la vigencia y la validez de las normas*”, cit., p. 160.

⁶⁶ Cfr. DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, cit., p. 72.

⁶⁷ La moral, a la que DWORKIN hace referencia, es objeto de debate. Para algunos autores, se trataría de la moral objetiva o correcta, debido a su teoría del Derecho como integridad y su propuesta de resolución de los casos difíciles. Cfr. ESCUDERO ALDAY, R.: “*Ronald Dworkin y el positivismo incluyente*”, cit., pp. 308-309. No obstante, otros autores subrayan las afirmaciones de DWORKIN sobre cómo no siempre el Derecho coincide con lo que se considera moralmente correcto o más justo, dado que resulta necesario atenerse a los datos institucionales y a las reglas indiscutiblemente válidas con las que

Ahora bien, para DWORKIN, los principios forman parte integrante del Derecho. Pero, ¿todos ellos? ¿Cuáles son los criterios que permiten identificar qué principios pueden considerarse válidos? DWORKIN, amparándose en la práctica jurídica norteamericana, afirma que la validez de los principios no dependería de la “regla de reconocimiento” de HART, es decir, no habría un criterio que pudiera aplicarse mecánicamente para identificar los principios mediante la mera constatación de hechos, rasgos formales y concordancias lógicas.⁶⁸ En tal sentido, DWORKIN afirma lo siguiente: “Mi conclusión es que si tratamos los principios como Derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el Derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra”.⁶⁹

Por el contrario, la aplicación de los principios implicaría el desarrollo de un proceso argumentativo en el que las pautas y valoraciones integrantes de la moral intervendrían de modo relevante. Así, DWORKIN sostiene que un principio pertenece a un orden jurídico (es decir, es válido) si figura en la teoría o concepción del Derecho más sólida, mejor fundada, que pueda formularse como justificación de las reglas sustantivas e institucionales que explícitamente integran dicho orden jurídico –y ello aunque no haya sido promulgado por las autoridades competentes.⁷⁰ En la medida en que la validez de estos principios no dependería de su conformidad con los criterios establecidos en la regla de reconocimiento, sino de su contenido, para DWORKIN ya no serían sostenibles la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral ni la de las fuentes sociales del Derecho.⁷¹

III. Validez y Eficacia: ¿relación?

Una vez abordados los principales fundamentos doctrinales de la validez jurídica, en este epígrafe se dará cuenta de las relaciones entre las categorías *validez* y *eficacia*, exclusivamente desde la perspectiva sistemática propia del positivismo jurídico –dejando al margen, por lo tanto, el análisis de estas relaciones desde las teorías fáctica y axiológica de la validez, aun cuando lo lógico y deseable es que tales teorías se compenetren y fusionen en pos de la realización del fenómeno jurídico, alcance de sus fines y, con ello, dote de plenitud y coherencia al sistema jurídico en su conjunto, tema que podría ser tratado en posteriores investigaciones. En primer orden, dicho análisis se realizará desde el enfoque de la norma jurídica individualizada y, posteriormente, desde el enfoque del Ordenamiento Jurídico como sistema.

3.1. Desde la perspectiva de la norma jurídica:

habrán de ser congruentes los principios aplicables a un caso. Cfr. DELGADO PINTO, J.: “Sobre la vigencia y la validez de las normas”, *cit.*, pp. 163-166; DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, *cit.*, pp. 468-469. Estas y otras afirmaciones invitan a PRIETO SANCHÍS a señalar que los principios de DWORKIN, en realidad, apelan a la moralidad social. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: *Constitucionalismo y Positivismo*, *cit.*, p. 81.

⁶⁸ Nótese que DWORKIN entiende que la regla de reconocimiento de HART suministra solamente criterios formales de validez, relativos al origen o *pedigree* de las normas. Esta idea no es conforme a la postura del propio HART, que admite expresamente la posibilidad de que la regla de reconocimiento contenga criterios materiales de validez. Cfr. Nota 26, mencionada *ut supra*.

⁶⁹ Cfr. DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 99.

⁷⁰ Cfr. DELGADO PINTO, J.: “Sobre la vigencia y la validez de las normas”, *cit.*, p. 163.

⁷¹ Cfr. JIMÉNEZ CANO, J.: *Una metateoría del positivismo jurídico*, *cit.*, p. 185.

Según se ha comentado, el positivismo jurídico considera que la validez, la eficacia y la justicia son, en principio, tres cualidades de las normas jurídicas distintas e independientes. Así, conforme criterio de BOBBIO,⁷² una norma puede ser válida –esto es, existente como norma jurídica perteneciente a un determinado sistema jurídico- sin ser eficaz –o, en otras palabras, sin ser obedecida por sus destinatarios-; del mismo modo, una norma podría ser eficaz sin ser necesariamente válida, *v. gr.*, por tratarse de una regla social que no ha sido reconocida por los órganos competentes para producir normas jurídicas. En sentido similar, se pronuncian tanto Kelsen como Hart en sus respectivas obras.⁷³

Así entonces, existen, al menos, dos problemas a los que no se da debida solución desde esta regla general. El primero de ellos es el *desuetudo* o desuso prolongado de una norma y, el segundo, más importante, el de aquellas decisiones que han sido producidas por el poder en vulneración de la regulación jurídica al respecto, es decir, sin reunir los criterios de validez. Seguidamente, se ofrece un análisis crítico de cada uno de los problemas mencionados *ut supra* a fin de apreciar la incidencia, ya sea positiva, ya sea negativa que ejerce en la realización del fenómeno jurídico:

a) *El desuetudo o desuso*

¿Qué ocurre cuando una norma inicialmente válida resulta inaplicada por un prolongado periodo de tiempo? ¿Pierde la norma, en estos casos, su validez? Si bien Kelsen no reconoce inicialmente este problema, lo cierto es que en la segunda edición de su *Teoría pura del Derecho* acaba afirmando la posibilidad de que una norma inaplicada duraderamente o no acatada, pierda su validez por *desuetudo* o desuso.⁷⁴ En efecto, Kelsen entiende que una norma jurídica aislada es válida por el acto de su instauración, antes de ser eficaz. No obstante, una vez creada la norma válida, la eficacia se convierte en *condición* para que su validez no se torne en invalidez.⁷⁵

Por su parte, Hart rechaza la tesis de Kelsen y afirma que la pérdida de la validez de una norma jurídica aislada por su inaplicación duradera, solo será posible en aquellos sistemas jurídicos en los que la propia regla de reconocimiento incluya entre sus criterios de validez: la provisión de que ninguna regla ha de valer como regla del sistema si hace mucho que ha dejado de ser eficaz.⁷⁶ De tal suerte, se trataría de una pérdida de validez *permitida* por la misma norma de reconocimiento y, no a pesar de ella.

b) *Las decisiones irregulares: ¿validez o invalidez?*

En cuanto al segundo problema, esto es, el de aquellas decisiones producidas por las autoridades de modo irregular –en vulneración bien del contenido, bien del procedimiento o

⁷² Cfr. BOBBIO, N.: *Teoría general del Derecho*, cit., p. 36.

⁷³ Cfr. Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 24. No obstante, no se puede olvidar que –para Kelsen- la validez de una norma exige, de manera necesaria pero no suficiente, la concurrencia de un comportamiento fáctico de aplicación de otra norma superior: la producción de la norma jurídica a través de un acto normativo. Al respecto, también puede consultarse: Hart, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, cit., p. 129.

⁷⁴ Nótese que la inaplicación debe ser *duradera*. Kelsen afirma que la norma no perdería su validez si solo fuera inaplicada en casos aislados. Cfr. Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 220-224.

⁷⁵ *Ídem*, pp. 24-25.

⁷⁶ Cfr. Hart, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, cit., p. 129.

bien de órgano competente-⁷⁷ la cuestión es la siguiente: ¿puede la eficacia de estas decisiones tornarse en validez? Sobre este particular, se analizará, en primer lugar, la posición de H. KELSEN para, posteriormente, presentar algunas posturas del positivismo contemporáneo.

En efecto, KELSEN estaba consciente del problema de las decisiones irregulares y, se planteaba la cuestión sobre la eventual validez de estas decisiones del siguiente modo: "...puesto que el orden jurídico representa una construcción escalonada de normas entre sí en relación de supra y subordinación y, dado que una norma solo pertenece a determinado orden jurídico porque y, en tanto su producción corresponde a una norma superior determinante, surge el problema de un posible conflicto entre una norma de nivel superior y una norma inferior, es decir, la pregunta: qué vale como Derecho cuando una norma no corresponde a la norma que determina su producción".⁷⁸

Para mantener la funcionalidad y consistencia del Derecho como sistema normativo, KELSEN enfatiza la necesidad de establecer mecanismos que subsanen estas posibles patologías del sistema, tales como: *el control sucesivo por los órganos superiores de las actuaciones de los órganos inferiores hasta llegar al último órgano competente*. Sin embargo, él mismo reconoce la imposibilidad de garantizar absolutamente la correspondencia de la norma inferior a la superior. Es por ello que KELSEN formula la teoría de la *cláusula alternativa tácita o de las habilitaciones supuestas*.⁷⁹ Según esta teoría, se entiende que la norma fundante básica ha previsto dos normas generales alternativas de habilitación: a) una *expresa*, que autoriza a determinados organismos a crear normas con un cierto contenido y a través de un determinado procedimiento y, b) otra *tácita*, que habilitaría al poder a crear normas con el contenido y por el procedimiento que el propio poder decidiera, erradicando así la posibilidad de que pudiera vulnerar las prescripciones de las normas superiores –ya que sus decisiones se ajustarían por definición a lo estipulado en la cláusula tácita.⁸⁰ En resumen, podría aducirse que: "...la teoría de la cláusula alternativa tácita conduce a la conclusión de que las normas jurídicas autorizan a cualquiera, a dictar normas con cualquier contenido y mediante cualquier procedimiento. Así, en virtud de esta doctrina, cualquier poder efectivo deviene poder jurídico y cualquier mandato positivo, con tal de que sea eficaz, se convierte en una norma jurídica válida".⁸¹

A pesar de que, como se ha señalado, la cláusula alternativa tácita también operaría cuando la irregularidad se refiere al órgano que la emite –elemento personal-, KELSEN parece formular otra teoría diferente en estos supuestos, con un resultado similar: si las normas dictadas por un "usurpador" se hacen efectivas, se produce una modificación revolucionaria de la Constitución o una Enmienda Constitucional y, en definitiva, una Ley Constitucional –correspondiente a la nueva Constitución- o una sentencia judicial constitucional.⁸²

⁷⁷ Cfr. CUENCA, P.: "La relación entre el Derecho y el Poder en la teoría pura del Derecho de H. Kelsen", cit., p. 292.

⁷⁸ Cfr. KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 273-274.

⁷⁹ *Ídem*, pp. 275-280.

⁸⁰ Cfr. CUENCA, P.: "La relación entre el Derecho y el Poder en la teoría pura del Derecho de H. Kelsen", cit., p. 292.

⁸¹ Cfr. KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 275-280.

⁸² Cfr. KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 281-282.

En conclusión, en estos casos, KELSEN admite el predominio del *principio de efectividad* –eficacia- sobre el *principio de legitimidad* –validez.⁸³ Sin embargo, esta concesión conduce a KELSEN a una incoherencia en relación con su posición epistemológica, pues de un “hecho” se deriva un “deber ser” y, en consecuencia, el Derecho queda determinado, en última instancia, por el poder.

Moviéndonos a posiciones positivistas contemporáneas, algunos autores pretenden explicar el problema de las decisiones irregulares mediante una distinción entre las nociones de “validez” y “vigencia”, como es el caso de L. FERRAIOLI. Así, la “vigencia”, para este autor, designaría a “la validez solo formal de las normas tal cual resulta de la regularidad del acto normativo”, mientras que la “validez” consistiría en “la validez también sustancial de las normas producidas, es decir, de sus significados o contenidos normativos”.⁸⁴ Por lo tanto, una norma cuya producción no hubiera respetado los criterios formales de validez del sistema no se consideraría vigente, es decir, no pertenecería ni tan siquiera al sistema. En cambio, si el acto normativo solo incumpliera los criterios materiales de validez, la norma resultante –a pesar de ser inválida- sería vigente y, con ello, perteneciente al sistema.⁸⁵

Por su parte, E. BULYGIN distingue entre la “validez” de una norma –caracterizada como la legalidad del acto de su creación- y su “obligatoriedad” –una norma es obligatoria si las autoridades encargadas de su aplicación tienen el deber (prescrito por otra norma) de aplicarla. Así pues, para BULYGIN, las normas irregulares serían inválidas pero, en tanto, no fueran anuladas, seguirían siendo aplicables u obligatorias.⁸⁶

Finalmente, P. CUENCA sostiene que la cuestión relativa a las decisiones irregulares muestra una patología de la teoría sistemática que esta no es capaz de resolver desde una perspectiva descriptiva. Por el contrario, en estos casos, la teoría sistemática operaría como una teoría normativa, del *deber ser*, que sostendría la invalidez de estas decisiones irregulares a partir de los criterios de validez internos –en lugar de criterios morales externos- prefijados por el propio sistema: “A mi modo de ver, la existencia de normas irregulares expresa un conflicto entre el Derecho sistemáticamente válido y el Derecho efectivo que se aplica y se obedece. Este conflicto pone de relieve que el concepto de sistema no sirve para identificar todas las normas que, en el terreno de los hechos, cuentan como jurídicas. Desde estas premisas, el Derecho válido es, a veces, no el Derecho que es, sino el que *debería ser*. En este sentido, una concepción sistemática de lo jurídico solo sirve para describir el funcionamiento regular del Derecho, planteándose como un modelo teórico normativo en relación con la *praxis* jurídica irregular”.⁸⁷

⁸³ Para KELSEN, el principio de legitimidad no hace referencia a la calidad moral del poder, sino a su actuación conforme a las normas jurídicas. Así, consiste en “el principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico o, hasta que sea reemplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico”. *Ídem*, pp. 217-218.

⁸⁴ Cfr. FERRAIOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 359.

⁸⁵ *Ídem*. En contra de la posición de FERRAIOLI, puede consultar: P. CUENCA: “*Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo*”, en Internet: <http://www.uv.es/CEFD/15/cuenca.pdf>.

⁸⁶ Cfr. ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 364-365.

⁸⁷ Cfr. CUENCA, P.: “*Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica*”, cit., p. 232. En contra, véanse las posiciones del positivismo excluyente defendidas, por ejemplo, por R. JIMÉNEZ CANO: *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit.

3.2. Desde la perspectiva del Ordenamiento Jurídico:

Las relaciones entre la validez y la eficacia, como ya se ha avanzado, no se limitan al ámbito de la norma jurídica individualizada. Lo que es más, tanto Kelsen como Hart, reconocen la importancia decisiva de la eficacia sobre la validez al nivel del Ordenamiento Jurídico en su conjunto.

a) La tesis de Kelsen

Para Kelsen, la validez de la norma fundante básica que dota de validez a todo el sistema jurídico solo puede ser *presupuesta* si el sistema jurídico es eficaz en términos generales, por lo que la eficacia –el poder que hace valer el Derecho– actúa como *condicionante* de la validez.⁸⁸ Por otro lado, Kelsen señala que de la norma fundante básica no se predica su eficacia y, con razón afirma: “Las normas de un orden jurídico positivo valen *porque* la norma fundante básica, que es presupuesto de su producción, es presupuesta como válida y, no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez *cuando* (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz”.⁸⁹

De este modo, en el momento en que una revolución deviene exitosa y el nuevo régimen se implanta efectivamente en el territorio en términos generales, se entiende que la norma fundante básica ha sido sustituida por otra nueva –o modificada–, mediante la cual a partir de ese momento, se interpretarán los actos cuyo sentido subjetivo sea el de producir o aplicar normas jurídicas.⁹⁰

En consecuencia, para Kelsen, la eficacia es condición o efecto derivado de la validez, pero no se identifica con ella.⁹¹ Esto, al igual que sucedía al nivel de la norma jurídica individualizada, comporta otra contradicción con las premisas metodológicas de Kelsen, volviendo a introducir el “ser” en el “deber ser”.

b) La tesis de Hart

Para Hart, los enunciados de validez de las normas del sistema en su conjunto, propios del punto de vista interno, solo tienen *sentido o utilidad* en un contexto de eficacia general del sistema. Por tanto, a diferencia de Kelsen, para Hart, la eficacia no constituye una condición de la validez de las normas del sistema, sino el *contexto normal* para formular enunciados internos de validez.⁹² “La eficacia general del sistema no es un criterio de validez proporcionado por la regla de reconocimiento de un sistema jurídico, sino que es presupuesta, aunque no es enunciada en forma explícita, cada vez que una regla del sistema es identificada como una regla válida del mismo, por referencia a sus criterios de validez y, si el sistema no es, en general, eficaz, no puede hacerse con sentido ningún enunciado de validez. El punto de vista adoptado en el texto difiere del de Kelsen en este particular, puesto que aquí se argumenta que aunque la eficacia del sistema es el contexto normal para formular

⁸⁸ Cfr. Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 224.

⁸⁹ *Ídem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 219.

⁹¹ *Ibidem*, p. 224.

⁹² Cfr. Hart, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, cit., p. 129. Un ejemplo de formulación útil de enunciados de validez de normas de un sistema ya ineficaz sería, según Hart, los efectuados para la enseñanza del Derecho Romano.

enunciados de validez, no obstante ello, en circunstancias especiales, tales enunciados pueden tener sentido aunque el sistema no sea ya eficaz”.⁹³

Por otro lado, HART admite que la existencia de la “regla de reconocimiento” es una *cuestión de hecho*. Como ya se ha señalado previamente, para HART, la regla de reconocimiento constituye una práctica social que –a diferencia de las demás reglas del ordenamiento- no es válida ni inválida, sino que es *aceptada* como criterio para la identificación de normas por los jueces y tribunales y también por los particulares, lo cual le permite aseverar que: “La afirmación de que ella (la regla de reconocimiento) existe solo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, existir aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento solo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”.⁹⁴

En este sentido, una práctica general –eficacia- es la que constituye la existencia de la regla de reconocimiento cuyos criterios servirán para valorar la pertenencia de las normas al sistema jurídico –validez.

IV. Consideraciones *ad finem*

Si se parte de la idea de que el Derecho es un fenómeno sociopolítico multidimensional y, con ello, es ser y deber ser, esto es, reflejo adecuado de lo que somos y de lo que queremos ser, entonces sería conveniente, desde el ámbito doctrinal, arribar a las siguientes conclusiones:

- a) Tal cual ha podido apreciarse, en este artículo, la validez puede ser entendida como la existencia de una norma como norma jurídica, pero la fundamentación del concepto variará en función de las diferentes corrientes de la Filosofía del Derecho. Así, para la teoría sistemática, propia del positivismo jurídico, la validez de las normas reposaría en su producción conforme a lo dispuesto en normas superiores. En cambio, para la teoría fáctica, propia del realismo jurídico, la validez o vigencia de las normas se justificaría en la correspondencia de lo predispuesto por las normas con el comportamiento social efectivo de sus destinatarios. Finalmente, para la teoría axiológica, entre cuyos representantes se ha destacado DWORKIN, la validez de las normas se condicionaría a su conformidad con ciertos principios o valores éticos de carácter extrasistemático.
- b) A pesar de que el enfoque sistemático de la validez parta de una independencia conceptual entre las categorías de validez y eficacia, las relaciones y dependencias entre ambos conceptos son numerosas: bien a nivel de la norma individual, donde esta independencia no proporciona respuesta a los problemas del *desuetudo* o decisiones irregulares, bien a nivel del Ordenamiento Jurídico en su conjunto, donde la validez o existencia de la norma fundamental descansa, en última instancia, en la eficacia o, en definitiva, en la efectividad del poder.
- c) A mi juicio, en determinadas circunstancias, lo lógico y deseable sería que las teorías sistemática, fáctica y axiológica de la validez del fenómeno jurídico se desarrollen

⁹³ *Ídem*, p. 313.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 135-137.

coherentemente según un orden racional: lo que se piensa como justo, se formalice en términos derivados de sus propias premisas, de forma tal que se generen instrumentos normativos capaces de trasladar su propio contenido ético, social y político a la vida práctica. Es primero el valor, la creencia generalmente en torno a quién, por qué y cómo ha de existir la potestad de dictar las normas estatales. Después, de acuerdo con ciertas reglas y principios gnoseológicos y axiomáticos generales que pautan y ofrecen un sustrato a lo axiológico, aparecerían las normas jurídicas que han de llevar a la realidad viva y dinámica el contenido sustantivo de los valores en los que la sociedad cree y, que ellas mismas incorporan en términos operativo-funcionales, entendiéndose la validez en sentido general. Lo antes expuesto, se justifica por el hecho de que esta es presupuesto y condición indispensable para la eficacia, en tanto, para que se exijan las normas jurídicas, se cumplan o se apliquen, han de ser válidas, es decir, deben haber sido creadas conforme los cauces constitucionalmente previstos, por los órganos facultados al efecto y, en consonancia con la jerarquía del órgano superior que la elaboró y la cuota de democracia contenida en él.