



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE -CUNOC-  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO



ANDREA ESTEFANIE GARCÍA HENRY

GUATEMALA, AGOSTO DEL AÑO 2021

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE -CUNOC-  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a woman in a red dress and white shawl, holding a book. Above her is a golden crown. To the left is a golden castle, and to the right is a golden lion. Below the central figure is a landscape with green hills and a white path. The entire scene is set against a light blue background. The seal is surrounded by a grey border containing the Latin text "LETTERAS OBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER".

**EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO  
UNA CONCEPCIÓN ANALÍTICA**

**Tesis Doctoral**

**Presentada por:**

**ANDREA ESTEFANIE GARCÍA HENRY**

Previo a conferirse el Grado Académico de  
**DOCTORA EN DERECHO**

**QUETZALTENANGO, AGOSTO DE 2021**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE  
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

**AUTORIDADES**

**RECTOR MAGNIFICO** M A. Pablo Ernesto Oliva Soto

**SECRETARIA GENERAL** Inga. Marcia Ivónne Véliz Vargas

**CONSEJO DIRECTIVO**

**DIRECTORA GENERAL DEL CUNOC** M Sc. María del Rosario Paz Cabrera

**SECRETARIA ADMINISTRATIVA** M Sc. Silvia del Carmen Recinos Cifuentes

**REPRESENTANTE DE CATEDRATICOS**

Ing. Erick Mauricio González

M Sc. Freddy de Jesús Rodríguez

**REPRESENTANTES DE LOS EGRESADOS DEL CUNOC**

Licda. Vilma Tatiana Cabrera

**REPRESENTANTES DE ESTUDIANTES**

Br. Aleyda Trinidad de León Paxtor

Br. Romeo Danilo Calderón

**DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE POSTGRADOS**

Dr. Percy Ivan Aguilar Argueta

## **TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

**Examinador:** Dr. Víctor Valverth Morales

**Examinador:** Dr. William Bobadilla

**Examinadora:** Dra. Claudia Mendoza

**Secretario que certifica:** Dr. Carlos Calderón Paz

### **Asesor de Tesis**

Dr. Aníbal Gonzáles Dubón

**NOTA:** Únicamente el autor es responsable de las doctrinas y opiniones sustentadas en la presente tesis (artículo 31 del Reglamento de Exámenes Técnicos y Profesionales del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



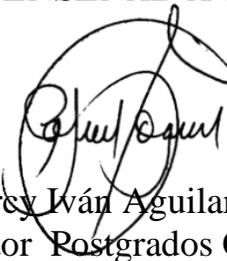
## ORDEN DE IMPRESIÓN POST-CUNOC-052-2021

El Infrascrito Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, luego de tener a la vista el dictamen correspondiente del asesor y la certificación del acta de examen privado No. 59-2020 de fecha 28 de noviembre 2020, suscrita por los Miembros del Tribunal Examinador designados para realizar Examen Privado de la Tesis Titulada **“EL PROBLEMA DE LA VALIZ DEL DERECHO UNA CONCEPCION ANALITICA”** Presentada por él (la) doctoranda **Andrea Estefanía García Henry** Registro Académico No. **100020472**, previo a conferírsele el título de **Doctorado (a) en Derecho**, **autoriza** la impresión de la misma.

Quetzaltenango, Julio 2021

**IMPRIMASE**

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**


Dr. Percy Iván Aguilar Argueta  
Director Postgrados CUNOC

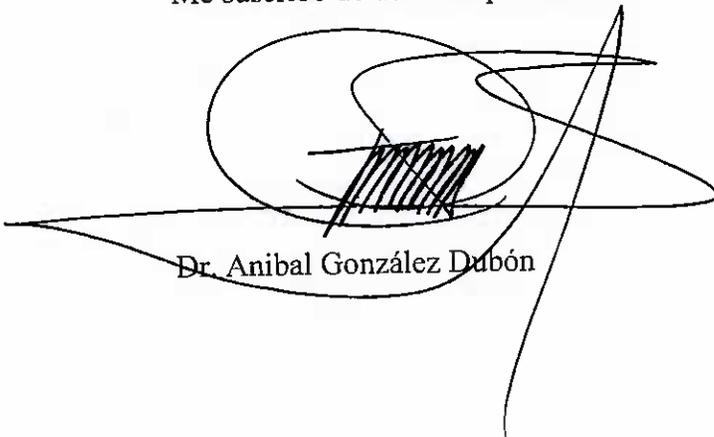
Quetzaltenango, 1 de marzo del año 2021

Lic. Msc. Percy Iván Aguilar Argueta  
Director del Departamento de Estudios de Postgrado  
Centro Universitario de Occidente -CUNOC-  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Lic. Msc. Aguilar Argueta:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado la realización de las recomendaciones manifestadas por el Tribunal examinador de la Tesis de Doctorado en Derecho de la Maestra **Andrea Estefanie García Henry**, con número de carné 100020472, titulada **“EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO. UNA CONCEPCIÓN ANALÍTICA”**, y después de dicha revisión, a mi juicio, satisface las recomendaciones realizadas por el Tribunal examinador y llena los requisitos que establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado del Departamento de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi **dictamen favorable** a la misma para que continúe el trámite correspondiente a la revisión de estilo y acto de graduación.

Me suscribo de usted respetuosamente,



Dr. Anibal González Dubón



**EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.**

**CERTIFICA:**

Que ha tenido a la vista el libro de Actas de Exámenes Privados del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente en el que se encuentra el acta No. 59-2020 la que literalmente dice:-----

En la ciudad de Quetzaltenango, siendo las diecisiete horas del día sábado veintiocho de noviembre del año dos mil veinte, reunidos en la plataforma virtual Meet, el Honorable Tribunal Examinador, integrado por los siguientes profesionales: **Examinador:** Dr. Víctor Valverth Morales; **Examinador:** Dr. William Bobadilla, con registro de personal No. 20080017; **Examinadora:** Dra. Claudia Mendoza; **Secretario que certifica:** Dr. Carlos Calderón Paz, con registro de personal No. 930388; con objeto de practicar el **Examen Privado del Doctorado en Derecho** en el grado académico de **Doctor(a)** de él (la) Maestro(a) **Andrea Estefanie García Henry** identificado(a) con el registro Académico No. **100020472** procediéndose de la siguiente manera:-----

**PRIMERO:** El (La) sustentante practicó la evaluación oral correspondiente, de conformidad con el Reglamento respectivo.-----

**SEGUNDO:** Después de efectuadas las preguntas necesarias, los miembros del tribunal examinador procedieron a la deliberación, habiendo sido el dictamen **FAVORABLE TERCERO:** En consecuencia él (la) sustentante **APROBO** con observaciones el examen privado de tesis para otorgarle el título profesional de **DOCTOR(A) EN DERECHO** -----

**CUARTO:** No habiendo más que hacer constar, se da por finalizada la presente, en el mismo lugar y fecha una hora con treinta minutos después de su inicio, firmando de conformidad, los que en ella intervinieron.-----

Y para los usos legales que a él (la) interesado(a) convengan, se extiende, firma y sella la presente CERTIFICACIÓN en una hoja membretada del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala a los treinta días del mes de julio del año dos mil veintiuno.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

Certifica:

Vo. Bo.

*Rebeca Mercedes Yoc Aguirre*  
 Secretaria Suplente de Postgrados



*Dr. Percy Juan Aguilar Argueta*  
 Director de Postgrados



## DEDICATORIA

### A Mi Buen Dios:

“Toda buena dádiva y todo don perfecto desciende de lo alto, del Padre de las luces” Santiago 1:7

No hay nada que mi corazón anhelará y que el medio para obtenerlo no hayas sido tu. Todo cuanto tengo y soy es por tu favor en mi vida.

Eres la fuerza de mi vida quien sustenta mi alma y concede los deseos del corazón, en ti he encontrado propósito y esperanza y tu regazo ha sido mi refugio frente al relámpago y el trueno y hoy sé que no hay sendero que quiera recorrer, si no es con la luz de tu sabiduría y la gracia de tu amor.

### A Mis Amados Padres:

**Mario Ferdinand García Mull:** Cada día aprendo más de ti y como no hacerlo si has inspirado mi vida con tus actos y el ejemplo de recorrer el camino con elocuencia de proceder, me has enseñado a llevar la meta a su fin por difícil que parezca la cuesta que hay que conquistar pero sobre todo me has enseñado que el elemento más importante para alcanzar los anhelos y sueños que están en el corazón es la fé y que la fé que no va acompañada de la actitud correcta no es fé... Gracias por tu valentía para atreverte a ser un padre admirable, que inspira que cuida, que soslaya dificultades porque hace prevalecer el amor. Te agradezco por estar conmigo por ser seguridad y confianza, por cuidarme, por usar tus brazos para abrazarme incluyendo mis fallas y por alegrarte por los sueños y metas que hemos alcanzado juntos.

**Angélica Henry Bonilla:** Tu eres capaz de entretejer con hiladas de amor utilizando lazadas que no aprietan jamás porque son como un hilo de seda que te envuelve y que no quieres soltar porque en esas lazadas has tenido la sabiduría y paciencia de construir y mantener la familia que formaste unida.

Mi dosis de aliento que reconforta el corazón con ternura que pone unguento al alma cuando se abate, mi confidente de aciertos y desaciertos, tu eres la persona que genera una atmosfera en su hogar que hace que sea ese lugar en donde no solo se haya paz, sino que encontramos la fuerza y la fe para continuar, no hay nada a lo que pretenda acceder o llegar sin tener en cuenta que debo imitar a la mujer virtuosa que he encontrado siempre en ti.

#### **A Mis Amados Hermanos:**

**Patrick y Mario José:** De la misma simiente, de la misma casa, de la misma mesa, de la misma instrucción pero tan diferentes; diferentes pero necesarios para el corazón, ustedes son como la lluvia suave que le da a la hierba un tinte más verde, ambos son aliento en los inviernos de la vida y los amigos que conocen casi todos mis defectos, los amo y los necesito siempre cerca.

#### **A mis Amigos:**

**Amigos:** Cerca y Lejos, pero siempre presentes en lo necesario, en la complicidad de planes, en las sonrisas, en la música del corazón, en las coincidencias del camino, con ustedes me he encontrado cortando ramos de flores y también llorando, ustedes han matizado el lienzo de mi vida con bellos y cálidos colores que le dan esperanza al corazón.

**Jimena Guox:** Seguramente las líneas que hemos escrito acompañándonos y las que faltan por escribirse no podría dejar de reconocer que en su autoría siempre ha estado Dios ya que no podría haber vínculo como este sin que sea un regalo de Él. Gracias por querer ser mi amiga y estar en los días difíciles y en los días que son una canción.

**Kimberly Rivadeneira:** La que siempre ilumina los espacios con su sonrisa, gracias por ser incondicional, por enseñarme que las personas solícitas siempre hayan un espacio que es inamovible porque pasan a hacer parte del corazón.

# Índice de Contenido

INTRODUCCIÓN.....	vi
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>1</b>
<b>EL CONCEPTO DE VALIDEZ DEL DERECHO.....</b>	<b>1</b>
1.1. LA VALIDEZ DEL DERECHO.....	1
1.2. CONCEPTO DE VALIDEZ.....	6
1.3. LA VALIDEZ MATERIAL O LEGITIMIDAD.....	8
1.4. LA VALIDEZ FORMAL O VALIDEZ EN SENTIDO ESTRICTO.....	9
1.5. LA VALIDEZ SOCIOLÓGICA O EFICACIA.....	16
1.6. COMENTARIOS FINALES.....	33
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>37</b>
<b>EL FUNDAMENTO DEONTOLÓGICO O IUSNATURALISTA.....</b>	<b>37</b>
<b>DE LA VALIDEZ DEL DERECHO.....</b>	<b>37</b>
2.1. FUNDAMENTO DEONTOLÓGICO O IUSNATURALISTA DE LA VALIDEZ.....	38
2.2. LA TEORÍA DE LA LEY DE SANTO TOMÁS DE AQUINO.....	41
2.2.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	41
2.2.2. ¿ES UN IUSNATURALISMO INTELECTUALISTA?.....	43
2.2.3. ¿ES UN IUSNATURALISMO FORMALISTA?.....	47
2.2.4. ¿ES UN IUSNATURALISMO REALISTA?.....	51
2.2.5. ¿ES UN TEÍSMO O PERSONALISMO CRISTIANO?.....	55
2.3. EL IUSNATURALISMO REALISTA DE SUÁREZ.....	56
2.3.1. ANÁLISIS DE <i>DE LEGIBUS</i> .....	56
2.3.2. INTERPRETACIÓN DE SU DOCTRINA DE LA VALIDEZ.....	62
2.4. OTRAS DOCTRINAS IUSNATURALISTAS.....	66
2.5. COMENTARIOS FINALES.....	69

<b>CAPÍTULO III</b> .....	72
<b>EL FUNDAMENTO LÓGICO O POSITIVISTA</b> .....	72
<b>DE LA VALIDEZ DEL DERECHO</b> .....	72
<b>3.1. LAS TEORÍAS DE LA SOBERANÍA</b> .....	73
<b>3.1.1. VON WRIGHT Y LAS NORMAS SOBERANAS</b> .....	73
<b>3.1.2. JELLINEK Y EL PODER SOBERANO FORMAL</b> .....	74
<b>3.1.3. TEORÍAS DEL SOBERANO COMO SUJETO</b> .....	76
<b>A) La teoría utilitarista del soberano de Bentham</b> .....	76
<b>B) La teoría de Austin del soberano <i>de facto</i></b> .....	80
<b>3.2. LAS TEORÍAS DE LA NORMA FUNDAMENTAL</b> .....	85
<b>3.2.1. LA TEORÍA DE KELSEN SOBRE LA NORMA FUNDAMENTAL</b> .....	85
<b>3.2.2. LA TEORÍA DE HART DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO</b> .....	94
<b>A) Idea general</b> .....	94
<b>B) Análisis comparativo de la regla de reconocimiento con la norma             fundamental y ensayo de una posición conciliadora</b> .....	96
<b>b. 1). Origen, precedentes y evolución histórica</b> .....	97
<b>b. 2). Terminología</b> .....	98
<b>b.3). Enunciación interna</b> .....	99
<b>b.4). Naturaleza</b> .....	100
<b>b. 5). Contenido</b> .....	105
<b>b. 6). Función</b> .....	106
<b><i>i. La unidad del Derecho</i></b> .....	106
<b><i>ii. La coherencia del Derecho</i></b> .....	111
<b>b.7). La plenitud del Derecho</b> .....	112
<b><i>i. Relación con los hechos</i></b> .....	113
<b><i>ii. Relación con los valores</i></b> .....	114
<b><i>iii. Teoría conciliadora</i></b> .....	114
<b>C) REVISIÓN CRÍTICA A HART</b> .....	116

3.3. LA TEORÍA ANTIPOSITIVISMO DE DWORKIN DE LAS <i>LEGAL POLICIES</i> COMO REACCIÓN A HART .....	122
3.4. COMENTARIOS FINALES .....	127
CAPÍTULO IV .....	132
EL FUNDAMENTO ONTOLÓGICO O REALISTA .....	132
DE LA VALIDEZ DEL DERECHO .....	132
4.1. EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO .....	133
4.1.1. LA TEORÍA DE ROSS DE LA IDEOLOGÍA NORMATIVA DE LOS JUECES COMO REACCIÓN A KELSEN .....	133
A) Exposición general .....	133
B) Revisión crítica .....	141
4.1.2. LA TEORÍA DE HÄGERSTRÖM DE LA CONSTITUCIÓN .....	150
4.1.3. LA TEORÍA DE OLIVECRONA DE LA VALIDEZ REALÍSTICO FORMALÍSTICA.....	156
4.1.4. LA TEORÍA DE EKELÖF DE LOS <i>PRACTICAL STATEMENTS</i> .....	162
4.2. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO.....	164
4.3. LA TEORÍA REALISTA DE FARRELL DEL AXIOMA Y EL DERECHO VERIFICADO .....	167
4.4. COMENTARIOS FINALES .....	170
CAPÍTULO V. ....	173
ANÁLISIS DE CASO DESDE LA PERSPECTIVA DE VALIDEZ IUSPOSITIVISTA DEL DERECHO DE CONSULTA DEL PUEBLO XINCA DE LOS DEPARTAMENTOS DE SANTA ROSA Y JALAPA Y LA OPERACIÓN DE LA MINERA SAN RAFAEL .....	173
5.1. PLANTEAMIENTO DEL CASO DESDE LA PERSPECTIVA KELSENIANA DE VALIDEZ JURÍDICA.....	173
5.2. RAZONAMIENTO IUSPOSITIVISTA DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL FALLO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO HARTIANO.....	189
CONCLUSIÓN.....	204
REFERENCIAS DOCUMENTALES.....	208

## RESUMEN EJECUTIVO

Diversos autores han tratado en sus obras el problema de la validez del Derecho, sin embargo, han sido, Santo Tomás Han Kelsen, Herbert Hart y Ronald Dworkin y Alf Ross, los que merecen más crédito por haber tratado este problema con mayor profundidad.

La presente investigación consta de cinco capítulos. En el primero se trató el tema del concepto de la validez del Derecho; en el segundo se analizó el tópico del fundamento iusnaturalista de la validez del Derecho; el tercero trata del tema del fundamento positivista de la validez del Derecho en el cuarto, el tema de la validez sociológica del Derecho y en el quinto, un análisis de caso, para coadyuvar en la comprobación de la hipótesis, lo relativo a la imposibilidad de implicación recíproca de las tres acepciones sobre la validez del Derecho: En cuanto a lo resuelto en la sentencia del expediente 4785-2017 de la Corte de Constitucionalidad, sobre el derecho de consulta del pueblo xinca en relación a la operación de la Minera San Rafael, abordando estos aspectos:

El problema esencial de la falta de unificación de los criterios de fundamentación de la validez del Derecho, analizado desde una visión analítica puede formularse así: Tanto el iusnaturalismo como el iuspositivismo y el ius-sociologismo poseen concepciones de la naturaleza del Derecho que se refieren a objetos con cualidades distintas, es decir, sus concepciones constituyen realidades heterogéneas y no están referidas a especies de un mismo género, por

lo cual, no resulta posible desde un punto de vista racional, hacer coincidir la validez del Derecho de las tres teorías en un mismo plano ontológico. Ello obedece a que no se refieren a especies distintas de un mismo género sino a realidades heterogéneas que no indican identidad genérica de los objetos a que se refieren.

## INTRODUCCIÓN

El problema de la validez del Derecho, o si se prefiere de las normas jurídicas, es un tema profundamente vinculado con los principales aspectos de toda teoría del Derecho. En palabras de Mayer, es una cuestión que *revolotea como pájaro asustado por todas las esferas del pensamiento jurídico*. Esta idea es útil para descubrir que se está ante un fenómeno complejo, frente al cual son posibles diferentes perspectivas y puede ser analizado desde varios puntos de vista.

Como cuestión previa al problema de la validez del Derecho, se debe adquirir consciencia de que su dogmática nos refiere a un término equívoco, esto es, al que puede asignársele distintas significaciones y adolece de una gran ambigüedad. Pero no se trata de una ambigüedad que deriva solamente de discrepancias doctrinales o científicas, sino también, y sobre todo, de discrepancias ideológicas que se entrecruzan e interfieren. En ese sentido, las ramificaciones y conexiones de la validez con otras categorías jurídicas, tanto científicas como valorativas, son plurales y complejas.

La relación entre validez y existencia o vigencia, entre validez y justicia, entre validez y obligatoriedad, entre validez y eficacia de las normas, etc. Confirman un abanico de interrelaciones muy difícil de abordar sin hacer múltiples

distinciones y clasificaciones. Esto implica que algunos autores como Carlos Santiago Nino y Juan Ramón Capella Hernández, planteen distintos significados y también la supresión del concepto de validez por su inutilidad, ya que éste se diluye en otros conceptos como los mencionados *supra*.

La doctrina, en un intento de sistematizar esas plurales conexiones y ramificaciones para una mejor comprensión del concepto de validez, ha distinguido distintos aspectos o acepciones de la validez de la norma. Una de las clasificaciones más completas y acertadas es la que proporciona Ramón Soriano, en la que se recogen acepciones de validez formal, normativa, sociológica y axiológica; clasificación que permite analizar el concepto de validez desde al menos tres dimensiones o visiones distintas.

Estas dimensiones, en cierta forma vienen a confirmar la idea de la tridimensionalidad del Derecho que en su momento defendiera Miguel Reale. El Derecho, según esta doctrina, no es puro Derecho, ni pura norma, ni puro valor; el Derecho es el hecho social en la forma que le da una norma jurídica de acuerdo con un determinado cuadro o sistema de valores. Esas tres visiones de la validez (la formal, la fáctica y la ética) hacen referencia a conceptos distintos, a criterios o fundamentos distintos, y son objeto de estudio de diversas disciplinas respectivamente: la ciencia del Derecho, la sociología del Derecho y la filosofía del Derecho.

La Ciencia del Derecho se ocupa principalmente, aunque no de forma exclusiva, de la dimensión normativa del Derecho y de los problemas relacionados con la estructura del Derecho. Tiene, pues, como zona central de trabajo, el Derecho vigente (formalmente válido) desde un punto de vista interno: conceptualización, sistematización, análisis, interpretación, aplicación, etc. La sociología del Derecho se ocupa esencialmente y específicamente de la dimensión social del Derecho, de las cuestiones relacionadas con la función social del Derecho y de forma general, de las relaciones entre Derecho y sociedad. El por qué un Derecho válido o vigente no es eficaz y el por qué un Derecho eficaz no es válido o vigente, son cuestiones abordadas por la sociología del Derecho, cuyo objeto central de análisis es el Derecho realmente aceptado o vivido en un contexto social.

La Filosofía del Derecho es la que de forma más específica aborda el problema de la dimensión valorativa del Derecho y las cuestiones relativas al fundamento del Derecho, y en especial, el problema de la justicia, aunque esto no impide que abarque también otros ámbitos de estudio, tales como el epistemológico-jurídico y el propiamente ontológico-jurídico. Estos tres niveles de conocimiento, si bien es preciso diferenciarlos, debemos ser conscientes de que ello no significa que no se encuentren comunicados o interrelacionados. De hecho, para tener una comprensión plena de la realidad jurídica, es preciso conjugar las recíprocas implicaciones que existen entre ellos.

Diversos autores han tratado en sus obras el problema de la validez del Derecho, sin embargo, han sido Han Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart y Ronald Dworkin los que merecen más crédito por haber tratado este problema con mayor profundidad. En el desarrollo del pensamiento filosófico-jurídico, se han ensayado múltiples criterios de validez. Entre los más discutidos, están:

- 1) El ser afirmado por una fuerza en el campo histórico-real de manera eficaz;
- 2) La existencia de un consentimiento, a modo de contrato social;
- 3) Posterior en el tiempo es la idea hegeliana de la legitimación *ex post facto* de todo lo que es. A ella conduce una interpretación de la historia como despliegue dinámico racional, con una cierta consistencia y sistemática dialéctica de toda síntesis como producto final del proceso tesis-antítesis;
- 4) Existe también una fundamentación tradicional, tanto de antes como de ahora, pero cuyo especial esplendor tuvo lugar en el medievo; esta era una fundamentación de tipo religioso, basada en la idea de la revelación y del dogma moral;
- 5) Con el basto proceso de racionalización que ha experimentado la cultura occidental, se disuelven estos criterios tradicionales de legitimación, que entran en crisis paralelamente al auge del fenómeno democrático, que disolvió la legitimidad en legalidad.

Pero quizás, para mayor claridad expositiva, sea útil, cuando no necesario, sistematizar el fundamento o base de la validez. Este presenta, al igual que lo hacia el concepto, una estructura tridimensional. En primer lugar, se encuentra el fundamento deontológico, basado en la justificación del Derecho; en segundo lugar, el fundamento lógico, centrado en su identificación; y finalmente, el fundamento ontológico, fundado en la aplicación. A los tres planos del valor, el deber ser y el ser, de la justicia iusnaturalista, la normatividad positivista y la facticidad realista, corresponde en cada uno de los fundamentos descritos.

El problema investigado se planteó de la siguiente forma: 1. ¿Cuáles son las tres acepciones más importantes sobre la validez del Derecho que se han formulado en la filosofía del Derecho contemporánea?; 2. ¿Por lo que respecta al ámbito jurídico y en un sentido técnico, como pueden concretarse las tres acepciones sobre la validez del Derecho? y; 3. ¿Es posible de forma lógica la implicación recíproca de las tres acepciones sobre la validez del Derecho de manera que puedan coincidir en un mismo plano ontológico?

Las hipótesis respectivas se formularon así: 1. Las tres acepciones más importantes sobre la validez del Derecho que se han formulado en la filosofía del Derecho contemporánea son: 1) la validez ideal, material, normativo-filosófica de las normas legales; 2) la validez constitucional, existencial, lógico-formal o jurídica en sentido estricto y; 3) la validez fáctica, empírica o sociológica; 2. En lo que respecta al ámbito jurídico y en un sentido técnico, las tres acepciones sobre la validez del Derecho pueden concretarse como: 1) *legitimidad*; 2) *validez formal y material*, y; 3) *eficacia* y; 4. No es posible de forma lógica la implicación recíproca de las tres

acepciones sobre la validez del Derecho de manera que puedan coincidir en un mismo plano ontológico porque derivan de criterios distintos y en consecuencia no se implican entre sí; ello obedece a que no se refieren a especies distintas de un mismo género sino a realidades heterogéneas que no indican identidad genérica de los objetos a que se refieren.

El presente informe de investigación consta de cinco capítulos. En el primer capítulo se trató el tema del concepto de la validez del Derecho; en el segundo capítulo se analizó el tópico del fundamento iusnaturalista de la validez del Derecho; el tercer capítulo trata del tema del fundamento positivista de la validez del Derecho y en el cuarto capítulo se trató el tema de la validez ontológica o realista de la validez del Derecho. En el quinto capítulo, se realiza un análisis de caso, precisamente para coadyuvar en la comprobación de la hipótesis del presente trabajo de investigación, lo relativo a la imposibilidad de implicación recíproca de las tres acepciones sobre la validez del Derecho: se trata del caso resuelto en la sentencia de 3 de septiembre de 2018, Expediente 4785-2017 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sobre el derecho de consulta del pueblo xinca en relación a la operación de la Minera San Rafael, departamentos de Santa Rosa y Jalapa.

Posteriormente se elaboró una conclusión con el propósito de verificar la verosimilitud de las hipótesis formuladas y contrastarla objetivamente con el contenido de la investigación realizada.

# **CAPÍTULO I**

## **EL CONCEPTO DE VALIDEZ DEL DERECHO**

En este Capítulo introductorio, se pone de manifiesto la relatividad del concepto de validez en la Teoría del Derecho, y que ha generado distintos significados doctrinales, en función de la fundamentación o legitimidad que se exijan para el Derecho en general, o para las normas jurídicas, en particular.

Lo cierto es que la tridimensionalidad del Derecho, junto con las diferencias en la justificación de la validez expuestas por las escuelas iusnaturalista, positivista y sociológica, denotan conceptos diferenciados, e irreconciliables de validez material (legitimidad), formal (existencia), o de eficacia.

### **1.1. LA VALIDEZ DEL DERECHO**

En la terminología existente en torno a la noción de validez es importante señalar la gran diversidad de expresiones utilizadas. Esta variedad afecta no sólo a las diferentes lenguas y países, sino también a los diferentes autores. Es posible encontrar divergencias en materia terminológica incluso dentro de un mismo pensador. Se puede así afirmar que en cada lengua no hay univocidad, entre las diferentes lenguas no hay biunivocidad y entre los varios autores o dentro de uno mismo no hay uniformidad.

Para resaltar la importancia del problema de la validez del Derecho en la actualidad, 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 en último extremo el del propio concepto del Derecho como conjunto de normas determinable en función de ciertos criterios... es solo 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”*<sup>1</sup>.

En relación con este amplio espectro de problemas conexos con el de la validez, es un hecho constatable que el tema es estudiado con mucha más amplitud por los filósofos del Derecho que por los juristas prácticos. Se trata así de un problema específico, aunque en absoluto exclusivo, de los primeros. 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*

---

<sup>1</sup> Ramos Pascua, José Antonio. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO EN LA TEORÍA DE H. L. A. HART. UN INTENTO DE CONFIGURACIÓN DEL DERECHO COMO SISTEMA NORMATIVO AUTÓNOMO. Editorial Tecnos. Madrid. 1989. Pp. 17.

*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 vincularse a los presupuestos metodológicos que condicionan la indagación de los juristas”<sup>2</sup>.*

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 *exámenes* de validez. Se entiende por tales aquellas pruebas que han de satisfacer las normas para ser calificadas de jurídicas. Estos exámenes pueden ser, a juicio de Summers, de los siguientes tipos:

*“Source-oriented: cuando lo que cualifica como Derecho es la autoridad que origina la norma.*

- 1) Content-oriented: cuando lo definitivo es el contenido, es decir, requerimientos sustanciales, ya no formales.*
- 2) Process-oriented: cuando la referencia se hace a los aspectos procedimentales existentes en el iter jurídico. Al igual que en 1) se trata de los aspectos de forma, pero referidos más que al origen, al proceso normativo seguido en todas sus fases.*
- 3) Acceptance-oriented: o tests referidos a la aceptación como, por ejemplo, en el caso de la costumbre o del common law; y finalmente*

---

<sup>2</sup> Delgado Pinto, José. LA VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA. En: ESTUDIOS EN HONOR DEL DOCTOR LUIS RECASENS SICHES. UNAM. México. 1980. Pp. 221-22.

- 4) *Los denominados effectiveness-oriented, es decir, aquellos que hacen depender la validez del Derecho a su eficacia, referidos ya no solo al Derecho consuetudinario y judicial, sino al Derecho general*<sup>3</sup>.

Puede observarse que cada uno de los *exámenes* citados se encuadra en uno de los tres estadios del problema de la validez en cuanto fenómeno tridimensional. Así, en el plano de la legitimidad se hallaría cómodamente emplazada la categoría 2), en el plano de la eficacia los tipos 4) y 5) y en el estrato de la validez en sentido estricto los grupos 1) y 3).

Respecto a la idea de la posible existencia de un único *examen* conjunto que recoja en sí y supla todos los anteriores existe una cierta polémica. Hart y Kelsen, entre otros, se han referido a veces a él, concibiéndolo como un test de tipo 1), en relación con sus concepciones respectivas de la norma de reconocimiento y la norma básica. Por su parte, el profesor Dworkin ha hecho descansar la validez en lo que él llama *principios*, haciendo depender a su vez la validez de éstos en un test del tipo 2).

Otros autores califican el intento de configurar este *único examen* de validez, como un espejismo o un milagro, como un sueño intangible que lograría la utopía de poder en relación los tres planos de la validez.

---

<sup>3</sup> Summers, Robert. S. HACIA UNA MEJOR TEORÍA GENERAL DE LA VALIDEZ DEL DERECHO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1985. Pp. 64-65.

En relación con la existencia o no de este *examen* de validez, se pueden realizar algunas distinciones.

Se distingue en primer lugar dos apartados, relativos respectivamente al concepto y al fundamento de la validez jurídica. "*Tanto en uno como en otro la solución, en la línea de otros estudios anteriores, es en clave tridimensional. Se pueden diferenciar así tres conceptos de validez, a los que corresponden tres fundamentos de la misma*"<sup>4</sup>.

A su vez, dentro de cada uno de éstos, se ha distinguido entre una parte teórica, donde destaca más la exposición conceptual de los temas sugeridos y una parte doctrinal, donde se procura más bien pasar revista a las principales teorías existentes al respecto, tanto las de los autores clásicos, como, y especialmente, las de los más actuales. Se trata de una exposición en la que, incluso de los pensadores tradicionales, se procura destacar las interpretaciones doctrinales más novedosas.

Este dualismo entre teoría y doctrina, entre el aspecto objetivo y el subjetivo, está en relación con la posibilidad dual siempre presente de estudiar o,

---

<sup>4</sup> Falcon y Tella, María José. LA TRIDIMENSIONALIDAD Y EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. No. 76. España. 1989-1990. Pp. 75.

en el primer caso, lo que han dicho sobre un tema los diferentes autores o, en el segundo, lo que ha dicho un autor sobre los diversos temas.

En realidad, tanto en uno como en otro supuesto no se trata de agotar todos los temas o los autores, lo cual es a todas luces ingenuo, sino de abordarlo en cuanto y sólo en cuanto resultan relacionados con el tema de la validez.

Se debe señalar que, en esta materia, a la hora de encuadrar las distintas doctrinas, es difícil seguir criterios rígidos de clasificación. En general, como señala Ost, existe una dialéctica y relativismo que impiden trazar límites cerrados y definitivos.

## **1.2. CONCEPTO DE VALIDEZ**

Con la denominación *concepto de validez* se hace referencia al significado de la misma, por contraposición a su fundamento, el cual, generalmente se estudia bajo la base de la validez. En ambos temas es posible e incluso conveniente su estudio bajo la perspectiva tridimensional.

Así ya en una primera aproximación, pueden señalarse tres acepciones de la validez en sentido amplio:

- 1) “La validez ideal, material, normativo-filosófica, denominada por Wróblewski *axiological validity* o *acceptability* de las normas legales;
- 2) La validez constitucional, existencial, lógico-formal o jurídica, como *systemic validity* o *validity* en sentido estricto para Wróblewski;
- 3) La validez fáctica, empírica o sociológica, a la que el autor anteriormente mencionado califica de *factual validity* o *efficacy*”<sup>5</sup>.

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 legitimidad, validez y eficacia.

Por lo que respecta al ámbito jurídico y en un sentido técnico, referido a las normas puede concentrarse el significado del fenómeno de la validez 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 simplemente la idea de *existencia* de la norma. La norma es válida en este segundo sentido si existe formalmente. Finalmente, se entiende por validez en la acepción 3) la *obediencia* efectiva tanto del ciudadano (destinatario primario) como de los jueces y Tribunales (destinatarios secundarios).

---

<sup>5</sup> Reale, Miguel. TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO. PRELIMINARES HISTÓRICOS Y SISTEMÁTICOS. Editorial Santiago de Compostela. España. 1973. Pp. 71

Según Aarnio, exponiendo el pensamiento de Wróblewski, “la 1) es la validez más importante en cuanto justificación, la 2) es una condición previa a la validez y la 3) es uno, aunque no el único criterio de la misma”<sup>6</sup>.

En otra línea dice Conte en palabras muy significativas, frente al tridimensionalismo, que “validez equivale a existencia. Lo demás o son causas o son efectos de la misma. Así la positividad no sería sino una condición suficiente de la validez, el reconocimiento su condición necesaria y la obligatoriedad, un posible efecto psicológico o sociológico de dicha validez”<sup>7</sup>.

### **1.3. LA VALIDEZ MATERIAL O LEGITIMIDAD**

Según la primera acepción de la validez, como validez material, ésta se mueve en el plano del valer, de la idealidad del *Sein Sollende*. Se analizan valores. Aquí se está 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 dicho. Según esta concepción existe un dualismo jurídico y al Derecho positivo, aquí y hora, se superpone, a modo de escalón superior, un Derecho natural, válido en todo tiempo y lugar, que otorga a aquél fuerza vinculante a partir de una escala de valores. Se trataría de una validez referida a su último peldaño o norma básica.

---

<sup>6</sup> Aarnio, Aulis. LO RACIONAL COMO RAZONABLE. UN TRATADO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA. Palestra Editores. 2016. Lima. Pp. 46.

<sup>7</sup> Conte, Amedeo Giovanni. VALIDEZ DE VOZ. Fondo de Cultura Económica. México. 1975. Pp. 420.

Según esta acepción de la validez ésta equivaldría a la justicia de las normas o conformidad con dicho hipotético Derecho natural. Se plantea la duda a la doctrina, de si el *Derecho injusto* es o no Derecho.

*“La respuesta a esta cuestión varía según que quien la manifieste, se adscriba a la concepción positivista del Derecho o a la iusnaturalista. Según la primera, la justicia o legitimidad, en definitiva, la armonía con el Derecho natural, es una nota que solo se requiere para que la norma sea justa, pero no para que sea Derecho positivo”*<sup>8</sup>. Por el contrario, los iusnaturalistas estiman que se requiere en todo caso, pues una norma injusta no es válida y por tanto no existe como tal Derecho.

#### **1.4. LA VALIDEZ FORMAL O VALIDEZ EN SENTIDO ESTRICTO**

En su segunda vertiente, como validez formal, se exigen al menos tres condiciones para que una norma dada sea válida. En primer lugar, que la misma haya sido promulgada en forma adecuada, es decir por el órgano competente y con arreglo al procedimiento establecido al efecto.

---

<sup>8</sup> Albaladejo, Manuel. DERECHO CIVIL I. INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL. Editorial Bosch. Barcelona. 1989. Pp. 24.

En segundo lugar “se requiere que dicha norma jurídica no haya sido derogada, bien en la forma prevista 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, cuando por un período de tiempo considerable y de manera permanente la norma ha dejado de ser efectiva, a modo de costumbre negativa”<sup>9</sup>.

Finalmente “se exige que la norma no sea contradictoria con otra norma válida del sistema sin haber forma de resolver la antinomia con arreglo a los criterios normales de jerarquía, cronológico, de especialidad y de competencia”<sup>10</sup>.

En este segundo sentido de la validez como existencia específica de la norma *hic et nunc* (aquí y ahora) se encuentra el pensamiento dominante en el positivismo jurídico, el cual admite en la materia dos tesis mutuamente incompatibles. “La primera es el formalismo jurídico, según el cual la justicia de una norma no es condición necesaria ni suficiente para la validez de la misma. La validez no condiciona el valor de la justicia ni es por ella condicionada. La segunda es el formalismo ético, según el cual la validez es condición suficiente del valor de

---

<sup>9</sup> Pattaro, Enrico. FILOSOFÍA DEL DERECHO. DERECHO. CIENCIA JURÍDICA. Editorial Reus. Madrid. 1980. Pp. 193.

<sup>10</sup> Alvarez, Norberto. REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE VALIDEZ JURÍDICA. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. No. 56. España. 1979. Pp. 74.

*una norma*<sup>11</sup>. Si una norma es válida, por eso mismo es justa. Obsérvese que incluso esta segunda tesis es propia del positivismo, porque en ella se separa y distingue entre validez y legitimidad. Por el contrario, un iusnaturalista afirmaría no sólo que la primera *condiciona* la segunda, sino que *equivale* a ella.

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 hay una norma, o regla (para utilizar la terminología de Hart) la *regla de reconocimiento*, que existe y 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 sistema.

Frente a esta interpretación, Delgado-Pinto afirma que “*en el grupo de autores que entienden por validez del Derecho su existencia debe incluirse la postura de Hart, aunque con ciertas peculiaridades*”<sup>12</sup>. Este problema de la inclusión o no de Hart dentro del núcleo de pensadores que conciben la validez como existencia de la norma podría resolverse afirmativamente, pues, si bien es cierto que no toda norma existente es válida, sí toda válida es existente.

---

<sup>11</sup> Conte, Amedeo Giovanni. Op Cit. Pp. 422.

<sup>12</sup> Delgado-Pinto, José. Op Cit. Pp. 228.

Las normas válidas formarían un subconjunto dentro del conjunto más general de las normas existentes. Se diría así que el nexo que relaciona validez y existencia no es un signo de igualdad, sino de pertenencia o inclusión de la primera en la segunda. Siguiendo el paralelismo visto entre formalismo jurídico, formalismo ético e iusnaturalismo-material, la existencia no es ni independiente (lo primero) ni equivalente (lo tercero) de la validez, sino condición, no condicionada, de la misma (lo segundo).

Pero el más puro exponente de esta segunda acepción de la validez que se está examinando no es Hart, sino Kelsen. “*En él, validez y existencia son absolutamente equivalentes. Toda norma válida existe y toda norma existente es válida*”<sup>13</sup>. El vínculo entre ambas nociones es de igualdad. Además, a diferencia también de Hart, la existencia de las normas y entre ellas la de la última norma, la *Grundnorm* kelseniana, no es una cuestión de hecho.

“Por la escisión radical entre el plano del ser y el del deber ser que hace este autor, las normas, aunque surgen siempre de un hecho, perteneciente a la esfera del *ser*, de un acto de voluntad, constituyen, sin embargo, un *deber ser*, noción esta oscura en Kelsen”<sup>14</sup>. Para expresarlo gráficamente y continuando con la imagen paralela antes usada, entre la existencia real (como ser) y la normativa

---

<sup>13</sup> Ramos Pascua, José Antonio. Op Cit. Pp. 147.

<sup>14</sup> Brugger, W. DICCIONARIO DE FILOSOFÍA. Editorial Herder. Barcelona. 1978. Pp. 523-524.

(como deber ser) de las normas no hay equiparación, igualdad o equivalencia, pero tampoco hay total independencia, sino que la primera es condición, aunque no razón, de la validez de la segunda.

*“Es una condición necesaria o sine qua non, no una condición suficiente o per quam de la validez”*<sup>15</sup>. Aquí se vuelve a encontrar en el punto medio la solución de la relación, aunque ya no entre existencia y validez, sino entre existencia real y existencia jurídica.

Aunque no se identifican plenamente con Kelsen, porque el contexto general de su pensamiento es distinto, hay una gran cantidad de autores para los que la validez significa también la existencia peculiar del Derecho. Así, se puede citar sin ánimo exhaustivo a pensadores tan dispares como Austin, Husserl, English, Wolf o Legaz. Por su parte, Ross distingue como una aceptación del término validez usada en Teoría General del Derecho, la de *“existencia efectiva o realidad de la norma”*<sup>16</sup>.

Nótese que aquí el término existencia viene matizado por el adjetivo efectiva, que implica una novedad respecto al grupo de autores hasta aquí visto,

---

<sup>15</sup> Pattaro, Enrico. Op Cit. Pp. 199.

<sup>16</sup> Ross, Alf Niels. EL CONCEPTO DE VALIDEZ Y EL CONFLICTO ENTRE EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL DERECHO NATURAL. Revista Jurídica de Buenos Aires. Argentina. 1961. Pp. 12.

pues no se trata de una existencia fáctica o de hecho. Se equiparan y acercan el concepto de validez y el de eficacia.

Se podría 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 ellas, a modo de esquema de interpretación válido incluso para normas promulgadas, pero aún no aplicadas.

Por otro lado, Von Wright<sup>17</sup>, aunque recoge como uno de los sentidos en que se usa la validez el significado de existencia de la norma, la usa más bien con otro matiz, el de legalidad del acto de emisión en virtud del cual las normas comienzan a existir.

Además, la concepción de Von Wright presenta la peculiaridad de que la validez de una norma deriva de otra norma que no es necesario que sea válida, sino que basta con que exista, y en última instancia de una norma *soberana*. La validez respecto a esta norma sería absoluta, por contraposición a la validez relativa o respecto de las demás.

---

<sup>17</sup> Wright, Georg Henrik Von. NORMA Y ACCIÓN: UNA INVESTIGACIÓN LÓGICA. Editorial Olejnik. Buenos Aires. 2019.

Podrían así existir además de las normas válidas (Kelsen), las inválidas, las válidas e inválidas al mismo tiempo, según respecto a qué cadena de subordinación, y las ni válidas ni inválidas, sino soberanas. Se rechaza así la igualdad positivista, validez-existencia. Las normas producidas legalmente, según este autor “*existirán, pero no serán necesariamente válidas*”<sup>18</sup>.

Para Delgado-Pinto, sin embargo, el concepto de validez como existencia de Kelsen, como creación legalmente realizada, no aporta nada nuevo al concepto de validez, ya que “*más que: qué sea la validez de las normas, designa el criterio por el cual sabemos si son válidas, o sea si existen*”<sup>19</sup>, es decir, más que al concepto se refiere a la base de la validez.

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 contenido real y limitarse a fijar una serie de datos asépticos o no sustantivos para dilucidar la misma.

Todos ellos descansan en su manifestación más pura en una concepción positivista, cuyo centro es el Derecho tal como existe en un lugar y momento

---

<sup>18</sup> *Ibidem*. Pp. 107.

<sup>19</sup> Delgado- Pinto, José. *Op Cit*. Pp. 240.

datos, dentro de unas coordenadas espacio-temporales. Nos movemos en el mundo de la cultura, en una dimensión lógica, epistemológica, cognoscitiva, o gnoseológica. El centro no son ya los valores, sino las normas, como deber ser 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.

### **1.5. LA VALIDEZ SOCIOLÓGICA O EFICACIA**

Se llega así a la tercera acepción de la validez inicialmente descrita, la validez sociológica, la cual se mueve en el plano empírico-fáctico del ser, de los hechos, de la realidad, regido por el principio de causalidad y necesidad. El estudio de esta dimensión del fenómeno jurídico corresponde al sociólogo, 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 ya no iusnaturalista ni positivista, sino realista. Se trata de abarcar el aspecto ontológico y fenomenológico de la validez, es decir su eficacia.

Dice Norberto Alvarez que *“la norma ya es válida antes de cumplirse, en la medida en que puede llegar a serlo. En cambio, sólo después de cumplida se transforma en eficaz. Hablar, pues, de eficacia de la norma, es referirse al cumplimiento de la misma en acto; hablar, en cambio, de validez, es referirse, entre otras notas, a su cumplimiento en potencia”*<sup>20</sup>.

Esta idea de la distinción de la validez y la eficacia en virtud de su existencia respectiva en potencia o en acto puede establecerse como paralela a aquella otra que el autor hace entre una *idea* y su *concepto*: *“La idea ya existe... elaborar el concepto no es sino ahondar en la idea. El concepto es a priori, aunque sólo relativamente, no de modo pleno, pues su intuición responde a experiencias sociológicas anteriores. Habría, pues, una hipótesis (concepto de validez potencial) que se intuye, pero que no se verifica en una auténtica tesis (idea de eficacia en acto) hasta su realización”*<sup>21</sup>.

Hay una gran variedad de acepciones de la eficacia. En primer lugar, se puede hablar de ella como regularidad en la observancia por los ciudadanos de una norma. En un segundo por sentido, puede significar aplicación de las normas por las autoridades competentes. Pero esta perspectiva mira demasiado al pasado. Por ello podría completarse con una proyección de futuro, las profecías,

---

<sup>20</sup> Alvarez, Norberto. Op Cit. Pp. 63.

<sup>21</sup> Ibídem. Pp. 68.

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 ley.

Esto supone la plasmación como vinculante de la ideología normativa adoptada por las autoridades, que es la que en definitiva establece qué es válido. En suma, de lo que se trata es de que tanto en los destinatarios secundarios (jueces y tribunales) a que se hacía referencia, como en los destinatarios primarios (ciudadanos) exista una obediencia, una práctica de comportarse cuando se cae dentro del ámbito de 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 efectiva, que no debe confundirse con el de obligatoriedad.

Abril Castelló<sup>22</sup> señala varios puntos de vista desde los cuales se puede contemplar este último.

Al plano de los valores pertenecerían los por él llamados puntos de vista *ético-moral* (relativo a la obligatoriedad más radicalmente personal que debe

---

<sup>22</sup> Abril Castello, Vidal. ONTOLOGÍA FORMAL DE LA OBLIGATORIEDAD JURÍDICA. En: Anuario de Filosofía del Derecho XII. 1966. Pp. 119-121.

justificar o no la obligatoriedad jurídica), *psicológico* (que debe conjugar en armonía y paz auténtica con uno mismo la obligatoriedad jurídica y la moral), *ético-axiológico-subjetivo* (que tiende a proteger los intereses individuales frente a los de los demás), *ético-axiológico-colectivo o social* (que tiende a salvaguardar los intereses, bienes, medios y valores de uso colectivo, al servicio del bien común) y *axiológico-formal* (que impone mínimos de conducta al servicio de la justicia conmutativa y distributiva). Al plano de las normas corresponderían los llamados puntos de vista *objetivo y normativo* (como obligatoriedad positiva de los principios jurídicos efectivamente vigentes) y *analítico-formal* (que contribuye al cumplimiento de las normas mediante la previsión de penas y sanciones para el caso de incumplimiento).

Entre las concepciones que explícita o implícitamente hablan de la validez como vinculatoriedad u obligatoriedad moral destaca en primer lugar la antigua doctrina escolástica de la ley. Aunque no se usaba el término, se hablaba de cuándo una ley potencial poseía razón (*ratio*) y fuerza (*virtus, vis*) de obligar.

En cuanto al positivismo jurídico decimonónico, ya se ha visto cómo Kelsen considera validez como sinónimo de existencia y ésta, en cuanto existencia específica de la norma, como sinónimo de obligatoriedad. Así, la obligatoriedad no se sitúa en el plano fáctico como lo hace la obediencia y, por tanto, su relación con la eficacia no es de equiparación, sino que, como ya se vio, la segunda condiciona la primera.

Por ello, “*para Kelsen la obligatoriedad se predica de la norma como estatus deóntico, no de las normas como enunciados normativos*”<sup>23</sup>. Con el término estatus deóntico se da a entender un comportamiento ficticio asumido como modelo para comportamientos reales, un comportamiento considerado no en cuanto real, sino en cuanto debido.

Representantes de esta concepción de la obligatoriedad como sinónimo o cuasi-sinónimo de validez son Radbruch, Macía Manso, Laun, Welzel, Henkel, Díez Alegría y Fueyo. Por el contrario, no identifica existencia con obligatoriedad Von Wright, en base a la posibilidad de existencia de normas permisivas.

Por su parte, Hart niega no sólo el presupuesto de Kelsen de que la validez sea sinónimo de existencia, sino también, el de que la validez sea sinónimo de obligatoriedad. Basa esta última afirmación en la existencia de normas válidas en las cuales no tiene sentido hablar de deber de obediencia. “*Son las que Hart llama reglas secundarias, caracterizadas precisamente por no imponer obligación alguna sino, por el contrario, por conferir potestades o permitirnos identificar las normas válidas del sistema*”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Conte, Amedeo Giovanni. Op Cit. Pp. 432.

<sup>24</sup> Garzón Valdés, E. ALGUNOS MODELOS DE VALIDEZ NORMATIVA. Op Cit. Pp. 27.

En cuanto a 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, y por eso las aplican. La obligatoriedad permanece aquí como residuo en la conciencia de los jueces.

El efecto positivo de la obligación es la obediencia a lo preceptuado. Esto es lo que Hart califica como “*ambiguo y equívoco tema de la obediencia al Derecho*”<sup>25</sup>.

En esta materia hay que hacer una primera matización, a saber, la distinción entre *verse obligado a* y *tener obligación de hacer algo* 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 o mecánica, mientras que sentirse obligado tiene una efectividad más bien simbólica, que supone una disposición favorable del ánimo.

---

<sup>25</sup> Hart, H. L. A. EL CONCEPTO DEL DERECHO. Editora Nacional. México. 1980. Pp. 143.

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 interior.

Además, las personas se sienten obligadas sólo a aquello que conocen, mientras que se está obligado incluso por aquellos preceptos jurídicos que se desconocen, en virtud de la máxima jurídica de que la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento. *“Lo que importa al Derecho es precisamente la obligatoriedad material, no el sentimiento de obligatoriedad”*<sup>26</sup>.

Por otro lado, se debe 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. Si fuese así, nos veríamos constreñidos a buscar la obligatoriedad de las normas que no prevén expresamente obligaciones en una

---

<sup>26</sup> *Ibíd.* Pp. 144.

fundamentación moral, lo cual sería grave, especialmente para una concepción del Derecho positivista.

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 cuánto tiempo? y responde diciendo que se requiere la presencia de un hábito *general* y con *cierta permanencia*, siendo estos conceptos jurídicos de difícil determinación concreta.

Añade Hart 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 o adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial”*<sup>27</sup>.

No se trata sino del criterio clásico o tradicional de distinción de las reglas en primarias y secundarias, como reglas de conducta y organización

---

<sup>27</sup> *Ibíd.* Pp. 145.

respectivamente, en virtud de su destinatario, según éste sea el ciudadano o los jueces, funcionarios y demás titulares de poderes públicos.

Existen, no obstante, algunos casos excepcionales en los cuales una norma secundaria tiene por destinatario a los ciudadanos. Estos son, en un sistema democrático, en cuanto a la *producción de normas*, las relativas al referéndum o a la iniciativa legislativa popular y, respecto a la *formación de órganos*, la elección de miembros del Parlamento en virtud del sistema de elección de representantes por sufragio universal, en cuanto es el pueblo el titular de la soberanía popular. Por otro lado “*también es cierto que habrá además muchas reglas primarias que se aplican a los funcionarios en su capacidad meramente personal, reglas que ellos únicamente necesitan obedecer*”<sup>28</sup>.

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 de las reglas que son válidas según los criterios de validez usados por los tribunales. Esto pertenece, como dice Hart, a la *patología* del Derecho 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.

---

<sup>28</sup> *Ibíd.* Pp. 146.

Otros dos casos de *patología* jurídica serían la anarquía o el bandolerismo que, a diferencia de la anterior, no pretenden gobernar, sino tan sólo desestabilizar el orden existente; y 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 arduas cuando, después de esas interrupciones, se reimplantan las relaciones normales entre los tribunales y la población. Surge entonces el problema de qué fue o qué no fue Derecho. Otro campo interesante e inverso al que se acaba 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 dos criterios de Derecho válido. En estos casos será la obediencia generalizada a uno u otro sistema la que manifiesta a favor de cuál se decanta la vigencia futura.

Como señala Legaz y Lacambra, “el *deber de obediencia conlleva la imposición de una sanción para el caso de una conducta contraria a la norma*”<sup>29</sup>. Pero el deber de obediencia por parte del súbdito apela más bien a la conciencia

---

<sup>29</sup> Legaz y Lacambra, L. SER Y DEBER SER EN LAS CONCEPCIONES DEL VALOR Y DE LA VALIDEZ. En: Anuario de Filosofía del Derecho. Tomo XIII. 1967-1968. Pp. 342.

del hombre y pone en juego su libertad responsable. Por ello, según este autor, *“de una obligación humana ante el Derecho no cabe hablar sino en sentido moral. El hombre está moralmente obligado a obedecer el Derecho. Pero para que este deber moral exista es menester que el hombre le reconozca un valor, una Gültigkeit de acuerdo con sus creencias. Si existe una incompatibilidad insoportable entre la validez moral y la validez jurídica, entonces es cuando surge en el plano de la validez sociológica o fáctica, como entroncada en las otras dos, especialmente en la primera, el tema de la desobediencia civil”*<sup>30</sup>.

En la relación de la desobediencia civil con la validez surge una cuestión interesante. Se trata del problema de si las inobservancias legales cometidas con el propósito de instar la declaración de inconstitucionalidad de la ley violada constituyen, estrictamente hablando, un acto de desobediencia civil o no. En el primer sentido se manifiestan April Carter y Ralf Dreier, para quienes la Constitución no otorga a nadie el privilegio de violar la ley con el objeto de probar su inconstitucionalidad; en el segundo sentido lo hacen Stuart Brown y Archibald Cox.

Según la primera teoría la ley violada sería tan eficaz como válida, al menos hasta el momento de su declaración de inconstitucionalidad y, por lo tanto, resulta legítimo no hablar de desobediencia civil en el momento de la inobservancia legal. Por el contrario, Brown y Cox consideran que una ley

---

<sup>30</sup> *Ibidem.* Pp. 343.

inconstitucional no es una ley propiamente dicha, ni lo ha sido nunca, puesto que en esos casos siempre se trata de una nulidad radical, que produce efectos *ex tunc*, o *ab initio*.

El desacuerdo entre ambas opiniones radica en las diferentes concepciones que se asumen acerca de la validez de las normas jurídicas. Así, la segunda postura se correspondería con una concepción material de la validez del tipo de la iusnaturalista, según la cual el Derecho injusto no es Derecho, o bien correspondería a una concepción formal de la validez del tipo de la Kelseniana, en la que, al identificarse validez, existencia y deber de obediencia, no existirían leyes inválidas.

En cuanto a la primera postura, la misma encajaría en una concepción de la validez del tipo de la de Von Wright, que al rechazar la triple equivalencia validez, existencia y deber de obediencia considera que pueden existir normas inválidas y por tanto nulas o inconstitucionales. “En Kelsen, sin embargo, es una *contradictio in terminis* hablar de una ley válida e inconstitucional, al menos hasta que sea derogada. Lo más que podría haber serían normas anulables, teniendo la anulación efecto sólo *ex nunc*, para el futuro”<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Malem Seña, J. F. CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL. Editorial Ariel. Barcelona. 1988. Pp. 212.

Quizás no haya quedado aclarado anteriormente el paso que se produce de la validez como obligatoriedad, al deber de obediencia o, en otras palabras, de la obligación al deber. Ya en 1955 Hart sugirió la conveniencia de distinguir entre ambas nociones y en la misma línea se han manifestado Rawls o Hare. En realidad, esta división entre obligaciones y deberes se correlaciona en alguna medida con la ya clásica distinción existente en ética entre las llamadas «morales profesionales y la moral ordinaria. La diferencia entre ambas es que las primeras son morales adquiridas, que limitan la libertad de la persona en virtud de actos (como el ejercicio de una profesión) que la misma realizó previamente y por los cuales aceptó dichas restricciones. Por el contrario, la moral ordinaria responde a las características básicas de todo ser humano.

En resumen, *“para que exista una obligación es necesaria la realización previa, voluntaria y consciente de un acto que es condición necesaria de la misma. Las obligaciones hacen que una acción que era moralmente neutra pierda prima facie su opcionalidad, a la vez que engendran, al mismo tiempo, derechos correlativos”*<sup>32</sup>. Los deberes, sin embargo, no se adquieren voluntariamente.

De este modo conviven entre los destinatarios de las normas jurídicas los que las *aceptan* y adquieren así obligación, más bien se sienten obligados a respetarlas, y aquellos que simplemente las obedecen, que tienen de este modo

---

<sup>32</sup> *Ibíd.* Pp. 22.

solamente un deber de obediencia. Dice en este sentido Hart, manejando la noción de punto de vista interno, que *“la existencia de un sistema jurídico implica las actitudes y la conducta que van involucradas en la aceptación voluntaria de reglas y también las actitudes y la conducta más simples, involucradas en la mera obediencia o aquiescencia. De aquí que una sociedad en la que hay Derecho, esté compuesta por aquellos que ven sus reglas desde el punto de vista interno como pautas o criterios de conducta aceptados (A) y no meramente como predicciones dignas de confianza de lo que los funcionarios les harán si desobedecen (B). Pero también se compone por aquellos a quienes (...) estas pautas jurídicas tienen que serles impuestas por la fuerza (C)”*<sup>33</sup>.

Se configuran así el punto de vista interno (A) y externo, tanto radical (C) como moderado (B), si se permite usar estos últimos términos en un sentido algo impropio, no según la concepción hartiana.

Así, puede señalarse como una primera fuente de obligatoriedad y, por tanto, de validez dicha aceptación o reconocimiento de las normas jurídicas personalmente por parte de los obligados, como reglas de convivencia social. Esto se ve por ejemplo en la obra de Bierling.

---

<sup>33</sup> Hart, H. L. A. Op Cit. Pp. 249.

Junto a este tipo de reconocimiento pueden añadirse como segunda categoría fundamentadora en el plano de lo fáctico de la validez las *fuentes materiales del Derecho*, es decir el sustrato de relaciones reales de poder de los grupos políticos que tienen el ejercicio efectivo del mando, que subyace bajo las fuentes formales. La pregunta aquí es quién establece el Derecho (fuente material) en vez de cómo se establece el Derecho (fuente formal). La respuesta es que son el pueblo, como comunidad humana, y el Estado, como comunidad política que sobre él se organiza, los que, a través de la aceptación, ya no personal, sino *general*, en cuanto depositarios de la soberanía nacional, dan validez al Derecho.

En el mundo de la validez empírica, fáctica o sociológica, en la esfera del *Sein*, destaca la aportación de Max Weber según la cual “para dicha validez lo decisivo es la orientación del actuar en base a un ordenamiento y no su observancia”<sup>34</sup>. Y señala graduaciones en la escala de la obediencia. En el caso de que la elusión o la infracción del sentido aceptado como promedio de un ordenamiento se haya con vertido en la regla, entonces el ordenamiento vale sólo en una medida limitada, o bien no vale en absoluto.

---

<sup>34</sup> Weber, Max. ECONOMÍA Y SOCIEDAD. Fondo de Cultura Económica. México. 1987. Pp. 929.

Así, entre la validez y la no validez de determinado ordenamiento no existe para la sociología, como existe sin embargo para el Derecho, dada su finalidad, una alternativa absoluta. Existen, por el contrario, pasos inciertos entre ambos casos. Esto, que ocurre con los ordenamientos jurídicos, como conjunto de normas, es válido también para una norma aislada. Otra diferencia de la validez empírica y la validez jurídica o para el jurista (que Max Weber llama validez ideal con una significación no equiparable a la aquí empleada para esa terminología) sería que en aquella el cumplimiento y la ejecución coactiva de la norma son sólo la consecuencia de un comportamiento, mientras que en la validez jurídica serían su esencia.

En el estudio de la acepción fáctica de la validez como eficacia, hay que distinguir este término, de cariz jurídico, y la eficiencia, de cariz marcadamente político. La segunda es presupuesto de la primera.

Por su parte, Liisa Uusitalo distingue la eficiencia y la efectividad en base a un criterio diferente. *“La primera sería la medida de la legitimidad de una norma en términos puramente económicos de monetarización de la vida, la segunda lo sería en términos de integración social, cooperación y solidaridad”*<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Uusitalo, Liisa. EFICIENCIA, EFECTIVIDAD Y LEGITIMACIÓN: CRITERIOS PARA LA EVALUACIÓN DE NORMAS. UNAM. México. 1989. Pp. 194.

Tampoco son exactamente equivalentes los conceptos de eficacia y efectividad. Esta es condición necesaria, pero no suficiente de aquélla. La efectividad es un concepto formal, que sólo implica que se cumpla la norma. En cambio, la eficacia tiene contenido material, al conllevar que se logre el fin perseguido por dicha norma.

Bettini<sup>36</sup> habla de la efectividad como *efficacia-efectivitat* y de la eficacia en sentido estricto como *efficacia-funcionalitat*. Distingue también entre una *eficacia menor* y una *eficacia mayor* según la misma se refiera a una sola norma o al ordenamiento jurídico en su conjunto.

Asimismo, diferencia la noción de *eficacia jurídica* de la *eficacia social*, según se elabore por la Ciencia Jurídica, sin tener en cuenta los resultados sociales previstos por la norma, o por la Sociología del Derecho, teniéndolos presentes. Finalmente, Bettini hace referencia a lo que los teóricos del Derecho soviéticos llamaron eficacia de la acción como equivalente de economicidad, como la óptima utilización de las normas jurídicas para conseguir el principal y último fin del Estado socialista y la construcción de la sociedad comunista.

---

<sup>36</sup> Bettini, Romano. ANÁLISIS FUNCIONAL Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO. En: Revista Internacional de Filosofía del Derecho No. 65. 1988. Pp. 15.

## 1.6. COMENTARIOS FINALES

El problema de la validez del Derecho conlleva la resolución de otros problemas básicos teóricos como el de la obligatoriedad jurídica, la jerarquía de las fuentes del derecho, la sistemática del ordenamiento jurídico y la extrajuridicidad del Derecho. Sin embargo, el positivismo kelseniano marca un parteaguas en la evolución de la Teoría del Derecho, como parte de la disciplina de la Filosofía del Derecho.

La juridicidad de las normas de la conducta humana conlleva el cumplimiento de un estándar que se verifica en los exámenes de validez norma, que pueden enfatizar la autoridad de origen, el contenido, el procedimiento, la aceptación o su efectividad.

No existe en la doctrina ninguna teoría científica que combine un examen de juridicidad integrado por todos los aspectos relacionados, sino que opta por diferentes reglas o parámetros de validez. Sin embargo, críticamente, puede proponerse un examen de validez multiepistemológico, “por capas” de análisis desde una perspectiva dinámica del Derecho.

Si es preciso realiza un examen de validez de las normas jurídicas, puesto que el Derecho además de ser un producto cultural, es de carácter científico-positivo, sujeto a la falibilidad humana.

El concepto de validez del Derecho implica justificar su existencia y justificar su legitimidad. Sin embargo, la doctrina ha terminado elaborando una estructura tridimensional del Derecho, para cuyos ámbitos específicos refiere su validez. En cada dimensión el concepto puede variar: legitimidad/existencia/eficacia respectivamente.

La referencia iusnaturalista a la justicia como parámetro de validez de la norma jurídica, implica, la existencia de una regla de reconocimiento absoluta, puesto que el concepto de justicia o injusticia es absoluto, es decir, una norma jurídica no puede ser más o menos justa. Sin embargo, la determinación del concepto de justicia, es un problema de filosófico-jurídico o cuando menos extrajurídico, que ha tratado de resolverse mediante el control de constitucionalidad, que incorpora el elemento axiológico superior.

El desuso de la norma jurídica formalmente no derogada genera un problema de interpretación, no de validez de la norma. Los mecanismos de derogación tácita no existen.

El formalismo ético del positivismo jurídico es un axioma teórico. Por lo tanto, es imposible probar o refutar su validez, sino que se toma como presupuesto de toda la construcción positivista.

Nuevamente es un axioma del positivismo, el que la validez equivale a la existencia y viceversa, Sin embargo, al señalar que la validez depende de la norma fundamental, altera la ecuación, en forma condicional.

Es relativo que los ciudadanos se comporten conforme a las reglas judiciales. Las sentencias funcionan como una ratificación de la validez de las normas jurídicas.

La validez sociológica o eficacia no puede demostrarse empíricamente, ya que la jurisprudencia es contingente.

La obligatoriedad es deontológica, no normativa, ya que depende del grado de coercibilidad que cada mandato normativo imponga al obligado.

Las normas son válidas con independencia de su obligatoriedad, ya que no puede depender del casuismo para su cumplimiento. Esto incluyendo las normas secundarias de Hart (potestativas, dispositivas), al igual que en el caso de que los jueces no las apliquen (Ross).

La moral, las buenas costumbres y el orden público (como moral social) siguen estando presentes como límites a la validez del derecho positivo en

muchos países, lo que plantea una crítica severa a la absolutidad del positivismo jurídico en los ordenamientos jurídicos.

No existe la objeción de conciencia para los funcionarios públicos, ni para los ciudadanos, salvo que la ley lo prevea como causa de justificación o exención de la obligatoriedad, de lo contrario se incurre en desobediencia.

Sociológicamente, todos los sistemas jurídicos son válidos, desde la perspectiva pluralista.

La eficacia jurídica de la norma es un concepto sociológico jurídico que remite al cumplimiento de sus fines o funciones para los cuales fue creada por el legislador.

## **CAPÍTULO II**

### **EL FUNDAMENTO DEONTOLÓGICO O IUSNATURALISTA**

#### **DE LA VALIDEZ DEL DERECHO**

En el presente Capítulo se analiza la corriente iusnaturalista desde la perspectiva escolástica, con la existencia de la ley natural, como fundamento material y formal de la validez de la ley humana. Posteriormente, Suárez incorpora una visión más realista de la ley humana, además del racionalismo que debe caracterizar a la ley humana, para su validez.

El principal aporte del iusnaturalismo a la Teoría del Derecho, que debe considerarse actualmente vigente es la diferenciación de la finalidad del Derecho, mientras en el Natural es la naturaleza humana, en el Positivo es la sociedad de personas en que se aplique, y en el de Gentes la sociedad en su conjunto. Así, Derecho de Gentes es el válido para todos los pueblos.

## 2.1. FUNDAMENTO DEONTOLÓGICO O IUSNATURALISTA DE LA VALIDEZ

El fundamento deontológico, axiológico o valorativo es aquel que se adentra en el mundo de la idealidad y basa la validez de una norma en su justicia o conformidad con el mundo del valer. De ahí que se puede afirmar que este fundamento justifica el Derecho. Para entender estas ideas hay que situarse ante la noción de un Derecho Natural que, frente al Derecho positivo (válido aquí y ahora), sea válido en cualquier época y nación. Se trata de un Derecho atemporal y ahistórico. A lo largo del tiempo han variado, sin embargo, las concepciones del mismo, según donde se pusiese la instancia última de la justicia, es decir, según qué realidad o entidad se colocase en la cúspide de una imaginaria pirámide iusnaturalista. A este respecto podrían distinguirse tres tipos de justicias, que por 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 existe un primer período que podríamos denominar cosmológico en el que los filósofos se preocupan principalmente de la naturaleza de las cosas y de la formación del cosmos. Es ésta una etapa mítica”<sup>37</sup>. A su vez, en el período cosmológico puede distinguirse un primer momento en el cual los filósofos indagan sobre el principio de las cosas, bien sea el principio material del*

---

<sup>37</sup> Cassirer, Ernst. EL MITO DEL ESTADO. Fondo de Cultura Económica. México. 1974. Pp. 7.

que todo está hecho (milesios), bien el principio formal que a cada cosa le hace ser lo que es (pitagóricos). Pues bien, es de esta idea de principio, de *logos*, de razón del ser, de naturaleza de las cosas 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 y 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”<sup>38</sup>.*

Los Padres de la Iglesia tomaron del Decálogo y del Evangelio los principios supremos del Derecho Natural. 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 culmen de todos los campos, entre ellos el del Derecho Natural, la razón, frente a la experiencia sensible y la fe anteriormente dominantes. Los orígenes de este Derecho Natural racionalista pueden encontrarse en Grocio y su Derecho Natural y de Gentes.

---

<sup>38</sup> Del Vecchio, Giorgio. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Bosch. Barcelona. 1980. Pp. 28.

Como teorías sistemáticas de este nuevo Derecho Natural destacan las ideas del estado de naturaleza de Hobbes, Locke, Spinoza o Pufendorf. El iusnaturalismo racionalista, frente al oscurantismo medieval, va unido al Iluminismo, siglo de las Luces o Ilustración.

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

En este punto resulta necesario a la vez que interesante señalar cuál es la relación en el tema de la validez entre una serie de figuras.

En primer lugar, estaría el tema de la relación entre el Derecho y la Religión, por un lado, y la Moral, por otro. En segundo lugar, y ya dentro del Derecho, se encontraría el problema de la conexión entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo. En tercer lugar, y también dentro del ámbito jurídico, aunque de menor relevancia en sí, se hallaría la cuestión de la relación entre el Derecho Natural y el Derecho Divino.

A continuación, se presentan las principales teorías iusnaturalistas:

## 2.2. LA TEORÍA DE LA LEY DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

### 2.2.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Santo Tomás de Aquino<sup>39</sup> en la cuestión 90, artículo 4 de la Suma Teológica define la ley en general como una ordenación de la razón al bien común promulgada por el que cuida de la comunidad. (*Quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata*). En esta definición pueden distinguirse cinco elementos constitutivos del concepto de ley:

- 1) El contenido: la ley es racional;
- 2) El fin: el bien común;
- 3) La fuente: el que dirige la comunidad;
- 4) Los destinatarios: los miembros de dicha comunidad;
- 5) La forma: la promulgación.

Por otro lado, Santo Tomás utiliza a veces la palabra ley en sentido impropio como equivalente de Derecho. Esto no es correcto, pues la relación es

---

<sup>39</sup> Aquino, Santo Tomás de. SUMA DE TEOLOGÍA II. PARTE I-II. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 1989.

de todo a parte. En el Derecho actual el todo sería el Derecho y la parte la ley. En Santo Tomás, al hablar junto a la ley jurídica o Derecho de la ley natural, eterna y divina, la relación es la inversa y es más amplia, al menos cualitativamente, la ley. Por otra parte, en sentido cuantitativo, en Santo Tomás no se halla la concepción actual del Derecho en sentido objetivo, como con junto de normas jurídicas, sino como la misma cosa justa.

Dicho esto, como punto de partida común, es conveniente destacar que las interpretaciones del pensamiento del santo son múltiples según la manera de estructurar y enfocar su doctrina. Es indudable que se trata de un pensador iusnaturalista, al menos en cuanto reconoce la existencia y supremacía del Derecho Natural. Pero, según se destaquen el aspecto racional, formal o real; el mundo de los valores, de las normas o de los hechos, se puede hablar de: 1) iusnaturalismo intelectualista o iusnaturalismo en su versión normal; 2) iusnaturalismo formalista; y 3) iusnaturalismo realista.

Como representante de la primera concepción se destaca Santo Tomás de Ramón Macía Manso; como exponente de la segunda se distingue Sergio Cotta; y como exponente de la tercera, Juan Berchmans Vallet De Goytisolo.

Finalmente está la concepción de Pizzorni, que habla como fundamento de la validez en Santo Tomás del teísmo o personalismo cristiano, desde un punto de vista ético-religioso más que jurídico.

### **2.2.2. ¿ES UN IUSNATURALISMO INTELECTUALISTA?**

El profesor Macía Manso<sup>40</sup> distingue cuatro teorías posibles de la norma. Dos son puras, la intelectualista y la voluntarista, en las que hay sólo contenidos de razón o de voluntad, representadas, respectivamente, por Santo Tomás, una, y por Duns Escoto y más radicalmente por Guillermo de Ockham, la otra. Las otras dos son mezcla de contenidos de razón y de voluntad. Según una, el contenido de la norma es la voluntad y su forma la razón. Es la tesis integral o adecuada, representada por Francisco Suárez. La cuarta posibilidad teórica sería la inversa (la forma es la voluntad el contenido la razón) y de ella no habría seguidores en la práctica. Según expresa Macía Manso “sólo serían correctas la concepción intelectualista y la adecuada”<sup>41</sup>. Entre ellas se mueve la concepción de la ley de San Agustín.

Una vez ubicada la teoría tomista de la ley en el iusnaturalismo intelectualista o normal, Macía Manso pasa a distinguir los distintos tipos de ley

---

<sup>40</sup> Macía Manso, Ramón. CONCEPCIONES DE LA NORMA. En: FILOSOFÍA Y DERECHO. ESTUDIOS EN HONOR AL PROFESOR JOSÉ CORTS GRAU. Tomo I. Universidad de Valencia. Secretariado de Publicaciones. España. 1977.

<sup>41</sup> *Ibidem*. Pp. 539.

según Santo Tomás. Aparte de la ley eterna, diferencia entre el Derecho Natural, el Derecho Positivo y el llamado Derecho de Gentes.

Para ello utiliza tres perspectivas: la procedencia, el contenido y la finalidad de la ley. La primera es la que aquí más interesa, por referirse la misma a la causa del Derecho, a lo que hoy se conoce como principio de validez. Según esta perspectiva *“el Derecho Natural se fundamenta en la razón natural práctica, frente a las tendencias naturales instintivas. Se trata de un principio de validez intrínseco a la naturaleza humana. Por el contrario, el Derecho Positivo se basaría en un principio de validez extrínseco, la autoridad”*<sup>42</sup>.

Se está aquí ante mandatos puestos por la autoridad, divina o humana, según sea ley divina o positiva (ley civil), pudiendo, a su vez, tratarse de una o varias personas de la comunidad. En cuanto al Derecho de Gentes, su procedencia o principio de validez es mixto, o síntesis de los dos anteriores, pudiendo ser puesto por la autoridad humana y/o la razón natural. En cualquier caso, existiría una jerarquía entre el principio de razón y el de autoridad. La primacía correspondería a la primera. De ahí que se hable de iusnaturalismo en Santo Tomás, aunque no en su vertiente extrema, sino reconociendo el dualismo

---

<sup>42</sup> Ibídem. Pp. 540.

jurídico, es decir, junto al Derecho Natural la existencia del Derecho Positivo, en relación con lo que Santo Tomás llama, en la cuestión 60, artículo 5, el *continere ius naturale* en el positivo.

Según la segunda perspectiva, la del contenido, el Derecho se considera ya no como causa, sino como efecto. Es el Derecho *en sí*. “*El contenido en el Derecho Natural es determinado como bueno o malo en todo tiempo y lugar. Por el contrario, el contenido del Derecho Positivo sería indeterminado o indiferente en abstracto, siendo algo bueno o malo en virtud de ser o no mandado en un cierto momento histórico. Es ésta la nota distintiva del Derecho positivo, tanto respecto al Natural como al de Gentes, el cual tiene también contenido definido*”<sup>43</sup>.

Por último, por lo que respecta a la finalidad del Derecho, mientras en el Natural es la naturaleza humana, en el Positivo es la sociedad de personas en que se aplique, y en el de Gentes la sociedad en su conjunto. Así, Derecho de Gentes es el válido para todos los pueblos.

Del examen conjunto de las tres perspectivas vistas, resultan para Macía Manso, respecto a cada una de las tres especies de Derecho examinadas dos acepciones, una amplia o propia y otra restringida o estricta. Así, “*el Derecho*

---

<sup>43</sup> *Ibidem*. Pp. 541.

*Natural en sentido estricto sería común al hombre como animal con los demás animales, mientras en sentido amplio sería exclusivo del hombre como ser racional (Derecho de Gentes Natural)*<sup>44</sup>. Por su parte, el Derecho Positivo en sentido amplio sería aquel de contenido determinado que coincide con la ley natural, mientras en su acepción estricta sería de contenido indeterminado que se mueve en ámbitos indiferentes a la ley natural.

Este punto coincide con las dos maneras en las que el Derecho Positivo deriva del Derecho Natural en Santo Tomás:

- 1) Por conclusión o concreción de lo prohibido o mandado también por el Derecho Natural, con el que coincide. Es lo propio de las ciencias y del llamado Derecho de Gentes Positivo.
- 2) Por determinación o creación de lo permitido o neutro que se encuentra al margen del Derecho Natural, siendo exclusivo del Derecho positivo. Es lo propio de las artes y del llamado Derecho positivo estricto o civil.

Finalmente, en cuanto al Derecho de Gentes, en su acepción amplia sería el conforme a la naturaleza humana racional (Derecho de Gentes Natural) y en sentido estricto el que tiene un fin social universal (el Derecho de Gentes Positivo, antes aludido).

---

<sup>44</sup> Bagnulo, Roberto. EL CONCEPTO DEL DERECHO NATURAL EN SANTO TOMÁS DE AQUINO. Editorial Bosch. Barcelona. 1983.

Comparando los tipos de ley y Derechos resultantes del examen del pensamiento o Filosofía de Santo Tomás con los de la Filosofía Jurídica actual en sentido estricto se puede decir que “*en Santo Tomás el Derecho Natural en sentido estricto corresponde con lo que actualmente sería la Moral Natural, de carácter no jurídico*”<sup>45</sup>. Por su parte, en cuanto al ámbito ya jurídico, el Derecho positivo en sentido estricto o Derecho civil en Santo Tomás sería lo que se entiende hoy por Derecho Positivo o lo que Aristóteles llamaba *justo legal*. En cuanto a la zona híbrida formada por el Derecho de Gentes tomista, en su doble vertiente de Derecho de Gentes Natural y Derecho de Gentes Positivo, el mismo correspondería a lo *justo natural* aristotélico o Derecho Natural tal como hoy en día se concibe.

### **2.2.3. ¿ES UN IUSNATURALISMO FORMALISTA?**

La segunda interpretación de la doctrina tomista de la ley, que ha sido llamada formalista, es la de Cotta<sup>46</sup>. El mismo, tras enumerar los cinco requisitos de la ley, trata de demostrar que ninguno de ellos tiene un contenido material. Así, el primero, el contenido (cuestión 90, artículo 1) sólo exige algo lógico-abstracto, como el hecho de ser racional y de ordenarse formalmente al bien como fin, siendo el contenido material de este bien distinto según el ordenamiento de que se trate. En cuanto al fin, como segundo requisito (cuestión 90, artículo 2), éste sería

---

<sup>45</sup> Macía Manso, R. DOCTRINAS CLÁSICAS IUSNATURALISTAS. Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídico. Oviedo. 1976. Pp. 132.

<sup>46</sup> Cotta, Sergio. EL CONCEPTO DEL DERECHO EN LA SUMA TEOLÓGICA DE SANTO TOMÁS DE AQUINO. Editorial Bosch. Barcelona. 1995.

el bien común, entendido tanto como bien sensible y terrenal, como como bien celeste y sobrenatural. En el primer caso sería el bien de la sociedad política, de la *civitas*, en el segundo, la felicidad y beatitud de los seres humanos; en ambos casos, finalidades generales, cuyo contenido material varía según los casos concretos.

El artículo 3 de la cuestión 90 se refiere a la fuente y destinatarios de la ley. La primera se define también formalmente como *el titular del fin*, es decir, la comunidad o su representante en la ley humana y Dios en las leyes eterna y divina.

En cuanto a los destinatarios, éstos son definidos como los miembros de la comunidad. Igual formalismo se aprecia respecto a la promulgación como forma de la ley (cuestión 90, artículo 4). Aquí basta con que a través de ella se dé a conocer la ley a los destinatarios, cualquiera que sea el procedimiento empleado (documento escrito, costumbre...). Se está, pues, ante una definición formal de la ley, sin contar se habla de recta razón, verdadero bien común o justo legislador, sino de razón, bien común y legislador a secas. Tanto la ley eterna como la ley natural verifican los requisitos formales del concepto de ley visto.

Este formalismo del que habla Cotta se manifiesta, para él, "*respecto al Derecho Natural en el hecho de que el mismo esté formado sólo por el principio*

*haz el bien que, dado su carácter formal, excluye la posibilidad contemplada por el iusnaturalismo tradicional de que de él se deduzcan preceptos naturales determinados en cuanto al contenido*<sup>47</sup>. La validez de este principio radicaría en su autoevidencia y universalidad. Habría así que excluir de la ley natural los llamados preceptos secundarios. Estos pertenecen según Cotta, a la ley humana, que estaría formada por toda norma concreta y determinada en su contenido, tanto divina positiva, como civil, o de gentes.

El problema de la ley humana sería si su criterio de validez es también lógico-formal (el simple hecho de derivar de la ley natural) y/o axiológico-material (debiendo ser su contenido en cuanto tal recto y justo). Aquí habría que distinguir entre la derivación de la ley humana de la natural por conclusiones (que serían para Cotta parte del *ius gentium* y en las que en principio concurrirán los criterios formal y material de validez) y por determinaciones que forman el *ius civile* con validez exclusivamente formal a modo de simples modalidades o reglamentos ejecutivos de la ley natural). Pero es que incluso en el primer caso, la derivación de la ley humana se resolvería únicamente en el respeto de determinadas estructuras lógicas, porque las leyes humanas son *falibles* y *mutables*, tanto la perfectibilidad de la razón como por la mutabilidad de por las cosas humanas. Así, la derivación de la ley natural no garantiza de modo absoluto y objetivo la verdad y la justicia, sino sólo de modo histórico, de manera que la ley injusta, es decir,

---

<sup>47</sup> *Ibidem*. Pp. 110

derivada de manera errónea de la ley natural, continúa siendo norma. A diferencia de las matemáticas, que excluyen todo error de cálculo como matemático, la ley injusta no contradice el concepto de ley.

A igual conclusión de formalismo llega Cotta al considerar el problema de la obediencia a la ley en caso de que ésta sea injusta. Aunque no moralmente, jurídicamente esta es obligatoria en cuanto que es formalmente ley, pese a su contenido. Al menos existe una obediencia pasiva, es decir, el deber de sufrir el precepto secundario o sanción, aunque no se obedezca el precepto primario o conducta ordenada. En cuanto al problema de que la ley injusta no hace a los hombres buenos *simpliciter* como es su fin axiológico, al menos sí los hace buenos *secundum quid*, es decir, buenos ciudadanos, como es su fin jurídico-formal.

De todo lo dicho, Santo Tomás, según la lectura dada por Cotta, ofrecería una “*sólida base para superar la controversia secular entre iusnaturalistas y anti iusnaturalistas..., aunque tal sistema mantendría su valor de ser expresión histórica de una postura ética*”<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> *Ibidem*. Pp. 128.

#### 2.2.4. ¿ES UN IUSNATURALISMO REALISTA?

Vallet De Goytisolo<sup>49</sup>, por su parte, representa lo que podría conceptuarse como versión realista de la doctrina tomista de la ley, al menos en los siguientes aspectos. En primer lugar, porque establece una graduación del Derecho Natural que va mucho más allá del precepto primario de Cotta: *haz el bien*. Así, junto a éste constituirían también primeros principios de la ley natural otros como la conservación conforme a su propia naturaleza (común a todos los seres), la comunicación sexual y la educación de la prole (común a todos los animales), y la inclinación a conocer las verdades divinas y a vivir en sociedad (correspondiente a la naturaleza racional del hombre).

Estos primeros principios son apreciados por la *sinderesis* como hábito y por la razón como potencia tanto la especulativa, que discierne la verdad, el ser, como la práctica, que capta lo bueno. Estos principios primarios son absolutamente inmutables y se aprehenden atendiendo a la cosa en sí misma. En un puesto posterior estarían los segundos principios, obtenidos por conclusión, que forman el llamado Derecho de Gentes. Estos principios pueden mudarse en algún caso particular y corresponden a la cosa en relación a sus consecuencias. Pueden ser captados por todos los hombres, sin requerirse una especial intuición. Pertenecen a la razón discursiva.

---

<sup>49</sup> Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans. PERFILES JURÍDICOS DEL DERECHO NATURAL EN SANTO TOMÁS DE AQUINO. En: ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR FEDERICO DE CASTRO. Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid. 1976.

Pero para Vallet la ley natural en Santo Tomás no termina ni siquiera aquí, sino que “*incluye los preceptos de tercer grado, a modo de determinaciones remotas o últimas que requieren en su obtención el juicio de los expertos y de los prudentes, formando el Derecho Civil, que puede cambiarse, ya por adición ya por sustracción, y que se establece en orden al bien común de una ciudad o comunidad concreta*”<sup>50</sup>. Vallet desciende incluso más y habla de un cuarto grado del Derecho Natural que se extiende al conocimiento de la naturaleza de las cosas, de lo justo concreto, a través de la equidad

Otro signo de realismo en la interpretación de Vallet de Santo Tomás es el concepto de ley en general con el significado no de norma de contenido general, sino de declaración en concreto de lo que es justo (*ipsam rem iustam*) e incluso como la sentencia dada por el que administra justicia. Asimismo, en su concepción del Derecho Natural no, como parecen las de Gayo y Ulpiano, como algo con validez y vigor en principio fuera de la sociedad, *praeter ius civile*, que excepcionalmente puede ser invocado en ella, sino en la línea aristotélica, como algo que rige en una sociedad de manera habitual (*in civitate positum ex natura*).

---

<sup>50</sup> *Ibidem*. Pp. 640.

En cuanto al Derecho positivo, Santo Tomás, según Vallet De Goytisolo, concibe sus leyes no como el fruto de una razón deductiva, descendente silogísticamente de unos principios ideales, sino que, con un realismo total, la premisa menor de las conclusiones sería un juicio prudencial que debe partir del conocimiento de la realidad. Es preciso que se copie de la naturaleza para “*no correr el riesgo de perderse en los caminos antinaturales del idealismo o del subjetivismo político*”<sup>51</sup>.

*De ars imitatur naturam*, dice Vallet, que llega incluso a emplear el término de realismo para Santo Tomás de Aquino, pues mucho más que el juicio teórico de la ley interesa la reacción que produce en el organismo social al que se aplica.

Realismo, aprecia también Vallet, al referirse al Derecho positivo consuetudinario tomista, que recoge la afirmación de Aristóteles de que las leyes reciben su máxima eficacia de la costumbre (Política, II, capítulo V, 14), pudiendo en casos excepcionales prevalecer lo que constituye la totalidad del pueblo como su propia ley cuando sea libre y capaz de ello o cuando lo tolere aquel a quien pertenece instituir las leyes. De todos modos, la costumbre para tener valor de ley ha de ser racional.

*“El papel básico del Derecho positivo en cualquier caso es mayor en aquello indiferente al Derecho Natural, a lo que la ley escrita da su fuerza y autoridad. En lo no indiferente, todo lo más lo escribe, pero no lo instituye, pues la ley escrita ni*

---

<sup>51</sup> Ibídem. Pp. 773.

*da fuerza al Derecho Natural, ni puede disminuírsele o quitársele*"<sup>52</sup>. De ahí que se hable de iusnaturalismo.

Además, Santo Tomás en ningún momento deriva el *deber ser* del *ser*, sino que la razón especulativa estudia el *ser: esto es bueno*, y la razón práctica el *deber ser: esto debe hacerse*. Se trata de dos predicados, uno dirigido al conocimiento y otro a la acción.

Igual alusión al mundo valorativo supone el que Santo Tomás habla de la ley eterna, de la que toda ley deriva, y de la ley divina, que en su manifestación positiva se divide en antigua y nueva, referidas, respectivamente, al gobierno por el temor y por el amor, que se contienen en el Decálogo del Antiguo Testamento, una, y en el Nuevo Testamento, la otra.

Es también interesante para destacar la vertiente iusnaturalista del autor, el que se hable del Derecho Positivo como del instaurado por convenio público o privado, lo cual presupone un estadio previo al de sociedad civil, el de naturaleza. Por todas estas razones nos parece más adecuada la interpretación de Santo Tomás como iusnaturalista en su acepción normal.

---

<sup>52</sup> *Ibíd.* Pp. 647.

### 2.2.5. ¿ES UN TEÍSMO O PERSONALISMO CRISTIANO?

Pizzorni<sup>53</sup> contempla en una obra el fundamento ético-religioso, más que jurídico, del Derecho en Santo Tomás. En ella realiza un recorrido por el iusnaturalismo ateo, que se funda en la sola naturaleza racional del hombre, independientemente de cualquier referencia a Dios. Esta doctrina va desde sofistas como Protágoras, pasando por el antropocentrismo renacentista, el kantismo, la fenomenología, el historicismo, el existencialismo o Grocio, que en palabras de Pizzorni Sólo indirectamente reconduce el Derecho a Dios, hasta Vico, que se alza contra este laicismo.

Frente a esta línea de pensamiento rastrea el autor la evolución histórica del concepto de *ley eterna*, que, desde la Sagrada Escritura, Sófocles, Platón, Aristóteles o los estoicos, pasando por Cicerón y San Agustín, llega a su manifestación clásica en Santo Tomás y la Escolástica.

Frente a Cotta, Pizzorni manifiesta que *“la ley eterna es fundamento de las demás tanto formal como materialmente y califica de importante el papel de la razón en Santo Tomás”*<sup>54</sup>. El autor intenta a través de Santo Tomás expresar su propia concepción de la validez, que tendría justa solución en el personalismo

---

<sup>53</sup> Pizzorni, Reginado. EL FUNDAMENTO ÉTICO-RELIGIOSO DEL DERECHO SEGÚN SANTO TOMÁS DE AQUINO. Alianza Editorial. España. 1998.

<sup>54</sup> *Ibidem*. Pp. 243.

crisiano, como doctrina intermedia entre el estatalismo totalitario el individualismo capitalista.

Así, la actualidad del Derecho Natural estaría en considerar más allá y sobre la ley positiva a la persona humana, a la cual debe ordenarse y, si es necesario, subordinarse la ley.

## **2.3. EL IUSNATURALISMO REALISTA DE SUÁREZ**

### **2.3.1. ANÁLISIS DE *DE LEGIBUS***

Francisco Suárez<sup>55</sup> en *De Legibus*, su obra cumbre, expone su más acabada teoría de la ley, de indudable corte iusnaturalista, así como la de otros autores con los que la compara, entre ellos Santo Tomás de Aquino. Suárez dedica en esta obra una primera parte a la ley en general. Una segunda parte se ocupa de la ley eterna y la ley natural. Posteriormente el autor se refiere a la ley humana y civil.

---

<sup>55</sup> Suárez, Francisco. *DE LEGIBUS*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 1971.

Por lo que respecta a la ley en general, Suárez la define como *commune praeceptum, iustum ac stabile, sufficienter pro mulgatum* y se pregunta si “es esencial a ella ser justa y haber sido justamente promulgada”<sup>56</sup>.

La respuesta es afirmativa. La ley divina es imposible que sea injusta. La ley humana, si es injusta, es imposible que sea obligatoria.

Esta justicia debe entenderse, como dice Santo Tomás, en un doble sentido. Por un lado, sería la justicia del acto que deba realizar el súbdito en virtud de la ley y, por otro, sería la justicia del acto de imposición de la ley al súbdito. Sería tanto una justicia conmutativa (jurisdicción de su autor) como distributiva (proporcionalidad en la forma y sujetos destinatarios). En la misma línea, se pregunta Suárez si «el efecto que la ley pretende es hacer buenos a los súbditos. Aquí Suárez es aún más tajante que Santo Tomás. Mientras este considera que la ley civil, aunque no haga al hombre bueno absolutamente, le hace buen ciudadano, lo cual es ser bueno de manera relativa, Suárez dice que las leyes civiles, que son propiamente leyes, en realidad no sólo hacen bueno al hombre en sentido relativo, conforme a los términos indicados, sino absolutamente, pues persiguen el bien moral y honesto, porque éste es el único modo de lograr la convivencia pacífica buscada por el Derecho.

---

<sup>56</sup> *Ibidem*. Pp. 72.

Además de la justicia, como requisito material, Suárez se pregunta, en cuanto a la forma, si es necesario que la ley se otorgue por un poder público y qué promulgación es necesaria y suficiente para la ley. A la primera cuestión responde que para el otorgamiento de la ley se precisa poder de jurisdicción, de carácter público, y no basta el poder de dominios, de naturaleza privada. Además, no puede otorgar la ley todo poder de jurisdicción (no así los jueces), sino sólo el poder soberano y el inferior sólo en la medida en que éste lo autorice. Distingue, asimismo, Suárez entre poder legislativos y mero poder preceptivo; igual que no es lo mismo precepto que ley, porque no todo precepto es ley, aunque toda ley es precepto.

Por lo que respecta a la promulgación, entendida como publicación, ésta es necesaria y esencial, no así la aceptación de los súbditos, pues entonces el fundamento de la obligatoriedad de la ley sería ésta y no la propia ley. *“Por lo tanto, cuando se dice que la ley humana se ratifica por la costumbre, hay que entenderlo no tanto de Derecho como de hecho”*<sup>57</sup>.

De cualquier modo, no basta como requisito formal que la ley esté escrita con intención clara del soberano de establecer un precepto estable y general. Se precisa la promulgación. En la ley natural basta la revelación divina y luego la

---

<sup>57</sup> Ibídem. Pp. 146.

transmisión de padres a hijos por medio de la tradición. En las leyes divinas Dios es el poder supremo que hace a la vez de juez, legislador y rey.

Como último interrogante respecto a la ley en general, se pregunta Suárez si es la obligatoriedad el efecto próximo y adecuado de la misma en el sentido de ser un efecto de toda ley y sólo de la ley. La respuesta dada es negativa. Ni sólo las leyes obligan, ni todas las leyes obligan. No así la ley permisiva (pues la permisión se opone por definición a la obligación), ni la ley penal (pues a la pena no está propiamente obligado nadie), ni el privilegio (pues cada uno es dueño de renunciar a él). Frente a esto se encuentra la afirmación de Santo Tomás, De Castro o San Agustín, de que *no hay ley sin obligación*.

A la hora de clasificar la ley, Suárez distingue siguiendo a sus predecesores entre la ley eterna, que es la ley por esencia, que posee de suyo fuerza de obligar, la ley divina, como participación más inmediata de la ley eterna, la ley natural, como emanación también directa de aquélla y la ley humana, que es efecto mediato o indirecto de la primera. Es un principio de la ley eterna el ser ley por antonomasia, y toda otra ley debe ser necesariamente efecto de ella. Según la misma, hay que obedecer a los superiores. En realidad, la ley eterna no se puede decir que obligue por sí. Se podría decir que es obligativa, es decir, de carácter potencialmente obligatorio.

De ahí que para que la ley eterna obligue directamente o de hecho, debe ir unida necesariamente a alguna otra. En el caso de la ley divina, la razón fundamental y próxima de la obligación es la propia ley eterna. En la ley humana, la ley eterna contribuye a la obligatoriedad a manera de causa universal, pero la causa próxima de obligatoriedad es la propia ley humana.

En torno a la cuestión de si la ley eterna es una o son varias, Suárez responde que *“es una, como tal ley, pero contiene en sí una pluralidad de leyes conceptualmente distintas. Incluso la ley natural sería una, pero de modo distinto: En la ley natural se da la unidad de un conjunto, mientras la unidad de la ley eterna es de absoluta simplicidad”*<sup>58</sup>.

En cuanto a la ley humana, Suárez la considera como una necesidad para el mantenimiento del orden dentro de una comunidad. En ella el gobernante humano cuando es soberano en su orden tiene facultad para dictar leyes civiles o humanas. Así, aunque el poder político no sea algo que haya nacido con la naturaleza, no es tampoco contrario a ella. Frente a la teoría del origen divino del poder de los reyes, Dios o la Naturaleza no habrían conferido el poder legislativo a ningún hombre concreto, por una acción o concesión especial, diferente de la creación, sino a toda la colectividad humana, una vez que se constituye como comunidad perfecta y autónoma, la cual puede ser privada de él para transferirlo a

---

<sup>58</sup> Suárez, Francisco. Op Cit. Pp. 134.

otro titular. Es el caso de la monarquía, que para Suárez es la mejor forma de gobierno. El poder monárquico, formalmente considerado, procede de Dios, pero el que se dé en la persona con creta del monarca resulta de la concesión del propio pueblo.

En este sentido, es de Derecho humano, pero, una vez transferido al monarca, el Derecho Natural obliga a obedecerlo. Se dice así que el poder monárquico tiene como primer título el proceder de Dios, como segundo título la sucesión hereditaria y como tercer título la guerra justa. Depende también de los hombres el que el sistema de gobierno sea monárquico o no y su amplitud mayor o menor, de acuerdo con el pacto o convención.

En cualquier caso, el poder legislativo no depende de la fe o de las costumbres del soberano, por corresponder esto a un orden superior. Por otra parte, *“dicho poder legislativo se da también en aquellas comunidades políticas que se gobiernan directamente -aristocracia y democracia-, las cuales no habrían transferido el poder de la soberanía a gobernante alguno”*<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> *Ibidem*. Pp. 296.

*“La ley civil dada por una comunidad obliga a todos los miembros de la misma. Se plantea aquí la cuestión de si obliga también al propio soberano”*<sup>60</sup>. Suárez contesta a esto distinguiendo entre aquellas leyes cuyo carácter y contenido son universales y comunes al propio gobernante, así la ley de precios, y aquellas cuyo contenido no es común a él, como es el caso de la ley que ordena que nadie lleve armas.

En cualquier caso, afirma Suárez, *“la ley no obliga nunca al soberano en su aspecto coactivo, ya que la coacción ha de venir de fuera y no puede hacerlo de los súbditos, por ser inferiores, ni de los superiores, al no haberlos, ni de los iguales al soberano, porque éstos no tienen jurisdicción sobre él”*<sup>61</sup>. En este punto coincide Suárez con Santo Tomás.

### **2.3.2. INTERPRETACIÓN DE SU DOCTRINA DE LA VALIDEZ**

Una vez visto el pensamiento expreso de Suárez en el *De Legibus*, siguiendo la exposición de Macía Manso en sus estudios monográficos sobre el tema antes citados, podemos interpretar el problema de la validez del siguiente modo. Aunque no explícita y formalmente, sí subyace en el pensamiento de Suárez la distinción, por un lado, entre ley jurídico-natural y ley moral-natural y, por otro, entre ley jurídico-natural y ley jurídico-positiva.

---

<sup>60</sup> Torres López, M. LA SUMISIÓN DEL SOBERANO A LA LEY EN VITORIA, VÁZQUEZ DE MENCHACA Y SUÁREZ. Anuario de la Asociación F. de Vitoria. España. 1933. Pp. 125.

<sup>61</sup> Suárez, F. Op Cit. Pp. 296.

La primera lo es en virtud de su principio de validez, que es el poder legislativo humano y la razón natural práctica, respectivamente. Por el contrario, la segunda distinción lo es por razón de la materia (según ésta se halle o no preceptuada por la ley moral natural), pero el principio de validez es el mismo en los dos casos, el poder legislativo.

Lo que ocurre es que mientras en la ley jurídico-natural el legislador humano se limita a integrar la ley moral natural, conservando su naturaleza moral y sólo asumiendo y promulgadas, en la ley jurídica positiva realiza una total creación (no ya recreación).

Aquí la ley moral natural da sólo el contenido y con él se forman preceptos jurídicos, transformando los morales. Estaríamos, respectivamente, ante una ley humana declarativa de la ley natural y constitutiva de nuevo Derecho.

En el caso de la distinción entre la Moral y el Derecho se exigiría el reconocimiento de la existencia de una norma propiamente jurídica que obligue al cumplimiento de la normativa moral natural, que se aplicaría sólo en defecto de la positiva, jerarquización que da coherencia al sistema eliminando las antinomias. Se trata de un tercer principio coordinador de los dos principios de validez existentes.

En el segundo caso (Derecho Natural/Derecho Positivo) se habla en Suárez por Macía Manso de iusnaturalismo realista porque en él tanto el Derecho Natural como el Derecho Positivo tienen naturaleza real y, además, al derivar de un mismo principio de validez, igual jerarquía óptica. Estaríamos no ante dos ordenamientos jurídicos, sino ante dos subconjuntos de un mismo ordenamiento.

En esto se diferencia Suárez, tanto de la igualdad fundamental propugnada por la Escolástica, así Santo Tomás, en la que el Derecho Natural es no obstante superior al Derecho Positivo, como de la desigualdad fundamental, propugnada por los positivistas, algunos de los cuales llegan incluso a no admitir más Derecho que el Positivo.

Otra diferencia es que Suárez considera todas las normas jurídicas de naturaleza real, mientras que Santo Tomás sólo considera tal el Derecho de Gentes, en cuanto ley natural positivizada. Además, a diferencia esta vez del positivismo, que formula el poder político sin límites en el establecimiento del Derecho, para Suárez *“éste tiene límites, tanto en su fin, el bien común, como en los medios empleados para obtenerlo”*<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Ibídem. Pp. 225.

Concentrando más las diferencias de la ley jurídico-natural con la ley moral natural, por un lado, y con la ley jurídico-positiva, por otro, del pensamiento de Suárez según Macía Manso se puede hacer la siguiente síntesis.

*“La ley jurídico-natural, a diferencia de la ley moral natural:*

- 1) Tiene como ámbito material las relaciones externas, no las internas;*
- 2) Se promulga de manera externa, pública, sensible e histórica en un código taxativo, no de forma interna, privada y espiritual;*
- 3) Su justicia es relativa y parcial y tiene en cuenta el bien común de la comunidad, cabiendo la epiqueia, haciendo sólo buenos ciudadanos. No es absoluta o total, en sí misma, teniendo en cuenta el bien común de la naturaleza humana y haciendo también buenas personas;*
- 4) Su obligatoriedad es externa, sobre el qué, y no interna, sobre el porqué o motivación, pues ésta sólo Dios la conoce. Aquélla es coactiva, ésta, de imponer sanciones, serían ultraterrenas;*
- 5) Se dirige a una comunidad perfecta, determinada, no a todo el género humano;*
- 6) Su estabilidad es menor, porque afecta no sólo a la materia, a la aplicabilidad, sino también al ser o existencia del precepto. Se trata de una universalidad condicionada a que no cambie la materia”<sup>63</sup>.*

---

<sup>63</sup> Macía Manso, R. DOCTRINAS CLÁSICAS IUSNATURALISTAS. Op Cit. Pp. 237-238.

En cuanto a la distinción entre la ley jurídico-natural y la ley jurídico-positiva, la misma tiene menos criterios diferenciadores que la anterior. Entre los mismos destacan:

- 1) *“El ámbito material perceptual, según sea determinado positiva o negativamente por la ley moral, procediendo una selección, o indeterminado e indiferente respecto a la ley moral, procediendo su determinación;*
- 2) *La justicia, según sea absoluta, en función de los derechos humanos en sí, o relativa, en aras del bien común y el progreso social;*
- 3) *La estabilidad mayor o menor, con un ritmo de cambio menos o más rápido, y*
- 4) *La generalidad, según sean normas comunes a todos o peculiares de algunos”<sup>64</sup>.*

## **2.4. OTRAS DOCTRINAS IUSNATURALISTAS**

También se manifiesta partidario de la orientación iusnaturalista Summers por los grandes beneficios que reportan la ampliación de los exámenes de validez relativos al contenido de la ley (*content-oriented tests*), que son inherentes a esta opción. Entre estos beneficios destaca Summers los siguientes.

---

<sup>64</sup> *Ibíd.* Pp. 296-297.

En primer lugar, estos exámenes orientados al contenido tenderían a ejercer una poderosa influencia en los legisladores, que intentarían hacer leyes buenas.

En segundo lugar, estos exámenes conferirían poder a los jueces para invalidar las leyes malas o injustas. Para este autor, *“un sistema legal que permitiese invalidar o suplir la ley putativa no sólo a través de actos de reforma por parte de los legisladores, sino también por la interpretación y aplicación de content oriented tests de validez estaría más preparado con el paso del tiempo a tener leyes satisfactorias”*<sup>65</sup>.

En tercer término, señala Summers como ventaja la posibilidad conferible a los jueces cuando la ley no satisfaga esos exámenes de validez no sólo de invalidarla, sino también de construir una ley favorable a los mismos.

En cuarto lugar, se encontraba el problema de la interpretación, que de acuerdo con esta orientación posibilitaría la superación de una jurisprudencia mecánica, que se limitase a seguir la ley por el mero hecho de ser formalmente tal.

En último lugar, así se contribuiría a elaborar una *teoría* de la naturaleza de la ley más saludable, en el sentido de considerar que la calidad del contenido de la

---

<sup>65</sup> Summers, Robert. S. Op Cit. Pp. 79.

ley es relevante para su misma *naturaleza* de ley, concibiendo dicha ley como una mezcla de autoridad y racionalidad. De este modo podría parecer que nos encontramos ante un juez legislador y ante la posibilidad de creación judicial del Derecho al modo en que la propugnara la Escuela Libre del Derecho y el Código Civil suizo, lo cual es ajeno a algunos sistemas jurídicos. Sin embargo, para Summers se trataría simplemente de “*un modo de hacer explícito lo que está implícito en la ley*”<sup>66</sup>.

Por el contrario, se manifiesta opuesto a un fundamento deontológico o iusnaturalista Garzón Valdés cuando señala que “*el mismo no permite solucionar, como a primera vista pudiera parecer, el problema de la recursividad o circularidad que, como veremos, presentan las doctrinas positivistas*”<sup>67</sup>. Esto es así porque aquel fundamento no hace sino referir la validez de las normas positivas a normas supra-empíricas como son las del Derecho Natural y las del Derecho Divino, y en última instancia a la voluntad de un Dios legislador. Pero la orden de un superior, aunque sea Dios, no resultaría vinculante a menos que admitamos alguna norma que diga, por ejemplo: debe hacerse lo que Dios ordena.

Pero en este caso ¿esta norma es dictada por Dios o debe presuponerse dogmáticamente? Si es dictada por Dios, estamos de nuevo frente al mismo

---

<sup>66</sup> *Ibidem*. Pp. 81.

<sup>67</sup> Garzón Valdés, E. ALGUNOS MODELOS DE VALIDEZ NORMATIVA. En: ESTUDIOS EN HONOR DEL DOCTOR LUIS RECASENS SICHÉS. UNAM. México. 1980. Pp. 392.

problema que queríamos solucionar. Si es presupuesta dogmáticamente, nos encontramos ante los mismos inconvenientes que se pueden señalar a la norma básica positivista.

Finalmente, aunque sin entrar en su análisis concreto, sí merecen destacarse las doctrinas iusnaturalistas de Michel Villey o las de Federico De Castro o Juan Berchmans Vallet De Goytisolo.

## **2.5. COMENTARIOS FINALES**

No existe un Derecho Natural común o general, por las diferencias culturales entre países, ni siquiera en materia de derechos humanos. Desde una perspectiva histórico-jurídica, se quiso tomar el “ius commune” justineano bajo la idea de derecho perfecto común, pero prontamente fue superado por el nacionalismo jurídico, la costumbre.

No es cierto que el iusnaturalismo escolástico sea totalmente teológico, se aproxima a una construcción racional de la comunidad, ya que el bien común, es material.

La ley natural es el parámetro de validez de la ley humana, se fundamenta en la característica de su inmutabilidad, eternidad, frente a la contingencia de la ley humana. Que se opte o no por el teísmo es una cuestión de criterio personal.

El iusnaturalismo religioso no puede superar la validez universal de la ley natural, por las diferencias culturales humanas, de ahí la necesidad de crear el Derecho de Gentes, con principios de validez internacional, basado en la razón humana.

No existe una moral de carácter jurídico, solo normas deontológicas y la autonomía de la voluntad que pueden positivizarse en cualquier sistema jurídico por las fuentes del derecho.

La validez iusnaturalista se fundamenta en valores, que adquieren la categoría de principios jurídicos desde una perspectiva formal. La ley humana, es válida, formalmente, si respeta dichos principios axiológicos. La validez material de la ley humana, dependerá del examen del contenido correspondiente: sin embargo, las categorías de rectitud, justicia son contingentes, dependen del caso concreto.

Es posible obedecer una ley inmoral, en forma pasiva, pero este es un problema no relacionado con la validez del Derecho.

La exigencia de actuar en conciencia por la autoridad, hace que surja un iusnaturalismo realista.

La ley civil se dirige al ciudadano, sin embargo, como persona, puede desobedecerla si considera su injusticia o inmoralidad.

La costumbre es un parámetro de ratificación de la ley humana, si se entiende *secundum legem*, es decir, como reiteración de la aceptación de su obligatoriedad, desde un punto de vista sociológico jurídico.

No se puede condicionar la obligatoriedad de la ley eterna a la ley humana, de lo contrario sería contingente.

Suarez reconoce la existencia de una ley humana positiva desvinculada de la ley divina o de la ley eterna, pero que transforma principios morales naturales.

Desde una perspectiva iusnaturalista, los jueces no pueden invalidar leyes malas o injustas, por el principio non liquet, deben fallar buscando la interpretación más justa o buena de la ley posible.

Se debe diferenciar la ley divina en aquellos ordenamientos jurídicos teológicos, de la ley humana religiosa, considerando el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico particular.

**CAPÍTULO III**  
**EL FUNDAMENTO LÓGICO O POSITIVISTA**  
**DE LA VALIDEZ DEL DERECHO**

El presente Capítulo expone las principales teorías iuspositivistas, que surgen como un constructo racional científico, ajeno a cualquier consideración extra jurídica, por lo que apuntan a la creación de una verdadera Teoría del Derecho. En primer lugar, con las primeras experiencias constitucionalistas, en la que dicho instrumento carecía de valor jurídico, se buscó el fundamento de la validez del Derecho en la soberanía, el poder público, o en el Estado de Derecho. Posteriormente, la teoría pura del Derecho kelseniana, expone la validez sistemática y escalonada jerárquica de las normas en forma piramidal teniendo en la norma fundamental o básica el origen estático de la validez de todo el sistema. Mientras que Hart propone la regla de reconocimiento como parámetro de validez hipotético de cada una de las normas. Finalmente, Dworkin estima que los principios son las reglas fundamentales de validez que aparecen judicialmente para resolver los casos difíciles.

### **3.1. LAS TEORÍAS DE LA SOBERANÍA**

#### **3.1.1. VON WRIGHT Y LAS NORMAS SOBERANAS**

Para Von Wright una norma es válida cuando existe una norma de orden superior que autoriza su creación. La validez es aquí un concepto relativo. Pero, a diferencia de Kelsen, no es que la validez de una norma dependa de la validez de otra superior, sino, aproximándose a la concepción hartiana, depende de la existencia de ésta. Los escalones de esta validez constituyen una cadena de subordinación. La peculiaridad de la concepción de Von Wright es el calificar a la última norma en la que termina la cadena de subordinación como norma soberana, la cual no es ni válida ni inválida. Pueden existir, asimismo, normas inválidas, que son aquellas cuya creación está prohibida otra norma existente. Así pues, Von Wright no identifica validez y existencia.

Junto a la validez relativa, que se confiere a cada norma por la norma superior que autoriza su creación, existe una validez absoluta, que deriva de la remisión a la norma soberana. La noción de validez absoluta es secundaria y presupone la noción de validez relativa, mientras que ésta no requiere aquélla. En este modelo de validez se dice que las normas soberanas son incluidas en el sistema por definición. Se evita así el problema de la recursividad y la membresía existentes en los modelos de Kelsen y de Hart. La norma soberana existe en base a una definición y no según los criterios pertenecientes al sistema.

*“Podría suceder que una norma sea válida con relación a una cadena de subordinación e inválida respecto a otra. Queda así clara en principio la posibilidad de existencia de varias normas soberanas”*<sup>68</sup>. También podría el último eslabón de la cadena de subordinación ser una norma inválida que, aunque emitida en virtud de un acto ilegal, ha podido llegar a adquirir existencia, por ejemplo, en un contexto revolucionario. *“Pero, a la postre, esta norma inválida o dejará de existir por completo, siendo invalidada, o dejará de existir como tal norma inválida para convertirse en soberana”*<sup>69</sup>.

### **3.1.2. JELLINEK Y EL PODER SOBERANO FORMAL**

Para Jellinek la validez de las normas es de naturaleza formal, porque es independiente de su contenido material y se funda exclusivamente sobre la continuidad formal de las fuentes de las cuales adquieren existencia los tres elementos de que consta el Estado: el pueblo, el territorio y el poder soberano. Estos constituyen lo que se llama *Estado* entendido no como realidad sociológica, sino como realidad jurídica, no como realidad pensable, sino como realidad pensada, es decir, considerado no desde el punto de vista empírico, sino desde el punto de vista jurídico-formal. Para evitar la referencia sociológica, Jellinek ha

---

<sup>68</sup> Garzón y Valdés, E. ALGUNOS MODELOS DE VALIDEZ NORMATIVA. En: ESTUDIOS EN HONOR DEL DOCTOR LUIS RECASENS SICHES. UNAM. México. 1980. Pp. 393.

<sup>69</sup> Delgado Pinto, J. LA VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA. En: ESTUDIOS EN HONOR DEL DOCTOR LUIS RECASENS SICHES. UNAM. México. 1980. Pp. 239.

separado los conceptos de poder de *facto* y poder de *iure* y ha considerado como objeto de la ciencia jurídica exclusivamente este segundo.

Es importante la concepción de Jellinek del Estado de Derecho. Con tal expresión ha querido designar ya no el Estado que está limitado por un Derecho a él preexistente y de él independiente, sino el Estado que soberanamente libre en la creación del propio ordenamiento se somete en el ejercicio de su actividad al ordenamiento por él mismo creado y positivizado. Es en el intento de definir en términos rigurosamente formales el concepto de soberanía donde se encuentra la obra de Jellinek: de la misma manera que intentó distinguir el concepto jurídico del concepto sociológico de Estado, Jellinek trató de diferenciar el concepto jurídico del concepto ético y político de soberanía, del que tanto se habían ocupado grandes teóricos de la soberanía como Bodino. Conforme al concepto jurídico-positivo y formal de la soberanía ésta constituye el fundamento de la validez formal, siendo el Estado soberano en el sentido de que no puede tener más derechos y poderes que los que él mismo se atribuyó positivamente. A esta soberanía entendida en sentido formal no le es posible predeterminedar contenido alguno.

Así concebido el fundamento de la validez, descansando en la soberanía estatal entendida en sentido formal, se ve cómo en la teoría de Jellinek el fenómeno jurídico se considera como una manifestación de la fuerza de condicionamiento que el poder ejercita sobre la sociedad. Puesto frente al

problema de explicar el paso del poder de facto al poder *de iure*, Jellinek acude al concepto de costumbre: el uso del ejercicio del poder soberano crearía la *opinio iuris* de su legitimidad. Queda así oscurecida la doctrina de la validez formal por este reclamo hecho a la efectividad, que daría entrada a un cierto y necesario condicionamiento de la sociedad sobre el poder.

### **3.1.3. TEORÍAS DEL SOBERANO COMO SUJETO**

#### **A) La teoría utilitarista del soberano de Bentham**

Jeremy Bentham, siguiendo en esto a su maestro Blackstone, sostiene que *“el término Derecho no puede tener sino un sentido moral. Significa lo que es conveniente o razonable, lo que es útil”*<sup>70</sup>. En la doctrina de Blackstone era el poseer derechos subjetivos absolutos, sobre todo el de propiedad; en la doctrina de Bentham, el poseer la riqueza económica. Bentham y sus discípulos confunden, en consecuencia, y deliberadamente, lo justo con lo útil, el bien con el placer. Y este paso del hecho al valor se opera en el sistema de Bentham al nivel de la ciencia económica. Es precisamente el apogeo del liberalismo industrial y comercial en la Europa de la época lo que le incitó a dicha identificación. El bien no puede tener para un economista materialista más que un contenido material, encaminado al desarrollo de la producción y al aumento de la riqueza. Es la regla de la libertad de la Riqueza de las Naciones de Adam Smith. A diferencia de Aristóteles, que distingue entre el placer sensual y el placer contemplativo o intelectual, para Bentham los placeres y las penas no pueden tener más que un

---

<sup>70</sup> El Shakankiri, Mohamed. LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE JEREMY BENTHAM. Editorial Bosch. Barcelona. 1970. Pp. 126.

contenido material, físico. La economía política adquiere así en nuestro autor el rango de rama de la legislación, al servicio de una clase social, la burguesía. “*El placer, el bien, el Derecho pueden en estas condiciones ser identificados*”<sup>71</sup>.

En cuanto al origen y definición de la ley jurídica, Bentham comienza su exposición describiendo un estado de libertad que precedería a toda intervención legal. No se podría definir la norma más que oponiéndola a la ausencia de reglas, a la libertad. Desde este punto de vista, la ley se considera como expresión de la voluntad de un soberano. Es el mismo fundamento que luego veremos en Austin. Por soberano se entiende aquella persona o asamblea de personas a las cuales toda la comunidad política se supone que está en disposición de obedecer, con preferencia a la voluntad de cualquier otra persona. Se trataría de un poder imperativo (*power of imperation*) sobre las personas, cuya última causa eficiente es precisamente una disposición para obedecer por parte de esas personas. La causa eficiente del poder del soberano es, por tanto, ni más ni menos que la disposición a la obediencia por parte de la gente.

La primera función del soberano es la de establecer la seguridad mediante normas obligatorias. “*Tal soberano podría ser un jefe de Estado, un rey, una asamblea legislativa, un dictador, un tirano... Lo que sea importa poco. Lo esencial es que esté en una situación de fuerza, en una situación que le garantice la obediencia de los sujetos a la norma que merma su libertad*”<sup>72</sup>. La ley positiva,

---

<sup>71</sup> *Ibidem*. Pp. 251.

<sup>72</sup> *Ibidem*. Pp. 260,

para Bentham, no es otra cosa que un signo por el cual el soberano hace conocer su voluntad.

Los mandatos del soberano pueden serlo de dos maneras, o por concepción o por adopción. En el primer caso, es del propio soberano del que emana la norma. En el segundo, ésta procede de otra persona. La distinción sería como si para mandar a un sirviente se hace diciendo: *Vete y haz esto y esto*, mencionando el qué; o simplemente diciendo: *Vete y haz lo que el señor te ordena*. A su vez, la adopción puede ser, por el tiempo, *suspection* o *pre-adoption*, según los mandatos que el soberano en cuestión debe adoptar estén ya dictados o no. “Según las personas, en el primer caso el soberano en determinado momento acepta también los mandatos de los soberanos anteriores, así como aquellos de los detentadores del poder imperativo. Por el contrario, en el segundo supuesto sólo adopta las normas de estos últimos”<sup>73</sup>.

Una vez vistos los planos de la legitimidad y de la legalidad, y por lo que respecta a la relación de ésta con la eficacia, cabe señalar que el concepto de eficacia, aunque no utilizado expresamente por Bentham, está ya latente en sus escritos. Así por el término *ley* él entiende también el conjunto de reglas jurídicas que gobiernan una sociedad dada. El pensamiento de Bentham Sobre este problema podría ser interpretado de dos modos.

---

<sup>73</sup> Bentham, J. SOBRE LAS LEYES EN GENERAL. UNAM. México. 1970. Pp. 21.

Se puede, en primer lugar, decir que Bentham confunde y fusiona la validez con la eficacia del orden jurídico en su conjunto. Pero se puede también interpretar a este autor de otra forma. El estudio de la filosofía jurídica, dicen algunos especialistas, no puede ser aislado del medio social en el cual los autores cuyas doctrinas se trata de interpretar han vivido. Una relación, en cierto modo dialéctica, de lo concreto histórico y económico con lo abstracto filosófico. En parte por el éxito de la economía liberal y en parte por la necesidad de orden y seguridad, el autor habría creído que la ley positiva no podría elaborarse sin un fundamento, aquel de la creencia en el valor de la seguridad.

Una especie de norma fundamental, no expresa, de norma subjetiva con efectos de conferir validez, se encontraba así situada en la cúspide del ordenamiento jurídico. La eficacia sería la condición necesaria de la existencia del mismo, pero el fundamento último de su juridicidad sería el valor de la seguridad, que la autoridad material encarna con su reglamentación.

*“No obstante, esta interpretación tiene el defecto de explicar la validez del Derecho relativamente, de un modo sólo aplicable a la época que le tocó vivir a Bentham. El benthamismo no sería válido para todo tiempo y lugar”<sup>74</sup>.*

De lo dicho se deduce que la esencia de toda ley es la noción de imperativo creador de obligaciones. No habría así ninguna diferencia de naturaleza entre el Derecho público y el privado, entre el Derecho civil y el penal. Por otra parte, ese

---

<sup>74</sup> El Shakankiri, Mohamed. Op Cit. Pp. 262.

imperativo que se manifiesta en la ley hace pensar en la teoría contemporánea de la formación del Derecho por grados. Así existiría una ley general primaria, la cual no podría atender directamente a la modificación de los hechos. Las reglas que implican directamente una transformación de los mismos serían extremadamente raras.

El soberano no podría atribuirse la cualidad de agente de ejecución cada vez que resulta necesario para la aplicación de su reglamentación. Por eso existen una segunda y tercera normas intermedias, subsidiarias o secundarias respecto de la primera o principal. De este modo, el mundo del Derecho en Bentham estaría compuesto de una *“cascada de reglas atributivas de competencias y de poderes, y de una última regla de ejecución”*<sup>75</sup>

## **B) La teoría de Austin del soberano *de facto***

Otra construcción interesante a la hora de fundamentar la validez del Derecho es la teoría del soberano de un típico representante del positivismo jurídico decimonónico como es Austin. *“Para este pensador el fundamento de la validez se encuentra en la autoridad que viene de fuera, de la persona del soberano a quien corresponde el poder de crear normas, y en el hábito de obediencia de los súbditos”*<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Bentham, Jeremy. LOS LIMITES DE LA JURISPRUDENCIA DEFINIDOS. Centro de Estudios Constitucionales. España. 1945. Pp. 228.

<sup>76</sup> De Páramo, Juan Ramón. H. L. A. HART. LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984. Pp. 297

Con Austin se da prioridad en las relaciones poder-sociedad al influjo del primero sobre la segunda, a las exigencias de la certeza y de la forma sobre las de la verdad y contenido. Esto puede chocar en un primer momento, dado que el contexto histórico y espacial en el que se desenvuelve el pensamiento austiniano es el anglosajón, en el cual la matriz del ordenamiento, del *Common Law* frente al *Statute Law*, parece ser de naturaleza histórico-empírica más que racional. La situación parecerá quizás menos extraña si se tiene en cuenta la doctrina del utilitarismo que se desarrollaba en Inglaterra paralelamente al racionalismo francés.

Según el utilitarismo *“el hombre no busca sino conseguir el mayor número de placeres y evitar el mayor número de dolores... Y nadie mejor que el propio interesado para juzgar lo que para él es bueno o malo... El interés colectivo se interpreta así como el resultado natural del juego de los intereses individuales. Por tanto, entre interés individual e interés colectivo no hay ni puede haber oposición alguna... Sin embargo, no se puede excluir la posibilidad de que existan también personas que dejándose guiar por las pasiones más que por la razón exijan lo malo para sí y turben la natural armonía que existe entre los intereses individuales y el interés colectivo y creen entre uno y otro un estado de incompatibilidad. En tal caso, aquello que no logra alcanzar la libertad, lo debe hacer el poder. De tutora de la libertad la doctrina del utilitarismo se ha transformado así en tutora de la igualdad. En cualquier caso, la que siempre domina soberana es la razón. En este clima racionalista y anti-histórico se encuadra la doctrina de Austin, que impartía lecciones en la Universidad de Londres, baluarte de la libre investigación científica,*

*frente a las tradicionales universidades de Oxford y Cambridge, todavía dominadas por una cultura humanística y teológica*<sup>77</sup>.

Para una ciencia fundada sobre la razón científica, el Derecho no podía aparecer más que como Derecho positivo. *“Austin por positividad entiende el ser la manifestación de voluntad de un sujeto que tiene legitimidad, a través de la efectividad, concebida como algo no coincidente con el hecho empíricamente verificable de la observancia”*<sup>78</sup>. Esto conduce a dar entrada al recurso mediador de una ideología pese a la profesión hecha por Austin de positivismo.

Son nociones fundamentales en el pensamiento de Austin, además de la efectividad, los conceptos de sociedad política independiente y de soberanía. Si un determinado superior humano que no tenga un hábito de obediencia respecto de un superior similar a él recibe la habitual obediencia de la masa de una determinada sociedad, dicho superior es soberano en esa sociedad y la sociedad (incluido el superior) es una sociedad política independiente. Soberano se es, pues, para Austin sólo en un sentido efectivo (más que jurídico), político o sociológico o, como él dice, de facto, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurría en la concepción de Jellinek.

---

<sup>77</sup> Meneghelli, R. EL PROBLEMA DE LA EFECTIVIDAD DE LA TEORÍA DE LA VALIDEZ JURÍDICA. Editorial Porrúa. México. 1975. Pp. 49-50.

<sup>78</sup> Castignone, S. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LA DOCTRINA IUSNATURALISTA E IUSPOSITIVISTA. UNAM. México. 1979. Pp. 168.

Para Austin hay efectividad cuando hay obediencia al soberano en cuanto responde a la utilidad global de la comunidad, superior al costo individual que puede significar la sumisión al mismo. Si no es efectivamente útil pierde su legitimidad pudiendo justificarse la resistencia a través de la mediación de la ética utilitarista; y es a través de esta mediación como llega a transfigurar el poder de *facto* en poder de *iure*, intentando así salvar también, a través del utilitarismo, el carácter positivo de la ciencia jurídica.

El concepto de poder efectivo en Austin no puede ser concebido en sentido histórico-sociológico. No se funda sobre cualquier ideología que históricamente se dé, sino exclusivamente sobre la ideología utilitarista.

Al lado del concepto de efectividad del poder soberano sobre el que se funda la legitimidad del poder mismo o, como hoy se diría, la validez del ordenamiento considerado en su conjunto, se encuentra la validez de las normas singulares. “*Para Austin la norma jurídica es un mandato, un imperativo de un soberano. La validez del ordenamiento sería de naturaleza ideológica y la de la norma singular sería, sin embargo, de naturaleza positivo-formal*”<sup>79</sup>.

Como consecuencia de ello, cualquier norma que, siendo juzgada como obligatoria, como es el caso de las normas internacionales y las consuetudinarias, no sea emanada como un mandato del soberano no puede considerarse una norma jurídicamente válida al menos hasta que dicho soberano la transforme con su voluntad soberana en tal. Una segunda consecuencia del carácter positivo-

---

<sup>79</sup> Meneghelli, R. Op Cit. Pp. 61.

formal de la validez de las normas concretas sería que cualquiera que sea el contenido de las normas éstas, por el sólo hecho de ser creadas por una fuente legítima, deben ser consideradas como válidas jurídicamente. Vemos, así, como al interpretar el concepto de validez jurídica de cada norma Austin ha tenido en cuenta sólo las exigencias de la certeza y de la forma. La validez cae así en unilateralidad, considerando el fenómeno jurídico como “*manifestación exclusiva del poder*”<sup>80</sup>.

Puede suceder respecto a la relación Derecho-Moral que los contenidos de la ley y los de la Moral positiva coincidan unas veces, no coinciden otras y a veces entren en conflicto. En este último caso no es contradictorio afirmar que ambos tipos de leyes son válidas con relación a sus respectivos fundamentos de validez. Y aun cuando los contenidos coinciden, esto no significa que no sean dos sistemas diferentes en cuanto al fundamento de validez.

H. L. A. Hart y J. Raz han expuesto en detalle todos los problemas que implica la admisión del concepto de soberano de Austin. Dice Hart que el mismo presenta un doble inconveniente. “*Por un lado, en la sucesión en la soberanía, la cuestión de por qué es ya Derecho el emanado del soberano sucesor. Por otra parte, en cuanto a la continuidad del De derecho, por qué el mismo es todavía Derecho bajo un nuevo soberano. Se argumenta para solventar este segundo*

---

<sup>80</sup> Austin, John. LA PROVINCIA DE JURISPRUDENCIA DETERMINADA. Editorial Ariel. España. 1954. Pp. 126.

*problema en base al reconocimiento tácito por el nuevo soberano del Derecho pretérito*<sup>81</sup>.

## **3..2. LAS TEORÍAS DE LA NORMA FUNDAMENTAL**

### **3.2.1. LA TEORÍA DE KELSEN SOBRE LA NORMA FUNDAMENTAL**

Hans Kelsen en su obra, *Teoría Pura del Derecho*, como es bien sabido, parte de una concepción del ordenamiento jurídico gradual, escalonada o piramidal. Así, paralelamente a la distinción que existe entre recopilación, como una mera yuxtaposición sucesiva de normas, y codificación, como un todo ordenado, el ordenamiento jurídico se concibe no como un simple agregado de preceptos que regulan el comportamiento humano, sino como un conjunto sistemático de ellos. En la cúspide se encontraría la Constitución a modo de *superley*, y a medida que se va descendiendo, por ejemplo, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, los decretos leyes y legislativos, los reglamentos y así hasta llegar a la base de la pirámide normativa, en la cual se encontraron las normas individuales y las concretas.

Entre las primeras, por razón del sujeto, se encuentran los contratos, las disposiciones administrativas y las sentencias judiciales. Entre las normas del segundo tipo, o normas concretas, se sitúan aquellas que, ya no por el sujeto sino por su objeto, regulen acciones particulares. Así se trataría de un proceso de

---

<sup>81</sup> Hart, H. L. A. EL CONCEPTO DEL DERECHO. Editora Nacional. México. 1980. Pp. 63.

progresiva individualización y concreción a partir de las normas generales (como opuestas a las individuales) y abstractas (como inversas de las concretas). Es precisamente mérito de Kelsen la aceptación de los mandatos o normas individuales, frente a la opinión tradicional de autores como Suárez que consideraban la generalidad como carácter de todo precepto jurídico.

*“Esta traba se soluciona mediante la distinción entre leyes en sentido material y leyes en sentido formal. Las primeras son las abstractas o normas en sentido estricto. Las segundas son las no normativas, cuyo contenido es un mero acto o resolución individual, aunque adopten la forma propia de las normas o leyes en sentido verdadero o material”<sup>82</sup>. Ya se aceptaban estas leyes individuales en el llamado Derecho Pretorio, como contrapuesto al *Ius civile*, o en la doctrina de la Escuela del Derecho Libre que propugna un juez legislador.*

Más abajo incluso de las normas individuales y concretas se encontrarían aquellos comportamientos constituidos por *actos de ejecución* espontánea o coactiva, por ejemplo, el cumplimiento de la pena. Y más arriba incluso de la primera Constitución histórica se encontraba, ya fuera de esta pirámide de normativa, como norma presupuesta e hipótesis instrumental lógico-trascendental más que como norma puesta positivamente, la llamada norma básica o fundamental, la *Grundnorm* kelseniana. Se trataría de una norma supuesta (no puesta), pensada (no querida), del contenido de un acto intelectual (no de un acto de voluntad). Todas las normas jurídicas, salvo la norma fundamental, que es

---

<sup>82</sup> Albaladejo, Manuel. DERECHO CIVIL I. INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL. Editorial Bosch. Barcelona. 1989. Pp. 23

norma sólo de producción, y estas normas de la base o último escalón del ordenamiento jurídico, que son normas sólo de ejecución, son a la vez normas de ejecución de las normas superiores y normas de producción de las normas inferiores. Los actos de producción jurídica expresan un poder y sería lo que se vería desde una perspectiva de arriba a abajo. Los actos de ejecución jurídica expresan un deber y son los obtenidos desde la perspectiva inversa o de abajo a arriba.

Peczenik<sup>83</sup> habla en el ordenamiento jurídico de tres niveles: el nivel constitucional, el nivel legislativo y el nivel ejecutivo. Existiría también un nivel curioso, el de las normas de *Fehlerkalkül* o cálculo de errores. Estas tendrían un nivel legal lógico superior al de otras normas del mismo nivel, pues decidirían la anulación de normas inferiores no sólo por un error formal, sino también por un error material, o la validez de normas formalmente no correctas.

Todas las normas de esta pirámide están unidas entre sí por el concepto de validez, que cada norma recibe de la superior. Se trata de una validez formal. La validez será la pertenencia de una norma jurídica al ordenamiento jurídico porque se ajusta a los criterios formales de producción de normas de ese ordenamiento. Se trata de que cada norma haya sido producida por el sujeto u órgano competente y en virtud del procedimiento establecido por la norma inmediatamente superior y así de escalón en escalón hasta llegar a la norma básica, no histórica, sino presupuesta.

---

<sup>83</sup> Peczenik, Aleksander. SOBRE LA NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL *GRUNDNORM*. UNAM. México. 1981.

A esta validez formal propia del positivismo corresponde, como se ha visto, una concepción del Derecho como sistema dinámico, frente a la concepción iusnaturalista de la validez no ya formal, sino material, conectada con el contenido de lo más particular a lo más general, propia de sistemas normativos estáticos. No obstante, incluso en la validez formal kelseniana hay que respetar unos límites materiales mínimos dados por la norma jurídica superior. Se trata de cumplir el requisito de cohesión o coherencia propio de todo ordenamiento jurídico, evitando en lo posible las antinomias.

*“La validez de todas las normas jurídicas es derivativa; la idea de derivación aquí indica una relación que es transitiva y asimétrica”<sup>84</sup>. La determinación de los elementos de la norma inferior por parte de la superior no ocurre exactamente de igual manera en los distintos niveles del ordenamiento jurídico.*

La Constitución, por ejemplo, determina por lo general solamente el órgano y el procedimiento para el dictado de las leyes; el contenido queda libre a la voluntad del legislador, salvo ciertas prohibiciones a los órganos. En cambio, *“el legislador no se limita a precisar el órgano y el procedimiento para dictar sentencias, sino que también impone a los órganos un contenido determinado.*

---

<sup>84</sup> *Ibíd.* Pp. 280.

*Quiere esto decir que la determinación de la norma inferior por la superior crece cuando descendemos un peldaño en el ordenamiento jurídico*<sup>85</sup>.

Matiza Esquivel Pérez que *“la determinación puede incluir el contenido de la norma inferior, pero nunca será tal que esta norma se deduzca lógicamente por completo del contenido de la norma superior -en cuyo caso no podría hablarse de dos normas-, existiendo siempre una determinación discrecional por parte del órgano aplicador de la norma superior al crear la norma inferior*<sup>86</sup>.

Vernengo distingue entre *“las normas generales hipotéticas, que no cuentan con validez plena, la cual sólo es atributo de las normas categóricas individuales*<sup>87</sup>. Así el acatamiento de las segundas sería condición suficiente de la propia validez inmediata y condición necesaria de la validez mediata de las primeras, que, en otro sentido, les confieren validez. Se ve así que hay una interacción entre los primeros escalones de la pirámide normativa y los superiores.

Por su parte, Letizia Gian Formaggio distingue entre las normas generales, que pueden siempre ser inferidas (*inferred*) de otra superior, y las normas individuales, que pueden ser sólo conformadas o basadas (*grounded*) en las normas superiores. Así afirma que *“una cosa es hacer la validez de las normas*

---

<sup>85</sup> Farrell, Martín Diego. HACIA UN CRITERIO EMPÍRICO DE VALIDEZ. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1972. Pp. 48.

<sup>86</sup> Esquivel Pérez, Javier. KELSEN Y ROSS, FORMALISMO Y REALISMO EN LA TEORÍA DEL DERECHO. UNAM. México. 1980. Pp. 132.

<sup>87</sup> Vernengo, Roberto J. VALIDEZ Y VERDAD EN LA TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS DE HANS KELSEN. En: ANALES DE LA CÁTEDRA FRANCISCO SUÁREZ. Número. 25. 1985. Pp. 21.

*inferiores comprensible y otra atribuirles tal validez*<sup>88</sup>. El principio de deducción silogística y no contradicción sería válido para la esfera del pensamiento, no para la esfera normativa.

Así dice la autora que: *“Kelsen establece expresamente que se puede, a través de la interpretación, inferir una norma general de otra norma general (con un grado mayor de generalidad) y esto es lo que la Teoría Pura del Derecho ha sostenido siempre. Lo que no puede hacerse es inferir una norma individual de una norma general: el obstáculo para la inferencia es sólo la individualización..., pero la norma individual puede conformarse a la general; entonces decimos que su validez está basada en la validez de ésta”*<sup>89</sup>.

La comparación kelseniana de norma jurídica y norma jurídica recuerda el criterio de verificación de proposiciones de Otto Neurath. Según éste, los enunciados deben compararse siempre con enunciados, no con vivencias del mundo real. La verdad de una proposición consistiría en su corrección sintáctica. No obstante, según esto los cuentos de hadas podrían ser verdad si son correctos sintácticamente, sin referencia alguna con la realidad, lo cual es obviamente inadmisibile. *“De cualquier modo, la validez, en cuanto posición de la norma en el ordenamiento, concierne al Derecho dictado. Pero si se piensa en los*

---

<sup>88</sup> Gian-Formaggio, Leticia. HANS KELSEN SOBRE LA DEDUCCIÓN DE LA VALIDEZ. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990. Pp. 181.

<sup>89</sup> *Ibíd.* Pp. 207.

*ordenamientos de los países del Common Law o en el Código de Hammurabi, el principio de validez se minimiza*<sup>90</sup>.

Así pues, la validez de cada norma jurídica se apoya en la validez de la norma jurídica superior. Pero, ¿en qué se apoya a su vez la validez de la norma fundamental? Y aquí está la incursión en el plano fáctico a que aludimos. Se apoya no en una norma, sino en un hecho, aquel de que el ordenamiento jurídico que deriva su validez de cierta norma fundamental sea eficaz «en su conjunto», es decir, efectivamente observado y obedecido por la generalidad de los destinatarios, tanto primarios (jueces y funcionarios) como secundarios (ciudadanos, la colectividad). Un ordenamiento jurídico, como género, es válido en la medida en que es eficaz, aunque cada una de sus normas, como especie, no hayan de ser a su vez eficaces. La validez se reconduce a la eficacia no de cada norma jurídica concreta, como ocurrirá en el fundamento ontológico o realista, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto.

*“La eficacia del orden jurídico total es así condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran”*<sup>91</sup>. Se trata de una *conditio sine qua non*, no de una *conditio per quam*. Es decir, que la eficacia del ordenamiento jurídico total es una *condición*, pero no la razón de la validez de las normas que lo constituyen. La razón de validez no es que el sistema en su conjunto sea eficaz,

---

<sup>90</sup> Leonardi, Franco. VALIDEZ Y EFECTIVIDAD DE LAS REGLAS DE CONDUCTA. Ariel Editorial. Barcelona. 1956. Pp. 172.

<sup>91</sup> Lumia, Giuseppe. PRINCIPIOS DE TEORÍA E IDEOLOGÍA DEL DERECHO. Editorial Debate. Madrid. 1985. Pp. 65.

sino la recursividad o regreso de escalón en escalón, el hecho de que la norma sea constitucionalmente creada.

La relación entre la validez y la eficacia en Kelsen se podría equiparar a la relación paralela que existe entre Derecho y poder, pues si bien el Derecho (la validez) no puede existir sin el poder (la eficacia), Derecho y poder no son lo mismo, aunque el poder, que es un hecho, se legaliza y confunde parcialmente con el Derecho, que son normas. Y nunca se encontraron tan escindidos como en Kelsen el plano del *ser* y el del *deber ser*. Aunque el acto de producción de una norma sea un hecho, ésta adquiere, como ya vimos, una existencia autónoma o *sui generis*, en el plano del Derecho como *deber ser*.

Esta relación entre Derecho y poder es de tipo dialéctico y tiene la forma de un proceso sucesivo de ambos conceptos que se reemplazan en un Estado de Derecho de modo normal y pacífico a través de las que Hart denominó normas de cambio pero que incidentalmente pueden sucederse con una ruptura en forma de proceso revolucionario. Así la relación entre la validez (*deber ser*) y la eficacia (*ser*) de un ordenamiento jurídico de modo análogo se expresa como una concordancia en virtud de un límite superior y un límite inferior, entre un *maximum* y un *minimum*.

Representa el primero la situación de absoluta y total concordancia de la conducta de los individuos con el ordenamiento jurídico. Entonces la norma básica adquiere una estructura en la forma *debes hacer lo que realmente haces*. El límite inferior se daría por su parte cuando hay una absoluta y total inobservancia del

sistema. Entonces su ineficacia conlleva la invalidez de la norma básica y con ella del sistema.

Estas afirmaciones nos recuerdan las del profesor Bobbio<sup>92</sup> que elabora una teoría del ordenamiento jurídico, al igual que la de Kelsen, de tipo normativista. Es la teoría del ordenamiento jurídico como *sistema normativo complejo*. Este autor distingue entre normas secundarias *de conservación* del sistema jurídico y normas secundarias *de transformación* del mismo. A su vez dentro de los sistemas normativos diferencia los de tipo simple, semi-complejo y complejo, según que poseen, respectivamente, normas primarias solamente, normas primarias y normas secundarias de uno u otro tipo, o normas primarias y normas secundarias de ambas clases. El ordenamiento jurídico sería para Bobbio un sistema normativo del último tipo. El paso existente de un sistema simple a uno complejo partiría, en relación con lo dicho de ese *minimum* de total ineficacia del sistema simple, de una separación entre lo que las normas dicen y lo que los ciudadanos hacen. Y a través de un doble proceso de institucionalización de la sanción y de la producción normativa de llegada, aunque no necesariamente al *maximum*, si a un grado de eficacia suficiente para garantizar la existencia del ordenamiento jurídico como sistema normativo complejo.

Al institucionalizar la sanción se actuaría sobre los comportamientos de los individuos para obtener que lo que los mismos hacen se corresponda lo más posible con lo que las reglas dicen. Al institucionalizar la producción normativa se

---

<sup>92</sup> Bobbio, Norerto. CONTRIBUCIÓN A LA TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Fernando Flores. Valencia. 1980.

actuaría por el contrario sobre las reglas, para obtener que lo que las mismas dicen se corresponda lo más posible con lo que los individuos hacen. La primera incide sobre la figura del juez, la segunda, sobre la del legislador. En el primer caso se obtienen normas secundarias de conservación del sistema, en el segundo, normas de transformación del mismo.

El esquema mental de la pirámide normativa kelseniana y la validez formal de unas normas derivadas de otras constituye, según el profesor Pattaro, “*una especie de nobleza, un criterio que podríamos llamar genealógico. No se trata de una cualidad empírica, como la eficacia; no es cuestión de latidos del corazón, se trata más bien de cuarteles de nobleza*”<sup>93</sup>.

### **3.2.2. LA TEORÍA DE HART DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO**

#### **A) Idea general**

La aportación más importante realizada por Hart al problema de la validez gira en torno a su teoría de *la regla de reconocimiento*, como simétrica, aunque no equivalente, de la norma fundamental kelseniana. El planteamiento hartiano del problema de la validez no adopta de su predecesor Kelsen la idea de regreso o recursividad de una norma jurídica a otra para fundamentar su validez y así hasta llegar al último peldaño, sino que hace depender la validez de cada norma jurídica

---

<sup>93</sup> Pattaro, E. FILOSOFÍA DEL DERECHO, DERECHO, CIENCIA JURÍDICA. Editorial Reus. Madrid. 1980. Pp. 203.

directa, ya no indirectamente, de la *existencia*, ya no de la validez, de la norma de reconocimiento, ya no de la norma fundamental.

Se debe señalar que, en Hart, aunque toda norma jurídica válida existe, no toda norma jurídica existente es válida. No lo es la regla de reconocimiento. En palabras del propio Hart, *“es importante distinguir entre dar por admitida la validez y presuponer la existencia de tal regla”*<sup>94</sup>. Para Hart, el paso de la norma a identificar a la de reconocimiento es inmediato, sin tramos intermedios. Así en él si se hablase por paralelismo con Kelsen de pirámide normativa, ésta tendría sólo dos escalones, uno superior o vértice (la regla de reconocimiento) y uno inferior o base (las normas a identificar).

*“Para Hart hay dos condiciones para la existencia de un sistema jurídico: 1) Una obediencia de las reglas primarias por parte de la mayoría de la población y 2) una aceptación efectiva de las reglas secundarias por los funcionarios. La primera es una obediencia interna; la segunda, externa”*<sup>95</sup>. Las reglas de reconocimiento son así decisiones dotadas de autoridad sobre las que se puede no estar de acuerdo. Así, para Bulygin, la regla de reconocimiento es una regla conceptual, porque tiene carácter definitorio y no normativo (ni ordena, y prohíbe, y permite). *“Por tanto, tal regla no plantea la cuestión de la obediencia o*

---

<sup>94</sup> Hart, H. L. A. EL CONCEPTO DEL DERECHO. Op Cit. Pp. 136.

<sup>95</sup> De Páramo, Juan Ramón. H. L. A. HART Y LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO. Op Cit. Pp. 189.

*desobediencia por los ciudadanos, sino simplemente la cuestión de su uso correcto o incorrecto por los tribunales*<sup>96</sup>.

Dice Peczenik en torno a la naturaleza de la regla de reconocimiento que *“en Gran Bretaña, donde la mayor parte de la Constitución es Derecho consuetudinario, puede posiblemente afirmarse que la regla de reconocimiento es una parte de la Constitución. En la mayor parte de los otros países parece consistir más bien en una costumbre jurídica”*<sup>97</sup>.

## **B) Análisis comparativo de la regla de reconocimiento con la norma fundamental y ensayo de una posición conciliadora**

A continuación, se trata de ver cuáles son las principales notas distintivas entre los dos máximos exponentes de la norma fundamental, la norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart. Para ello se debe realizar una exposición paralela y comparativa de ambas nociones, centrándose unas veces en las ideas señaladas por los propios autores y otras en consideraciones extraídas al margen de su obra. Son de destacar en este tema tres estudios, uno el del libro de Ramos Pascua sobre la regla de reconocimiento, otro de Cracogna y el tercero de Páramo Argüelles.

---

<sup>96</sup> Bulygin, Eugenio. SOBRE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO. En: DERECHO, FILOSOFÍA Y LENGUAJE. HOMENAJE A A. L. GIOJA. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1976. Pp. 31.

<sup>97</sup> Peczenik, Aleksander. Op Cit. Pp. 222.

## **b. 1). Origen, precedentes y evolución histórica**

Para comenzar, es necesario recapitular brevemente sobre el origen, precedentes y evolución del concepto de norma fundamental. Concebida ésta como norma fundamental ya en Alemania los iuspublicistas del siglo XIX resolvían la cuestión de la identidad del Estado aludiendo a una constitución no positiva, sino lógico-jurídica. W. Jellinek habló de una proposición suprema de todo orden jurídico. El problema de la norma básica, según Stone O Kunz, surgió en 1902, en la primera edición de la obra de Sir John Salmond, *Jurisprudence*. Por su parte, Kelsen considera ya intuida la noción en la distinción entre el ser y el devenir de la norma legal.

*“El progresivo desarrollo del concepto se da de 1914 a 1934, fecha ésta de publicación de la primera edición de la Teoría Pura del Derecho. La etapa de madurez de la idea se produce de 1934 a 1960, año en que se publica la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho. A partir de 1960 la noción sufre algunas modificaciones profundas. Son también importantes las contribuciones al respecto de A. Verdross, L. Pitamic y A. Merkl<sup>98</sup>.*

En cuanto a la regla de reconocimiento, su origen se puede rastrear en la tesis de Salmond de la existencia de principios últimos auto existentes dentro del Derecho positivo, los cuales son conocidos y aplicados por los tribunales. Asimismo, en la teoría de la Constitución de Hägerström, cuya obra *Inquiries into*

---

<sup>98</sup> 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. Editorial Tecnos. Madrid. 1989. Pp. 35

*the nature of law and morals* fue recensionada por Hart en 1943, sólo un año antes de la aparición por primera vez del concepto en la introducción a dos obras de Austin, aún bajo la denominación de *regla constitucional fundamental*. La noción es desarrollada en escritos posteriores, surgiendo el término *rule of recognition* en 1959, en el artículo *Scandinavian realism*. El desarrollo definitivo del concepto se encuentra en la obra clave de Hart: *El concepto del Derecho*.

## **b. 2). Terminología**

En cuanto al término, las denominaciones de la norma fundamental de Kelsen han sido muchas. Así es terminología utilizada por el autor la de norma básica, norma origen o Constitución en sentido lógico-legal. Estas expresiones no son siempre adecuadas. Así, por ejemplo, el hablar de *norma básica* no parece indicado para designar lo que en la construcción de Kelsen se encuentra en el vértice de la pirámide. Por su parte, hablar de *norma origen* no va con el hecho de que la norma fundamental sea hipotética o presupuesta y se encuentre, por tanto, fuera del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, cuando Kelsen habla de Constitución olvida que dicha palabra implica una pluralidad de normas y no una sola. Además, no es cierto que de la norma básica se deriven las demás a través de cauces lógicos, como parece desprenderse de la última denominación vista. En terminología anglosajona funcionan, entre otras, las denominaciones, la más común, de *basic norm* para designar lo que en castellano se suele conocer como norma básica o fundamental. Más uniforme es la denominación de la norma fundamental en Hart, conocida

generalmente como *rule of recognition* (regla de reconocimiento). Es de notar el empleo del sustantivo *rule* en vez de *norm*.

### **b.3). Enunciación interna**

En cuanto a la enunciación, no ya externa, sino interna, ésta varía también en la *Grundnorm* de Kelsen, expresa, y en la *rule of recognition* de Hart. Dice Hart que, del mismo modo que la regla de tanteo de un juego, la regla de reconocimiento en la mayor parte de los casos no es expresa: “*En el curso del juego, la regla general que define las actividades que modifican el marcador (por ejemplo, lo que es un gol) rara vez es formulada; en lugar de ello es usada por las autoridades y por los jugadores al identificar las fases particulares que tienen relevancia para ganar*”<sup>99</sup>.

Por otro lado, en Hart existe la distinción entre enunciados internos, de quienes aceptan la regla de reconocimiento, y enunciados externos, de quienes se limitan a constatar el dato de su aceptación. Los primeros serían de la forma *es Derecho* y los segundos *se reconoce como Derecho*.

En ambos casos los destinatarios serían todos, funcionarios y súbditos en general. Dice Ramos Pascua que “*la regla de reconocimiento, aunque puede usarse para emitir enunciados internos de validez respecto al resto de las normas del ordenamiento, respecto a ella misma sólo es posible emitir en un enunciado externo*”<sup>100</sup>. Por lo que respecta a la *Grundnorm*, la misma tendría la forma: debe

---

<sup>99</sup> Hart, H. L. A. EL CONCEPTO DEL DERECHO. Op Cit. Pp. 127.

<sup>100</sup> Ramos Pascua, J.A. Op Cit. Pp. 146.

aceptarse la primera *Constitución histórica* y sus destinatarios serían sólo los científicos del Derecho.

#### **b.4). Naturaleza**

Vistos ya el tema del origen y enunciación de la norma básica, hay que adentrarse en el de su naturaleza. En este punto surge la cuestión de si la *Grundnorm* de Kelsen tiene naturaleza jurídica, es decir, si es una verdadera norma. Así, Alida Wilson considera la existencia de una contradicción interna entre el término *norma* y el predicado *básico*, “*pues en la realidad no existiría tal norma y, en caso de existir, no sería básica, por implicar siempre una norma bajo ella*”<sup>101</sup>. Por otro lado, la *Grundnorm*, al limitarse a ordenar el seguimiento de la Constitución sin contemplar sanción alguna, carecería del elemento coactivo, esencial al Derecho, siendo como mucho una norma incompleta y dependiente. Además, el no haber sido dictada por órgano competente alguno, como las demás normas, cuestiona asimismo su carácter de tal.

En la misma línea, Hughes considera la norma básica, más que como una norma de Derecho, como “*una proposición acerca del Derecho, que es legal sólo en el sentido de que tiene funciones legalmente relevantes*”<sup>102</sup>. En palabras de Stone, se trata de ver si la norma básica tiene naturaleza lógico-trascendental o legal, es decir, si es *extra* o *intrasistemática*. En el primer caso sería un mecanismo intelectual construido para facilitar la comprensión de lo jurídico por los

---

<sup>101</sup> Wilson, Alida. JOSEPH RAZ SOBRE LA NORMA BÁSICA DE KELSEN. Diario Americano de Jurisprudencia. Número 27. 1982. Pp. 47.

<sup>102</sup> Hughes, G. VALIDEZ Y LA NORMA BÁSICA. En: REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES. Número 6. 1974. Pp. 703.

científicos del Derecho, mientras que en el segundo supuesto se estaría ante una norma superior, vértice de identificación del material jurídico, a cargo del jurista práctico.

Por su parte, Nino considera que la norma básica de Kelsen existiría, pero no como tal norma, sino como un juicio normativo: *“La norma básica no pertenece al campo de derivación de las normas, sino al campo de derivación de los juicios de validez”*<sup>103</sup>. La noción de norma básica en Kelsen es utilizada por los teóricos del Derecho más que por los juristas prácticos, siendo un enunciado de la Ciencia del Derecho más que una auténtica norma jurídica. Para calificar la *Grundnorm* de norma, habría de presentar las mismas características de las normas a las que fundamenta.

Para ello, dice Catania, habría de calificarse como *“proposición deóntica, la cual es, a la vez que esquema de interpretación, producto de la misma. Así, la norma fundamental, al mismo tiempo que interpreta las demás normas jurídicas o, si se prefiere, la Constitución, es, como ellas, el producto interpretativo de los hombres que quieren conocer el citado material jurídico”*<sup>104</sup>.

En esta misma línea varios autores han distinguido en Kelsen entre el significado objetivo de las normas del tipo los individuos deben comportarse en el modo A y el significado objetivo de la proposición los individuos se comportan en el modo A. El significado objetivo de la primera radica en su carácter de norma

---

<sup>103</sup> Nino, C. S. ALGUNAS CONFUSIONES SOBRE EL CONCEPTO DE VALIDEZ DE KELSEN. Depalma Editorial. Buenos Aires. 1985. Pp. 361.

<sup>104</sup> Catania, A. EL PROBLEMA DEL DERECHO Y LA OBLIGATORIEDAD. ESTUDIO SOBRE LA NORMA FUNDAMENTAL. Editorial Bosch. España. 1983. Pp. 97.

obligatoria, el de la segunda en su correspondencia con ciertos hechos que son objeto de constatación. La norma fundamental sería así no una norma del primer tipo, sino una proposición normativa del segundo, en la medida en que su validez depende del hecho de la observancia efectiva del ordenamiento jurídico por sus destinatarios.

La pregunta ahora es cuál es la naturaleza de la norma básica para el propio Kelsen. La respuesta a esta cuestión ha evolucionado a lo largo de su obra. En un primer momento, Kelsen manifiesta una inclinación empirista, al considerar su creación como un hecho, si bien trascendente al sistema jurídico. Más adelante, el autor califica la norma fundamental de presuposición. En la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho la considera como una presuposición posible, no obligatoria.

Esto implica la consecuencia de que la validez del Derecho es sólo relativa, no absoluta. También habla Kelsen de la norma básica como hipótesis o norma hipotética. En realidad, el nombrarla indistintamente como ambas no es correcto. Habría que distinguir entre hipótesis, que es una tentativa de tesis y, como tal, no una auténtica norma, e hipotético/a, como adjetivo, predicativo también de las normas. Por su parte, Catania, frente a los que consideran la *Grundnorm* con una importancia relativa, señala que “*la misma no es una posible hipótesis, sino la hipótesis del conocimiento jurídico, de valor, por tanto, absoluto*”<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> *Ibidem*. Pp. 59.

Por otro lado, afirma Stamatis, la hipótesis de la norma fundamental sería claramente *a posteriori*, pues presupone un orden jurídico ya establecida do y eficaz. En este sentido, resultan válidos los intentos de Robert Walter, defensor contemporáneo de la Teoría Pura del Derecho, de calificar la norma fundamental de *suposición* que envía a una aserción condicional *a priori*. Pero, permanecería la cuestión, formulada por Stamatis a modo de conclusión, de cuál es este *a priori*: “*Se hace referencia al antiguo mito según el cual el mundo es sostenido por las robustas espaldas del Atlas. La pregunta, aún sin respuesta, es ¿dónde pone su pie el Atlas?*”<sup>106</sup>. En el fondo se trata en Kelsen de la existencia de una evidente influencia de la filosofía kantiana de las formas, categorías o ideas *a priori*, acopladas al campo de la ciencia jurídica.

Desde 1963 Kelsen tiende a considerar la norma básica ya no como hipótesis, sino como *ficción*. La distinción entre ficción e hipótesis es que aquélla va acompañada de la plena conciencia de que la misma no se armoniza con la realidad.

Esto se encuentra en relación con la idea de Vaihinger en su filosofía del *como si* de la existencia, no sólo de *semificciones*, es decir, ficciones no correspondientes con la realidad externa, sino también de ficciones totales, aquellas que en sí mismas, internamente, son autocontradictorias. La norma básica sería de uno u otro tipo según el autor.

---

<sup>106</sup> Stamatis, Constantin M. LA SISTEMÁTICA DE LA LEY EN KELSEN Y LAS APORÍAS DE LA NORMA FUNDAMENTAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1982. Pp. 44.

Aparte de las vistas, cabrían otras versiones alternativas de la *Grundnorm*. Eckhoff y Sundby citan las siguientes. En primer lugar, y en el mismo sentido que Farrell, como *axioma* que, como tal, no necesita de justificación. En segundo término, como origen histórico de un sistema legal, confundiéndola en cierto modo con el concepto Kelseniano de primera Constitución histórica. En tercer lugar, la norma fundamental podría concebirse con una carga valorativa, al modo de las doctrinas iusnaturalistas o de la *moralidad legal* de Fuller. Finalmente, citan estos autores el uso de la norma básica en el ámbito internacional.

En cuanto a la naturaleza ya no de la *Grundnorm*, sino de la regla de reconocimiento, dice Ramos Pascua que “*parece adecuado considerarla como algo más que una práctica social, como una verdadera norma jurídica, si bien de carácter consuetudinario*”<sup>107</sup>. Se trataría de una norma de carácter secundario, de naturaleza distinta a la de las demás reglas del sistema, tanto de las primarias como de las secundarias de cambio y adjudicación. No queda muy clara, sin embargo, la cuestión para Cracogna, para quien la misma “*es Derecho o un mero hecho dependiendo del punto de vista desde el cual se la considere, interno o externo*”<sup>108</sup>. Pese a que Hart marca en este punto categóricamente su distinción de Kelsen, según Guibourg ambas concepciones se aproximan, pues si bien la norma de reconocimiento es un hecho, es un hecho presupuesto y, aunque la norma básica es un presupuesto, se encuentra determinado por los hechos.

---

<sup>107</sup> Ramos Pascua, José Antonio. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO EN LA TEORÍA DE H. L. A. Op Cit. Pp. 165.

<sup>108</sup> Cracogna, D. REGLA DE RECONOCIMIENTO Y NORMA BÁSICA. En: H. L. A. HART Y EL CONCEPTO DE DERECHO. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso. Número 28. Buenos Aires. 1985. Pp. 376.

## b. 5). Contenido

Por otro lado, en lo que atañe al contenido, mientras el de la regla de reconocimiento es material y distinto para cada ordenamiento jurídico, el de la norma básica es de naturaleza formal, a modo de autorización o cheque en blanco y, al menos en interpretación de Hart, no de Kelsen, unitario. *“Para Kelsen, la norma básica sería plural al menos en la medida en que fundamenta la validez de constituciones diferentes. Sería como un cheque con distintas sumas de dinero según el destinatario”*<sup>109</sup>.

También respecto al contenido, dice Raz que la norma básica es otorgadora de derechos, aunque Kelsen parezca formularla más bien como impositiva de deberes. En realidad, señala Raz, *“no se trata sino de dos caras de la misma moneda, pues es siempre posible describir toda ley otorgadora de facultades legislativas diciendo que impone el deber de obedecer las leyes hechas por el órgano autorizado”*<sup>110</sup>. Por lo que se refiere a la regla de reconocimiento, dice Ramos Pascua que, *“más que conferir poderes, impone el deber de ser seguida por los tribunales, aunque esto sea cuestionable ante la falta de previsión de una sanción para el caso de incumplimiento”*<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Ibídem. Pp. 377.

<sup>110</sup> Raz, Joseph. LA TEORÍA DE KELSEN SOBRE LAS NORMAS BÁSICAS. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número. 29. UNAM. 1954. Pp. 807.

<sup>111</sup> Ramos Pascua, José Antonio. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO EN LA TEORÍA DE H. L. A. Op Cit. Pp. 168.

## **b. 6). Función**

Lo que sí resulta claro es que la norma fundamental, tanto como norma básica, como como regla de reconocimiento, tiene una función validadora del ordenamiento jurídico, al que confiere unidad, coherencia y plenitud. Lo que ocurre es que lo hace con una intensidad diferente en Kelsen y Hart.

### ***i. La unidad del Derecho***

El conferir unidad al ordenamiento jurídico se manifiesta, especialmente en Kelsen, en la consideración del mismo como un todo, como un auténtico sistema, al cual pertenecen todas las normas del mismo de una manera global y ordenada. En Kelsen se trata de un sistema dinámico. Se habla así de membresía *válida o conformidad*. Sin embargo, afirma Nino que, aunque estrechamente conexos, validez y membresía no son en Kelsen cuestiones idénticas: (a) Una norma es válida cuando deriva de otra norma válida; (b) Una norma pertenece a un ordenamiento jurídico cuando deriva de otra norma que pertenece al mismo. Ambas nociones están basadas en la misma idea de derivación. Sin embargo, son mutuamente independientes. Así, un ordenamiento jurídico puede reconocer la validez de normas de otros sistemas legales, sin que ello implique que esas normas sean parte de dicho ordenamiento jurídico. Lo mismo puede aplicarse a las normas anulables, las cuales pertenecen al sistema, aunque no sean válidas, al menos después de que sean anuladas.

El carácter sistemático del Derecho es también claro cuando se hace referencia a las normas jurídicas no independientes, que son aquellas que no

pueden ser entendidas por sí solas, sino en conjunción con otras normas jurídicas del respectivo ordenamiento jurídico. *“Así, por ejemplo, las normas sancionadoras, que sólo tienen sentido en relación con las normas cuya conducta sancionan; las normas de competencia, sólo significativas respecto de las normas creadas por el órgano competente; las normas convencionales, que se remiten en caso de incumplimiento a la legislación general; las normas permisivas, que sólo tienen sentido en relación con las normas prohibitivas más generales, cuya validez ellas limitan; o las normas derogatorias, que clausuran la validez de otras normas”*<sup>112</sup>.

Por otro lado, el tema de la unidad del Derecho está en íntima relación con la cuestión de si la norma fundamental es única o plural. Dicen al respecto Eckhoff y Sundby que *“ésta es una cuestión empírica, que sólo puede resolverse en virtud de una investigación de los hechos”*<sup>113</sup>. Añade Raz que, *“como los ordenamientos jurídicos existen en diferentes so ciudades, viviendo bajo diferentes condiciones, hay por ello que adoptar diferentes soluciones al problema de la identidad”*<sup>114</sup>. En realidad, ni Kelsen ni Hart son claros en el punto de la unidad o diversidad de la norma fundamental. Pero podría afirmarse que en Kelsen ésta es más bien unitaria, pues, si no, dado su carácter formal, sería una reduplicación inútil de la Constitución. Por el contrario, en Hart se tiende a la pluralidad de reglas de reconocimiento.

---

<sup>112</sup> Squellaa Narducci, Agustín. DERECHO Y MORAL. ¿TENEMOS OBLIGACIÓN MORAL DE OBEDECER EL DERECHO?. Editorial Edeval. Valparaíso. 1989. Pp. 18.

<sup>113</sup> Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian. LA NOCIÓN DE LA(S) NORMA(S) BÁSICAS EN JURISPRUDENCIA. UNAM. México. 1975. Pp. 121.

<sup>114</sup> Raz, J. LA IDENTIDAD DE LOS SISTEMAS LEGALES. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 29. UNAM. México. 1954. Pp. 80.

Dice Raz, comentando la obra de Hart, que “*habría tantas normas de reconocimiento como tipos de funcionarios que sean sus destinatarios (tribunales civiles, penales, contencioso-administrativos, etc.). Además, existirían reglas de reconocimiento distintas para el caso de normas contradictorias*”<sup>115</sup>. En tercer lugar, añade este autor, habría que diferenciar entre las reglas de reconocimiento que señalan a los tribunales las normas a aplicar y las que, en caso de silencio, les confieren potestad discrecional. Pese a todo, Hart prefiere a hablar de pluralidad, hablar de complejidad de la norma de reconocimiento, pues, aunque comprensiva de diversos criterios de validez, los unifica jerárquicamente.

Todo esto es sin tener en cuenta la posibilidad de existencia de normas fundamentales diferentes en el tiempo. El problema aquí sería ver qué cambios son compatibles con la existencia continuada de la misma regla y cuáles implica la aparición de una nueva regla que reemplaza a la anterior.

Así, hay autores que, pese a la tendencia del pensamiento occidental de reducir la norma fundamental a una, consideran que sería plural. De este modo la pirámide normativa sería plana en la punta y no puntiaguda. Por el contrario, concibe la norma fundamental de manera unitaria, por ejemplo, Catania cuando afirma que una pluralidad de normas fundamentales significa una pluralidad de sistemas, una pluralidad de diferentes cualificaciones, pero la función lógico cognoscitiva de la norma fundamental es siempre la misma, cualquiera que sea el

---

<sup>115</sup> *Ibidem.* Pp. 82.

sistema que examinemos. De hecho, continúa Catania, “*la postulación de una pluralidad de normas fundamentales encuentra un límite en el carácter de la fenomenización de aquello que queremos calificar como jurídico... La calificación de lo jurídico viene a ser utilizada sólo para dar un sentido a los acontecimientos, a los fenómenos que, si no se juridificar aparecerían desconectados, disgrega dos y no como un posible objeto de conocimiento*”<sup>116</sup>. Para Catania la misión de la *Grundnorm* se encontraba en sede gnoseológica, en el ámbito del conocimiento del Derecho, considerado no unilateralmente, sólo como fenómeno sociológico. Se trata de un conocimiento que no se limite a ser mero registro de hechos, sino calificación e interpretación de los mismos.

Otra cuestión conexa con el carácter unificador y sistematizador de la norma fundamental, especialmente como norma básica en el sentido kelseniano, es si la misma es una norma de apertura o de clausura del ordenamiento jurídico. Se trata de ver qué es primero lógicamente, dicha norma o el sistema jurídico. En el primer caso se trataría de una norma constitutiva de la existencia jurídica de las demás; en el segundo, el intérprete se encontraba ante una serie de normas jurídicas ya existentes y su labor consiste sólo en sistematizarlas formando un todo unitario. Allí se trata de abrir el sistema, aquí de cerrarlo evitando el regreso al infinito. Allí de transformar un evento histórico fundamental en Derecho, aquí de pasar de la norma hipotético-fundamental al Derecho. Ambas posibilidades revisten problemas.

---

<sup>116</sup> Catania, A. Op Cit. Pp. 69.

En el primer caso, si la validez no es otra cosa que la existencia de las normas, si éstas existen ya, son por ellas mismas válidas, con independencia de la norma fundamental, que quedaría así vacía de contenido validificador, sin función alguna como norma de apertura. En el segundo supuesto, cabe preguntarse cómo es posible que una norma hipotética transmita validez positiva a las demás normas del sistema. Estaríamos ante una norma como construcción del significado subjetivo de determina dos actos de la voluntad humana como su significado objetivo.

Pero ¿cómo es posible que una norma pensada, que siquiera lo es de la ciencia legal, transmita validez a normas puestas por la voluntad? Nos encontramos en este caso ante dos tipos de validez, una hipotética y la otra positiva. Por otro lado, el considerar la norma básica simplemente como norma de apertura del sistema jurídico implicaría una concepción sociológica que distinguirse entre existencia real y jurídica, no normativa, del mismo. La norma básica de Kelsen parece, por tanto, más bien una norma de clausura. Para salvar el obstáculo del carácter hipotético de la validez conferida por la norma básica así concebida, podría afirmarse, con Catania, que lo hipotético es la operación de solidificación de las normas y no las normas objeto de la misma.

También respecto del carácter unitario del ordenamiento jurídico, queremos destacar que *“éste generalmente se concibe al nivel del ordenamiento jurídico*

*nacional, pese a que hoy en día se tienda cada vez más a la fusión de los sistemas legales en un Derecho Internacional común, del que los Derechos nacionales quedarían como subsistemas*<sup>117</sup>.

Por lo que concierne a la función sistematizadora de la norma fundamental concebida como regla de reconocimiento en Hart, la misma es aquí ya no principal, como en Kelsen, sino embrionaria. Lo verdaderamente determinante de un ordenamiento jurídico para Hart es la conjunción de normas primarias, obedecidas por el colectivo, y normas secundarias, destinadas a los jueces. La norma de reconocimiento, también llamada de identificación, trataría de poner solución a un defecto de las reglas primarias, su falta de certeza. Esta sería su verdadera función. Se cuestiona si el papel identificador del Derecho es exclusivo de dicha norma o extensible también a las otras normas secundarias. En realidad, todas aparecen mezcladas, siendo difícil delimitarlas, pero las reglas secundarias de cambio responden más bien a la falta de dinamismo del Derecho y las de adjudicación a su falta de eficacia.

## ***ii. La coherencia del Derecho***

*“Una segunda función de la norma básica es la de conferir coherencia al sistema, evitando las antinomias”*<sup>118</sup>. Esto se ve claramente favorecido por el carácter jerárquico que, sobre todo en Kelsen, se confiere al ordenamiento jurídico, en forma de construcción escalonada. Se trata del principio de *no contradicción* del que el criterio jerárquico es una manifestación (*lex superior*

---

<sup>117</sup> Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian. Op Cit. Pp. 136.

<sup>118</sup> *Ibíd.* Pp. 129.

*derogat inferiori*). En general puede afirmarse que son más que coherentes los sistemas jurídicos de carácter estático o material, y menos que coherentes los de carácter dinámico o formal. Hart no se manifiesta claramente partidario de uno u otro tipo de solución. Ramos Pascua considera, no obstante, que “*en él predomina el carácter formal del Derecho*”<sup>119</sup>.

La misma idea de jerarquía atribuye a la norma básica la función de determinar el status o rango de las demás normas. Así, por ejemplo, en los sistemas anglosajones su carácter estatutario o de *Common Law*, así como el hecho de ser Derecho extranjero, el cual puede tener conferido un valor específico inferior.

#### **b.7). La plenitud del Derecho**

Respecto a la plenitud del Derecho, Hart, contrariamente al ideal de ausencia de lagunas de Kelsen, considera la existencia en el ordenamiento jurídico de una cierta porosidad o textura abierta, tanto en la regla de reconocimiento como en las demás normas del sistema, aunque las dudas en aquélla serían siempre en cuestiones de detalle, nunca en lo principal.

Al margen ya de la función, también se distinguen la norma fundamental de Kelsen y la de reconocimiento de Hart en que la primera es presupuesta como válida, mientras que la segunda no es ni válida ni inválida, sino simplemente existente. De ahí que se la denomine más que norma, regla de reconocimiento.

---

<sup>119</sup> Ramos Pascua, J. A. Op Cit. Pp. 157.

### ***i. Relación con los hechos***

Sin embargo, ambos autores coinciden a la hora de señalar que la validez o existencia, según el caso, de la norma más importante supone la eficacia del ordenamiento jurídico en su conjunto. Lo que ocurre es que, en Hart, aunque eso es lo normal, cabría lo contrario en circunstancias especiales. Por el contrario, en Kelsen, Ramos Pascua llega incluso a afirmar que *“la validez, algo radicalmente distinto de la efectividad, se asienta en último término en la Teoría Pura del Derecho sobre una norma fundamental, que sólo es posible presuponer respecto de aquella Constitución que goce de efectividad. Dado que la efectividad de la Constitución es condición necesaria y suficiente para que se presupone respecto a ella una norma fundamental, podemos deducir que es la efectividad de la Constitución, y no la Grundnorm, el fundamento último de la validez de todas las normas de un orden jurídico. Para decirlo plásticamente, la efectividad se ría a la validez lo que el viento a la veleta: cosas distintas, pero en relación tal que la dirección de aquél determina siempre la posición de ésta”*<sup>120</sup>.

De este modo se entroncaría la doctrina de la norma básica con las teorías del reconocimiento. En el caso de la regla de reconocimiento, ésta requiere para existir su aceptación, como algo intermedio entre la obediencia ciega y el no sentirse obligados. Esta aceptación tiene un papel mayor que en Kelsen y menor que en Ross y los realistas.

---

<sup>120</sup> *Ibidem.* Pp. 62

## **ii. Relación con los valores**

Por otro lado, Kelsen insiste en la ausencia en sus teorías de un fundamento axiológico o valorativo, hablándose de normatividad objetiva, frente a la normatividad justificada. pues se está ante una ciencia del Derecho y no ante una metafísica del mismo. Sin embargo, en Hart hay ciertas intrusiones, aunque de tipo contingente, en el ámbito de la Moral, a través de su teoría del contenido mínimo de Derecho Natural.

## **iii. Teoría conciliadora**

A modo de conclusión de todo lo dicho respecto de la norma fundamental, es importante tratar a amalgamar un concepto conciliador de las principales teorías de la misma, la kelseniana y la hartiana. Existirían varias posibilidades. Para la primera se debe partir de las siguientes palabras de Alf Ross: *“el concepto de derecho subjetivo es un instrumento para la técnica de presentación que sirve exclusivamente a fines sistemáticos, y que en sí carece de importancia en el Derecho. Por otra parte, es imposible adscribir una referencia semántica independiente a la palabra propiedad en los razonamientos que operan con ella. Cualquier intento de tomarla como la designación ya de un hecho jurídico (uso), ya de consecuencias jurídicas (opinio iuris), ya de ambas cosas a la vez (norma jurídica) está destinado al fracaso”*<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Ross, Alf Niels. TÚ-TÚ. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961. Pp. 24.

La misma naturaleza que *derecho subjetivo* o *propiedad*, tendría la *Grundnorm* de Kelsen como enlace del silogismo *Vc -> G.N., G.N. -> Rr.* (*Validez de una norma c -> Grundnorm, Grundnorm -> Regla de reconocimiento*). La regla de reconocimiento sería el resultado de la intersección de algo sin importancia, común a todas las normas del sistema, su *Grundnorm*.

Una segunda posibilidad de conjuntar las nociones de norma fundamental de Kelsen y regla de reconocimiento de Hart es considerar que el vínculo entre ambas es ya no la intersección, sino la inclusión. La *Grundnorm* formaría así parte de la regla de reconocimiento. Si ésta es una cuestión fáctica, de carácter consuetudinario, debe tener los dos elementos de la costumbre, el uso y la *opinio iuris*, como contenidos material y espiritual, respectivamente.

El uso podría venir constituido por la práctica, constatable, de que los teóricos y juristas prácticos han venido hablando y aplicando a menudo la existencia de una norma básica. La *opinio iuris* sería la *Grundnorm* como ficción (hipótesis de trabajo o presupuesto mental, lógico o metodológico) de que esa práctica es vinculante a nivel teórico y epistemológico. El resultado es una regla de reconocimiento como conjunción del plano del deber ser y el del ser.

Esta concepción valdría tanto con una configuración de la *Grundnorm* como norma unitaria como con su posible carácter plural, es decir, tanto con la concepción de la *Grundnorm* originaria y clásica, la de Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, como con la de los demás autores que a ella se han adherido. De ahí, por ejemplo, lo válido de la afirmación de Farrell de que “*la regla de*

*reconocimiento de Hart es una verdadera norma básica si se adopta la terminología kelseniana*"<sup>122</sup>.

Todo lo dicho hay que armonizar con la imposibilidad de relación del ser y el deber ser. No habría incompatibilidad en la conjunción de ambos, desde el momento en que son los dos elementos de la costumbre y ésta se considera fuente del Derecho.

### **C) REVISIÓN CRÍTICA A HART**

En una crítica a la concepción hartiana de la regla de reconocimiento Summers<sup>123</sup> considera que ésta adolecería al menos de los siguientes defectos:

En primer lugar, que el proceso no es tan simple como señala Hart, pues más que encontrarse los criterios de validez en una sola norma, la de reconocimiento, existen una gran variedad de exámenes de validez de diferentes clases incorporados en una gran multiplicidad de reglas.

En segundo lugar, se podría acusar al cuadro de validez hartiano de simplificar el proceso de la validez al calificarlo de una mera percepción o reconocimiento de las pautas de identificación, de carácter más empírico que perteneciente al mundo de lo jurídico, en el cual los procesos implicados no son sólo perceptivos sino también argumentativos.

---

<sup>122</sup> Farrell, M. D. HACIA UN CRITERIO EMPÍRICO DE VALIDEZ. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1972. Pp. 59.

<sup>123</sup> Summers, R. Op Cit. Pp. 71-75.

En tercer término, cabe señalar que el planteamiento hartiano, en esto igual que el kelseniano y el de la mayoría de la doctrina, se hace en términos de validez o invalidez, es decir, de todo o nada, a modo de dicotomía, cuando en realidad se trataría más bien de una cuestión de grados de validez. Así, por ejemplo, en referencia al modelo anglosajón, una ley (*statutory law*) puede ser declarada inválida con efectos sólo de futuro, pero no retrospectivos, otras pueden interpretarse restrictivamente o negarse su extensión por analogía en virtud de su menor validez. Lo mismo ocurriría con el Derecho consuetudinario (*rules of judge made law*), que en numerosos casos para convertirse en Derecho estable deben pasar un examen sobre su contenido, que si no es superado hará que dichos preceptos sean ignorados.

Además, se puede pasar este examen por un amplio margen o por un tanteo más corto, lo cual influirá sobre la facilidad para instaurarse como tal norma y llevará, asimismo, aparejada su mayor o menor aplicación por los tribunales. Lo mismo regiría para los contratos (*rules made by private parties*), que pueden dar lugar a determinados efectos, por ejemplo, la obligación de restitución en caso de concesión previa de un beneficio, pese a ser inválidos.

En cuarto lugar, sería objetable a la construcción hartiana que en ella la regla de reconocimiento es la única que debe ser aceptada como norma de Derecho consuetudinario y que las demás normas deben su validez a su conformidad con los criterios de esta norma de reconocimiento. Sin embargo, es un hecho innegable que esta aceptación es verdad y útil no sólo para la regla de

reconocimiento, sino para cada una de las reglas legales o consuetudinarias concretas.

Un quinto argumento contrario a la teoría hartiana de la regla de reconocimiento sería que la misma refleja un modelo demasiado estático. Aunque Hart dice que esta norma tiene, como las demás, textura abierta, prevé poco la posibilidad de cambios a través de la misma o cambios en sus criterios, aun cuando de hecho esos criterios son fluidos y cambiantes. En la práctica a veces cambia en forma dramática.

Por último, señala Summers que, como el propio Hart admitiría, *“al variar las reglas de reconocimiento de contenido y no tener un contenido único, lo que se califica como ley en un sistema podría no serlo en otro, con el consiguiente relativismo e incertidumbre para una construcción filosófica de la validez jurídica que como tal debería de tener pretensiones universales”*<sup>124</sup>.

Además de las anteriores objeciones, cabe señalar como tal una común a todo el positivismo e incluso si se quiere, como indica Garzón Valdés, al iusnaturalismo la de la recursividad o circularidad de esta teoría. A este respecto hay que recordar que Hart, una vez agotado el campo de las normas jurídicas, parece recurrir a otra norma de este tipo, pues no otra es la consideración que tiene el Derecho consuetudinario. Es el talón de Aquiles de la teoría. Adelantando conclusiones, podría pensarse que la única solución válida es ya como en Kelsen el recurso a un hecho, pero entonces negando la insalvable separación del plano

---

<sup>124</sup> Ibídem. Pp. 75.

del ser y el del deber ser, ya el recurso a un valor, pero entonces, para evitar la recursividad de que hablaba Garzón, *“no traspasando el modelo retroactivo positivista paralelamente al mundo natural, sino concibiendo éste, en vez de en forma piramidal, simplemente en forma de una idea, por ejemplo, la de justicia”*<sup>125</sup>.

También puede objetarse al modelo de validez hartiano que el mismo bajo un sólo término, existencia, engloba dos conceptos distintos, uno que vale para todas las reglas del sistema menos para la regla de reconocimiento, y otro que vale para esta última. Con respecto a las primeras, el enunciado de existencia puede ser un enunciado interno que no significa otra cosa que válido según los criterios de validez del sistema. Con respecto a la regla de reconocimiento, la aserción de existencia es un enunciado externo: la existencia es una cuestión de hecho. Igual dualidad de conceptos puede observarse en Hart respecto a la idea de pertenencia, *“si la regla de reconocimiento no es válida y la pertenencia fuera siempre equivalente a validez”*<sup>126</sup>.

Asimismo, el inconveniente de una concepción de la regla de reconocimiento como pluralidad de normas es que hace imposible seguir hablando de norma última. Y puesto que tendrá que haber algo que unifique esa pluralidad de reglas de reconocimiento, tendremos que recurrir a otra norma o a un hecho, con el inconveniente, respectivamente, de la recursividad y de fundar el deber ser sobre el plano del ser.

---

<sup>125</sup> Garzón Valdés, E. ALGUNOS MODELOS DE VALIDEZ NORMATIVA. En: ESTUDIOS EN HONOR AL DOCTOR LUIS RECASENS SICHES. UNAM. México. 1980. Pp. 396.

<sup>126</sup> Páramo, J. R. Op Cit. Pp. 295.

En cuanto al contenido de la regla de reconocimiento, señala Ramos Pascua que *“cabén tres posibilidades, pues el pensamiento de Hart no está muy claro en este punto. O bien se le atribuyen como contenido todos los posibles múltiples criterios que se hallan dispersos a lo largo y ancho del ordenamiento; o bien sólo aquellos que, aunque subordinados al criterio supremo, son últimos e independientes, es decir, los criterios de validez no derivados o fuentes del Derecho más generales; o bien contendría sólo el criterio de validez supremo, en el Derecho inglés la fórmula lo que la Reina sanciona en el Parlamento es Derecho. Cuanto más amplio sea el contenido de la regla de reconocimiento, es decir, cuanto más optemos por las interpretaciones primera y segunda, más artificiosa, más enorme y deforme será”*<sup>127</sup>.

Por lo que se refiere a los puntos débiles de la doctrina de la regla de reconocimiento de Hart, el mismo Ramos Pascua en su monografía al respecto cita los siguientes. En primer lugar, se han dirigido a esa teoría críticas por pertenecer la citada regla a la categoría que Hart denomina *reglas sociales*, consistentes en una práctica social a la que se añadía cierto aspecto interno a través de la aceptación de la misma como pauta de conducta. Surge la duda de cómo será posible distinguir las conductas que suponen una violación de la regla de aquellas otras que representan los primeros pasos de una nueva regla. Además, en cuanto la misma adolece de textura abierta, *“captarla y formularla como tal regla jurídica se revela como una tarea hercúlea. Es más..., surgirá la duda de si la regla en vigor es la correspondiente a la práctica pasada, o a la*

---

<sup>127</sup> Ramos Pascua, J. A. Op Cit. Pp. 184-185.

*práctica que esté produciendo en el momento mismo en que nos preguntamos cuál es la regla de reconocimiento vigente*<sup>128</sup>. Existe incluso un problema más importante en relación a la llamada falacia naturalista, derivado de la pretensión que supone fundamentar normas sobre hechos: Hay deberes a los que no corresponde ninguna práctica social aceptada

Además, hay razones ampliamente aceptadas que, sin ser reglas, también pueden guiar la conducta. Para contraargumentar estas críticas, realizadas básicamente por Dworkin y Raz, cabría, como hace Nino, atribuir a las reglas sociales, y entre ellas a la regla de reconocimiento, una pretensión de intrínseca racionalidad en relación con la moralidad, pero eso supondría aceptar la penetración de la moral en el Derecho, en contra de los postulados hartianos. También objeta Ramos a la regla de reconocimiento su ineptitud para identificar todo el material jurídico. Según Dworkin, que es quien más ha desarrollado esta objeción, aquélla no identificaría los principios.

También realiza un análisis crítico de la concepción hartiana de la regla de reconocimiento Munzer. En primer lugar, critica que su concepto de validez es incompleto, porque no se refiere a los actos jurídicos e instrumentos legales (*acts in the law and legal instruments*). Una segunda deficiencia sería que Hart no proporciona criterios para la eficacia de las normas secundarias. Además, al ser la expresión y el concepto de regla de reconocimiento una invención de Hart, antes de 1960 los jueces y abogados no tendrían ese término e idea en mente y no

---

<sup>128</sup> *Ibidem*. Pp. 189.

podrían usar esa *rule of recognition* para identificar el material jurídico. Tampoco le parece clara a Munzer la naturaleza de tal regla. Así, si partimos de la distinción hartiana entre reglas primarias y secundarias, como aquellas que imponen deberes y confieren poderes, respectivamente, la *rule of recognition* no impone deberes, o si lo hace no hace uso de sanciones como las normas primarias típicas, ni confiere poderes. Por tanto, dicha regla sería no, como dice Hart, secundaria sino o una norma primaria atípica, o un tercer tipo de norma no especificado por Hart. O ni siquiera una norma. Además, para ser una norma jurídica le faltaría la generalidad propia de éstas. Por último, achaca Munzer a Hart que también, como la norma básica, su regla de reconocimiento sería una reduplicación inútil.

### **3.3. LA TEORÍA ANTIPOSITIVISMO DE DWORKIN DE LAS *LEGAL POLICIES* COMO REACCIÓN A HART**

Ronald Dworkin critica en general la concepción positivista del ordenamiento jurídico y en particular la de Hart, que lo concibe como un conjunto de normas primarias y secundarias, así como su teoría de la norma de reconocimiento, por la ineptitud de ésta para identificar todo el material jurídico. Esto es así porque Dworkin considera que el ordenamiento jurídico, además de por normas, está constituido por principios y directrices políticas, lo que él llama *policies*. De ahí que su concepción pueda calificarse de normativismo moderado o teoría intermedia entre las teorías normativistas y antinormativistas.

Dice Dworkin que, mientras las normas son aplicables a la manera todo o nada, estos otros principios y directrices tienen una dimensión de peso e importancia. Esto implica que, si dos normas entran en conflicto, una de ellas no será aplicable, invalidantes. En cambio, un conflicto de principios se resolverá por comprensión y expansión, según el peso de los principios en cuestión, sin que el principio que su cumbe en un caso venga por ello a ser eliminado del ordenamiento jurídico. Los principios gozarían de una elasticidad en su aplicación de la que carecerían las normas jurídicas. Para éstas regiría la disyuntiva “o”, mientras para aquéllos sería más adecuada la conjunción copulativa “y” Siguiendo a grandes líneas la exposición que del pensamiento de Dworkin hace Ramos Pascua<sup>129</sup> se puede llegar a las siguientes conclusiones. En primer lugar, que Dworkin afirma, frente a Hart, la falta o al menos el carácter relativo de la discrecionalidad judicial. Para Dworkin los jueces hacen uso frecuente de los principios frente a los argumentos políticos de los legisladores, pero al hacerlo no crean Derecho. Por lo tanto, los principios, que ellos se limitan a aplicar, existirían ya con anterioridad. A diferencia también de Hart, para el cual dichos principios se aplicarían sólo en los casos difíciles, Dworkin los considera aplicables siempre, con un papel similar al de las normas jurídicas. Como consecuencia, dice Dworkin, si dichos principios existen habría que identificarlos, y para ello no sería apta la regla de reconocimiento. Si no es el poder judicial la fuente de dichos principios ¿cómo podemos identificarlos?, se pregunta Dworkin.

---

<sup>129</sup> Ramos Pascua, J. A. Op Cit. Pp. 95-100.

No cabría considerarlos Derecho legal, porque no formarían parte de la pirámide normativa y, más que converger jerárquicamente con las normas positivas, existirían besándose unos en otros. Su naturaleza sería más bien moral, pero solo formalmente. En cuanto a su contenido, para ser moral tendrían que justificar también materialmente la práctica jurídica. Esto se encuentra en relación con la distinción entre dos acepciones de la Moral: “*La Moral con mayúsculas o Moral en sentido formal, como es estructura que incluye también lo inmoral y lo no meritorio, y la moral con minúsculas o moral en sentido material, como contenido referido sólo a lo virtuoso*”<sup>130</sup>. Así los principios inicos podrían considerarse principios sólo en relación con la primera acepción de la Moral. Además, en estos casos a me nudo lo que no es Derecho no son sólo los principios, sino también el ordenamiento inico al que pertenecen.

Tampoco podría estimarse que dichos principios se identifiquen, en cuanto costumbre judicial, como parte de la regla de reconocimiento misma, porque ello sería tautológico. Sería como afirmar que el Derecho es Derecho. Y no ayuda nada siquiera el verlos como Derecho consuetudinario porque éste, al igual que la regla de reconocimiento, se dice que existe cuando es aceptado, más que cuando es válido.

La vía quizás idónea, al menos a primera vista, para identificarlos sería considerarlos como Derecho jurisprudencial, pero esto sería contrario a la falta de discrecionalidad judicial propugnada por Dworkin a la que antes aludimos. En

---

<sup>130</sup> Legaz y Lacambra, Luis. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Bosch. Barcelona. 1975. Pp. 455.

efecto, los jueces aplican los principios, pero no los crean. Las razones para ello son varias. En primer lugar, que el papel de fuente del Derecho de la jurisprudencia se limitaría a los sistemas de Derecho anglosajón, pero no a los continentales, en los cuales tales principios también existen, aunque con un peso menor, y si bien es cierto a la inversa que el esquema legalista del positivismo se limitaría también más bien a los sistemas de Derecho continental. En segundo lugar, cabe argumentar que ni el propio Hart es excesivamente claro a la hora de afirmar si los principios en cuestión son o no parte del Derecho ya existente. En todo caso habría principios aplicados *ex novo* por los jueces, los cuales éstos no pueden haber creado pues es la primera vez que los aplican. Deberían existir ya con anterioridad. Otro argumento a favor de la falta de discrecionalidad propugnada por Dworkin Sería que tanto el principio de legalidad como el de irretroactividad del Derecho impiden aplicar a alguien una regla que en el momento de realizar el acto que se juzga no se considerase como regla jurídica. Es una exigencia mínima del principio de seguridad jurídica el saber qué atenerse de antemano. En cuanto al supuesto esgrimido por Hart de los casos difíciles, es decir, aquellos en los que hubiese principios contradictorios, del mismo peso o no sopesables, Dworkin limita la actuación del juez incluso aquí al reconocimiento de la existencia de un empate. Esta solución superaría la prohibición del *non liquet* que rige en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos.

A favor del carácter no discrecional de la actividad judicial cabe señalar también el hecho de que gran parte de la doctrina rechaza que la analogía, frecuentemente usada por los jueces y Tribunales, tenga carácter de fuente del Derecho.

Este rechazo sería válido no sólo para la analogía de ley o analogía en sentido estricto (*analogia legis*), sino incluso, aun que ello sea más discutible, para la analogía de Derecho (*analogia iuris*) entendida como el recurso a principios generales del Derecho positivos e inexpressos. Esto sería válido tanto en la fase creativa o ascendente de la analogía como en la aplicativa o descendente. En ésta, tanto en la *analogia legis* como en la *iuris*, el producto de la misma sería una simple máxima de decisión del juez, pero no una auténtica norma jurídica. La laguna quedaría integrada o colmada para el caso concreto, pero no suprimida para un juez que se encuentre con posterioridad a la resolución del caso con ella. “*En cuanto a la fase creativa, en ella en la analogía de ley lo que se crea es poco, simplemente una ratio legis, entendida como un principio de carácter meramente lógico. Pero es que incluso en la analogía del Derecho, en la que lo creado es un auténtico principio general del Derecho, sería discutible si la fuente del Derecho es ese principio en cuanto material o la analogia iuris en cuanto proceso para llegar a él, en relación con el interesante tema de si las fuentes son o crean Derecho*”<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Falcón y Tella, M. José. EL ARGUMENTO ANALÓGICO EN EL DERECHO. Editorial Civitas. Madrid. 1991. Pp. 56.

Un último argumento favorable a la falta de discrecionalidad judicial y consiguiente ineptitud de la regla de reconocimiento para identificar los principios, sería la dificultad de probar de manera objetiva y definitiva su peso, tanto el suficiente para ser principios jurídicos, como el mayor o menor para ser más o menos importantes, en lo que los jueces inevitablemente no se pondrán de acuerdo, en relación con el cambiante y controvertido papel de la jurisprudencia, incluso en el caso de ser Derecho, así en el *Common Law*.

### **3.4. COMENTARIOS FINALES**

Von Wright no identifica la norma soberana, fundamenta su validez formal en la cadena de subordinación de normas existentes. La norma soberana debe ser válida, ya que existe.

Todo sistema debe tener normas fundamentales o soberanas, como axioma, de validez de todo el Derecho.

En relación a la posibilidad de que existan varias normas soberanas dependerá de la concepción monista o pluralista del ordenamiento jurídico, y de la existencia de reglas de relacionamiento entre ambas normas soberanas, de carácter superior.

En relación a la posibilidad de que existan varias normas soberanas dependerá de la concepción monista o pluralista del ordenamiento jurídico, y de la existencia de reglas de relacionamiento entre ambas normas soberanas, de carácter superior.

El Estado no es la única entidad autorizativa de las normas jurídicas. EL Derecho del Estado o creado por el Estado, no debe confundirse con el ordenamiento en general.

El soberano se caracteriza por el poder de obediencia de la ciudadanía, pero únicamente hasta donde esto sea posible.

La seguridad es el fundamento de validez de la ley desde la perspectiva de la economía liberal (Bentham). Si bien se emite en un contexto histórico, el Estado de Derecho, requiere de esta característica en el sistema normativo.

Austin diferencia entre validez del Derecho y validez de la norma jurídica en particular. El primero es ideológico, y el segundo, formal. Se está de acuerdo con Hart, que cada nuevo soberano debe ratificar tácitamente o expresamente las normas anteriores, para su validez.

La idea kelseniana de validez es derivativa, pero no funciona similarmente en todos los niveles normativos en relación a la determinación del contenido normativo de la norma inferior.

Las normas generales hipotéticas al menos se supeditan en la norma fundamental para su validez.

Es posible inferir normas generales mediante la interpretación de otra norma general (Gian Formaggio), al igual que normas individuales de las generales.

La razón de validez no es que el sistema en su conjunto sea eficaz, sino la recursividad o regreso de escalón en escalón, el hecho de que la norma sea constitucionalmente creada.

El sistema jurídico se sustenta por la validez de cada una de sus normas, no se permite que una norma sea inválida y sea parte del sistema.

La invalidación o cambios constitucionales o de la norma fundamental no genera la invalidez de todo el ordenamiento jurídico ipso iure, sino más bien, problemas de interpretación o derogación de aquellas normas que lo contradigan a futuro.

No es clara la definición no axiomática de la regla de reconocimiento como parámetro de validez, pero algunos autores se refieren a los principios o reglas constitucionales fundamentales, que caracterizan todo sistema jurídico. Lo que en Derecho constitucional se denominan normas pétreas.

La norma fundamental kelseniana es iusfilosófica, no existe en la práctica, ni fue tal la intención científica del autor. Por lo tanto, se convierte en un axioma científico.

El reconocimiento de normas de otro ordenamiento jurídico depende de la existencia de varias normas de validez.

La validez de la norma fundamental es siempre hipotética, es una norma de garantía de la integridad del ordenamiento jurídico. Lo que Hart denomina falta de certeza de las normas primarias.

La norma básica evita antinomias y lagunas si se le otorga positivamente jerarquía.

La norma básica no tiene explicación para aquellas fuentes del derecho no derivadas.

La regla de reconocimiento no puede tener validez universal, ya que lo que es ley en un sistema puede serlo en otro. Cada sistema construye su regla(s) de reconocimiento o de validez.

Dworkin considera que el ordenamiento jurídico, además de por normas, está constituido por principios y directrices políticas, lo que él llama *policies.*, que se aplican en casos difíciles, pero no pueden ser de naturaleza moral, y evitando la discrecionalidad judicial.



**CAPÍTULO IV**  
**EL FUNDAMENTO ONTOLÓGICO O REALISTA**  
**DE LA VALIDEZ DEL DERECHO**

La tercera corriente doctrinaria que ha estudiado el problema de la validez del Derecho es la realista, tanto en su escuela escandinava como norteamericana, tienen en común la visión judicial del Derecho.

El principal problema de estas corrientes es el empirismo para constatar los criterios jurisdiccionales normativos, y su falta de aplicación a otros sujetos de derecho, como los legisladores, policías, y a los propios ciudadanos, ya que, en este caso, no se ha logrado construir una Teoría General del Derecho, que integre cualquier grupo social, al no ser epistemológicamente esto posible; inclusive con mucha dificultad para cada rama del Derecho.

A continuación, se presentan las principales escuelas teóricas:

## 4.1. EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

### 4.1.1. LA TEORÍA DE ROSS DE LA IDEOLOGÍA NORMATIVA DE LOS JUECES COMO REACCIÓN A KELSEN

#### A) Exposición general

Al igual que la discusión Hart-Dworkin, es ya clásico el análisis del formado por Kelsen y Ross o, lo que es lo mismo, por la reacción del realismo frente al positivismo, o intento de reinterpretar el concepto de validez jurídica en términos empírico-sociales.

*“Ross distingue entre enunciados asertivos y enunciados directivos, para representar lo que Kelsen llamaba proposiciones concernientes al ser y proposiciones relativas al deber ser”<sup>132</sup>. Pero el proceso es el inverso en Kelsen y en Ross. “Mientras el primero reconduce el ser al deber ser (proceso hacia atrás o all'indietro), el segundo reconduce el deber ser al ser (proceso hacia adelante o in avanti)”<sup>133</sup>. Por otra parte, en la relación entre el *Derecho y la fuerza*, mientras en Kelsen esta última es medio para la actuación del Derecho, en Ross deviene el *contenido*, el elemento principal de la norma jurídica.*

Ross da un concepto preliminar de lo que entiende por validez jurídica analizando lo que podríamos llamar un pequeño sistema normativo, el juego del ajedrez, y las reglas que lo gobiernan. En él observa este autor cómo las normas

---

<sup>132</sup> Pattaro, Enrico. LA VALIDEZ DEL DERECHO EN ALF ROSS. En: ALF ROSS. ESTUDIOS EN SU HOMENAJE. Revista de Ciencias Sociales. Número 25. Universidad de Valparaíso. Chile. 1984. Pp. 173.

<sup>133</sup> Esquivel Pérez, J. KELSEN Y ROSS, FORMALISMO Y REALISMO EN LA TEORÍA DEL DERECHO. UNAM. México. 1980. Pp. 115.

del ajedrez generalmente observadas por los jugadores en competición, aunque estén contenidas en los más acreditados manuales, no servirán en absoluto para la comprensión del juego. Además, los jugadores no siguen usualmente solo las normas del juego, sino también y principalmente las de buen juego. Así, por ejemplo, aunque ninguna regla lo prohíbe no se suele, sin embargo, abrir la partida moviendo el peón que está delante de la torre por considerarse una mala táctica, que podría comprometer el resultado final.

En Ross se encontraría una tricotomía respecto a las reglas de un juego según éstas se encuentren en un hipotético jugador ideal, en la mente de todo jugador potencial, o en un jugador real. Los fines perseguidos podrían concretarse para cada uno de ellos, respectivamente, en *participar, jugar y ganar*. Cada uno de estos momentos se corresponde con uno de los tres planos: la legitimidad, la validez y la eficacia.

Dice Videtta que *“no es apropiada la comparación del Derecho con el juego del ajedrez. En primer lugar, porque dicho juego es esencialmente formal y es del todo indiferente el contenido de sus normas. Así nadie se quejará de que rey y reina tengan, respectivamente, tan poca y tanta posibilidad de movimiento y no invocar al respecto el principio de la igualdad de ambos sexos.*

*Además, el jugador de ajedrez utiliza las reglas de este juego como medio para conseguir su fin, la victoria”*<sup>134</sup>. Por el contrario, el hombre de la calle a menudo persigue sus propios fines al margen y aun prescindiendo del

---

<sup>134</sup> Videtta, F. P. EL CONCEPTO DE “NORMA VÁLIDA” SEGÚN ALF ROSS. En: Revista Internacional de Filosofía del Derecho. Volumen 45. 1968. Pp. 338.

ordenamiento jurídico. Finalmente, diferencia Videtta el juego del ajedrez del ordenamiento jurídico en que mientras el primero existe, aunque nadie jugar al ajedrez, independientemente de la existencia de dos antagonistas, por ejemplo, en un libro de ajedrez, o cuando se juega contra uno mismo, el segundo no tendría significado si no existiera la realidad social por él contemplada.

No existiría ninguna realidad social-ajedrecística independiente de las normas del juego. Sin embargo, sí habría una realidad social independiente del Derecho, el cual sólo trata de influir sobre ella.

Los positivistas, como Kelsen, reenvían del concepto de juridicidad al de validez y, en la medida en que ésta es la pertenencia a un sistema jurídico, queda siempre abierto el tema de qué hace jurídico al sistema, para solucionar lo cual se recurre a la norma fundamental en sus diversas variantes. Por el contrario, Ross, al identificar la validez, como requisito, con la juridicidad, reenvía de una a otra, lo que elimina la necesidad de la norma fundamental al modo entendido por los positivistas. Decimos esto último porque, como dice Esquivel, *“la evolución del pensamiento de Ross le condujo a aceptar la existencia de una norma básica. Lo que ocurre es que tal aceptación no significó una coincidencia cabal con la teoría kelseniana”*<sup>135</sup>.

---

<sup>135</sup> Esquivel Pérez, J. Op Cit. Pp. 137.

De todos modos, Ross dice poco sobre su norma básica, la cual, según Raz, plantea más problemas de los que resuelve. Además, en Ross la sistematicidad del Derecho se basa más que en la norma básica, aun en la versión del autor, en que las normas jurídicas gozan de una cierta coherencia interna de significado.

Para Ross la juridicidad actúa como esencia, la validez como *existencia* y la *eficacia* como *razón de ser*, ya no *conditio sine qua non*, al modo kelseniano, sino *conditio per quam* de la validez. Esta no es sino el resultado o fruto de la eficacia. Podría parecer que el concepto de validez se ha, de este modo, sacrificado, en parte como requisito de la juridicidad y en parte como consecuencia de la eficacia. Sin embargo, en Ross, como realista normativista, no se trata sino de caras de una misma moneda y, aunque el propio concepto de eficacia preceda de hecho al de validez, éste sigue siendo un concepto primario de su teoría del Derecho, aunque hay en este punto variación en las distintas obras del autor.

La juridicidad de la norma está en que la misma es esquema de cualificación e interpretación de un fenómeno real. El Derecho, a diferencia del Iusnaturalismo y del Positivismo, no se considera como objeto de cualificación en virtud de un valor o de un principio formal, sino que se concibe como cualificador el mismo de una serie de hechos. En cuanto a la validez de la norma jurídica ésta comprende, según la mayoría de los intérpretes de Ross, dos elementos o requisitos: 1) La efectiva observancia de la norma. 2) El sentimiento de que la norma es socialmente obligatoria. Este es el requisito más original de la concepción de la

validez de Ross. El primero es el elemento material o comportamental de la validez, el segundo, su elemento psicológico. El primero vendría a ser la eficacia tal como la entendía Kelsen, el segundo vendría a coincidir con el concepto clásico de obligatoriedad, lo que caracteriza lo jurídico frente a otras normatividades, el ser vinculante para terceros, incluso si lo des conocen (pues la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento). En este sentido son adecuadas las palabras del profesor Iturmendi cuando comentando el pensamiento de Ross define la validez como la eficacia de la norma en la mente de los jueces.

Conviene hacer algunas precisiones sobre lo dicho. En primer lugar, hay que señalar que en la norma jurídica además del nivel comportamental y el psicológico estaría, para gran parte de la doctrina, el nivel lingüístico. Lo peculiar de Ross es, según Pattaro, que: 1) En cuanto a la eficacia, no bastaría, como usualmente se suele hacer, el primer nivel, sino que también se precisaría del segundo. De este modo se restringe la extensión del concepto y se acrecienta su intensidad. 2) Respecto a la validez, no bastaría el tercer nivel, como usualmente se afirma, sino que se requeriría igualmente el segundo. Estas son las novedades introducidas por Ross.

La relación entre estos tres niveles sería de causa a efecto. Se supone que el primero de ellos, la actuación en cierta dirección, es el efecto del segundo, una experiencia psicológica de validez, y ésta, el del tercero, un enunciado prescriptivo. Del tercer estrato sería una consecuencia inmediata el segundo y mediata, el primero. Si esto es así, se puede afirmar que Ross identifica la validez

de un enunciado prescriptivo con su eficacia inmediata o psicológica y no con la mediata, o comportamental.

En segundo lugar, hay que advertir que el concepto rossiano de eficacia en sentido estricto no coincide con el de validez, ni siquiera en su vertiente de validez de facto. La primera se refiere al momento comportamental, mientras que la segunda alude al momento psicológico. En otros términos, la validez-existencia de hecho del Derecho no consiste en las decisiones de los tribunales. La validez de hecho del Derecho consiste en la convicción o creencia de que existen normas jurídicas objetivas. Esta convicción es un hecho psicológico que puede tener o no eficacia sobre el comportamiento. La eficacia en sentido amplio» se articularía así en un momento psicológico (la validez de facto) y uno comportamental (la eficacia en sentido estricto). Así, frente a quienes, consideran que la validez está constituida por ambos momentos: el psicológico y el comportamental, Pattaro considera más correcto lo primero. No sería cierto que el concepto de validez en Ross desaparezca fagocitado por el de eficacia. Más bien la validez sería un tipo de eficacia. La relación sería más que de igualdad, de todo a parte.

En realidad, esta polémica sería más una cuestión terminológica y teórica que práctica y real. Así, es lo mismo decir, con la mayoría, que Validez (aunque, eso sí, matizando que lo es en sentido amplio) = Validez (en sentido estricto) + Eficacia (en sentido también estricto), que afirmar con Pattaro, que la Eficacia (en sentido amplio o impropio) = Validez (*de facto* o en sentido propio, al ser la única admitida por el realismo) + Eficacia (*strictu sensu*).

Los sumandos son los mismos en ambos casos. Por tanto, la suma o resultado también lo será. Lo que varía es sólo la denominación como validez o eficacia, que, al serlo en sentido amplio o impropio, es lo mismo que decir que son un solo concepto, el de un cierto grado de validez y otro de eficacia. Según cuál se considere más importante, que se use uno u otro término. El producto de los sumandos es un todo, compuesto de dos porciones. Según con el nombre con el cual se le designe, se estará favoreciendo la visión más extendida de las existentes en torno a Ross, o la más original, de Pattaro.

Pero, en realidad nada cambia, sólo el color del cristal con que se mira. Este siempre es naranja, unas veces llamado amarillo y algo más, otras, rojo y algo más, validez en sentido amplio o eficacia en sentido amplio, ambas cosas, en definitiva.

En tercer lugar, hay que señalar que la efectiva observancia de la norma jurídica se predica en Ross de los jueces de una nación. Estos serían para él los destinatarios primarios de la norma jurídica. Cabe observar aquí que Ross utiliza, frente al criterio tradicional, temporal, de distinción de lo primario y lo secundario, un criterio funcional. Según éste, primario sería no lo primero en el tiempo, sino lo primero en importancia, lo principal, frente a lo accesorio. Y como en el Derecho lo principal es su coactividad, su sanción, serían normas primarias las que se dirigen a los jueces para que apliquen las sanciones y normas secundarias las que tienen por destinatario a la colectividad en su conjunto.

Pero los jueces son los artífices no sólo del elemento comportamental (aquí hay que dar la razón a Pattaro), sino también del psicológico. En otras palabras, lo relevante no es sólo la conducta externa del órgano judicial al aplicar el Derecho, sino también, y fundamentalmente, la común ideología judicial que la inspira. Hay que destacar aquí el adjetivo común.

En efecto, como dice Silvana Castignone, *“no se trata de penetrar en la psicología individual de cada juez, la cual varía de individuo a individuo. El Derecho, a diferencia de la Moral, no es un fenómeno personal y subjetivo, sino que requiere de un criterio externo que lo objetiviza y lo configure como una razonable expectativa, al modo de los realistas norteamericanos”*<sup>136</sup>. Requiere de lo que se entiende por ideología judicial. Esta no sería sino la influencia que sobre las decisiones de los jueces tienen las fuentes del Derecho.

De este modo, la unidad del sistema es garantizada no por la norma básica, sino por dicha ideología, objetivizada en las fuentes del Derecho. Lo que ocurre es que éstas se configuran no de una manera formal, como en el positivismo, sino como fue test psicológicas y sociológicas. Su modificación es menor que la de la ideología individual de un juez. De ahí que se dote al sistema de estabilidad y seguridad jurídica, de saber a qué atenerse, como diría Ortega. Y cuando se modifica, no lo hace mediante un procedimiento jurídico preestablecido, sino

---

<sup>136</sup> Castignone, Silvana. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LA DOCTRINA IUSNATURALISTA E IUSPOSITIVISTA. En: Castigone, Silvana; Guastini, Riccardo & Tarello, G. INTRODUCCIÓN TEORICA AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Bosch. España. 1979. Pp. 179.

gracias a un fenómeno extrasistemático, de hecho. Esta concepción de las fuentes del Derecho es un claro exponente del realismo normativista del que es baluarte Ross.

Es también interesante destacar como clave en el concepto de validez de Ross las nociones de actitud interesada y desinteresada de conducta. Ambas están estrechamente ligadas. Así, en el primer momento se daría una actitud interesada o temor hacia el ejercicio de la compulsión. *“Es sólo posteriormente, en virtud del poder de sugestión social, que se va produciendo una costumbre colectiva de acción desinteresada que transforma gradualmente la compulsión en validez. De este modo se conjugan el temor y el respeto como los dos motivos que mueven a la obediencia al Derecho”*<sup>137</sup>.

## **B) Revisión crítica**

Una vez vista, a grandes rasgos, la teoría de la validez de Ross, se examinarán cuáles son los principales problemas y dudas que plantea. En este punto la doctrina se divide entre los que hacen una crítica externa, desde postulados teóricos diferentes, y quienes, por el contrario, parten de las propias auto-contradicciones de la construcción de Ross, realizando una crítica interna. Es ésta la que resulta más interesante.

---

<sup>137</sup> Squella Narducci, Agustín. PRINCIPALES AFIRMACIONES DE ALF ROSS ACERCA DEL PROBLEMA DE LA VALIDEZ Y VIGENCIA DEL DERECHO. En: Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Chile. 1975. Pp. 185.

En ella se suele atribuir a Ross el error de reconducir la validez a la eficacia, pues entonces se llega a la paradoja de que una norma es más efectiva y válida cuanto más la apliquen los tribunales y, por tanto, cuanto más inobservada sea por los ciudadanos. Para Ross esta paradoja no es sino aparenta. Según este autor, las normas generalmente observadas, sobre las cuales los tribunales no han tenido oportunidad de pronunciarse, son válidas en línea de principio, aunque su validez no se haya podido verificar. Aunque no así de explícito en Ross, sería, para Pattaro, la interpretación adecuada distinguir entre validez y comprobación o verificación de la misma, pudiendo haber casos en que aquélla preceda al comportamiento de los jueces. Se trata de un realismo normativista, según el cual hay prioridad de la norma sobre el comportamiento de los destinatarios, siendo la validez de la norma no su aplicación en cuanto tal, sino el factor determinante que está detrás de ella.

Frente a la pretensión de Ross de innovar, dice Pattaro que se limita a realizar una síntesis entre el realismo psicológico, según el cual el Derecho es aplicado por que es válido, y el llamado realismo behaviorista, para el que el Derecho es válido porque es aplicado. *“Para el primero, lo importante es la conciencia jurídica popular, el Derecho como hecho psíquico individual, para el segundo lo son los tribunales, el Derecho como costumbre judicial. En el primero se enclavarían Knud*

*Illum O Karl Olivecrona, en el segundo los realistas norteamericanos. En esta síntesis predominaría el elemento psicológico*<sup>138</sup>.

Pero no sólo serían válidas, pese a su ineficacia, las normas aún no aplicadas, por ejemplo, por ser de reciente promulgación, sino que habría que considerar válidas también las normas que no es posible aplicar más, porque son abrogadas. Estos casos se referirían, más que a la invalidez de las normas jurídicas, a la imposibilidad de aplicarlas.

Pero Ross va más allá y afirma que las normas pueden ser válidas incluso cuando sean inobservadas, por darse una aplicación contraria a su contenido, pues se estaría ante un caso de error judicial, que más que verificar la existencia de la norma, la falsearía, lo cual no impediría que los tribunales en el futuro probablemente no siguiesen tales decisiones. Podría argumentarse que en el tema del error se introdujera un segundo criterio de verificación de si ha habido error, siendo posible el error también en cuanto a la verificación. *“De todos modos, esto sólo cabría en la medida en que el fallo o error se diese respecto a aspectos in procedendo, de Derecho procesal, no en el objeto in iudicando, de Derecho material”*<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> Laclau, Martín. ALF ROSS Y EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO. En: ALF ROSS. ESTUDIOS EN SU HOMENAJE. Revista de Ciencias Sociales. Número 25. Universidad de Valparaíso. Chile. 1984. Pp. 153.

<sup>139</sup> Videtta, F. P. Op Cit. Pp. 352.

En conclusión, podría afirmarse que la eficacia no es sino un indicio o prueba de la validez, pero que ésta prima sobre aquélla. Según Aarnio, *“esto conduciría al problema de que si una norma es válida si es probablemente aplicada, la norma sería siempre simplemente más o menos probablemente válida, lo cual resulta inadmisibile”*<sup>140</sup>. Parecería, por tanto, que existirían grados respecto a la validez. Así, ésta sería mayor o menor según el índice de probabilidad de ser aplicada.

Pattaro es contrario a esta idea que, a su juicio, su pone una confusión indebida entre los planos del ser y del conocer, del Derecho y de la Ciencia del Derecho, de la realidad y existencia de las normas objetivas y de la verdad o verificabilidad de las proposiciones jurídicas. Mientras en aquéllas se es o no se es y rige el principio de todo o nada, en éstas sería posible la graduación. Una cosa es la esencia, lo que fundamenta la validez y otra su prueba, como juicio científico sobre tal validez. Ross sería, dice Pattaro, *“un realista normativista en la concepción del Derecho y de la validez jurídica y un neoempirista verificacionista en la teoría de la Ciencia del Derecho. Sería incorrecto confundir ambos planos. Sólo el del conocer admite graduación”*<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Aarnio, Aulis. SOBRE LA VERDAD Y LA VALIDEZ DE LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS EN DOGMÁTICA JURÍDICA. En: LA FUNDAMENTACIÓN DEL RAZONAMIENTO LEGAL. Ariel Editorial. España. 1981. Pp. 431.

<sup>141</sup> Pattaro, E. LA VALIDEZ DEL DERECHO EN ALF ROSS. Op Cit. Pp. 190.

En segundo lugar, la concepción restrictiva de Ross acerca de los destinatarios de las normas da lugar a otra complicación. Se trata del problema de la cualificación del juez. Una norma es válida si es aplicada porque es sentida como socialmente vinculante por los jueces. Pero ¿quién debe considerarse juez válidamente constituido como tal? La respuesta es que es juez a quien se le ha encomendado tal función conforme a una ley sobre el ordenamiento judicial. Pero ¿de qué depende la validez de esta última norma? Existirían así dos criterios de validez: uno para las normas aplicables por el juez y otro para el *status* de juez.

Pero para Ross también esta dificultad es sólo aparente. Él afirma que es necesario considerar el sistema jurídico como un todo único, integrado por normas de Derecho privado (aquellas aplicadas por los jueces en las controversias entre los ciudadanos) y normas de Derecho público (aquellas sobre el ordenamiento judicial, relativas al cargo de juez). No habría un punto de Arquímedes para verificar la validez del sistema; no habría una parte del Derecho cuya validez debiera ser fijada primero que la de la otra parte.

Pattaro plantea esta tesis de Ross diciendo que, *“incluso en la teoría de la validez de éste, existe un punto de Arquímedes, es decir, una parte del Derecho que debe ser verificada como válida antes que cualquier otra. Pero para él no es el Derecho público, sino el Derecho privado”*<sup>142</sup>. Es la ley privada la que debe verificarse antes que la ley pública, las normas de conducta, antes que las de competencia, la ley primaria, antes que la secundaria.

---

<sup>142</sup> *Ibidem.* Pp. 193.

Acerca de la circularidad entre tribunales y leyes que los constituyen, dice Ross que no hay peligro porque se trata de una circularidad dentro del sistema, con lo cual se asegura la inmanencia al ordenamiento del fundamento de la validez, sin reenviar fuera del sistema.

Observa Videtta respecto a este punto que *“el juez no tiene ninguna capacidad convalidante sobre las normas que conciernen a su propia investidura siempre que sea un juez nacional, no así en ordenamientos limitados como el de la Mafia o la Santa Sede”*<sup>143</sup>. Si el juez individual fuese también juez de la legitimidad de su propia investidura, dejaría de ser un juez, para convertirse simplemente en un déspota. Además, nadie podría garantizar que en un mañana hipotético su investidura no puede ser declarada nula por otro juez.

Por su parte, Ramos Pascua señala también como punto débil de la teoría de Ross el que *“elija, como campo de referencia para identificar el Derecho válido, la actividad judicial y no, por ejemplo, la práctica policial o la actividad de los ciudadanos, impulsada por las normas sentidas como obligatorias por el legislador. Además, si un requisito del Derecho es la generalidad, hay que hacer notar que los jueces y tribuna les constituyen una parte muy pequeña de la sociedad”*<sup>144</sup>. No obstante, parece incorrecto el hablar en términos cuantitativos y así, por ejemplo, considerar más o menos válida una norma según el número

---

<sup>143</sup> Videtta, F. P. Op Cit. Pp. 333.

<sup>144</sup> Ramos Pascua, J. A. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO EN LA TEORÍA DE H. L. A. Op Cit. Pp. 82.

mayor o menor de jueces que la apliquen. “La razón por la cual se pone el acento sobre la actividad judicial, más que sobre la ejecutiva, ha de buscarse quizás en la incompatibilidad de esto último con la ideología democrática, según la cual el poder judicial es una garantía contra los posibles abusos del poder ejecutivo”<sup>145</sup>.

Por otra parte, como el juez, en cuanto ser humano, no piensa y actúa sólo en términos de Derecho, ¿cómo podrá distinguirse su actividad jurídica y la no jurídica? Para ello habría que valerse de un esquema que ya contenga esa distinción y que opere al mismo tiempo en la mente propia y en la del juez. Además, nunca se podrá estar seguro, ni siquiera en el caso particular de que se trate, de cuál fue el trabajo psicológico realizado en la mente del juez y qué normas él ha sentido como socialmente vinculantes. Puede incluso suceder que, en el momento inmediatamente anterior y en aquel inmediatamente posterior, no piense del mismo modo. La incertidumbre será aún mayor en el caso de jueces colegiados o si se aborda más de un solo ordenamiento jurídico nacional.

En suma, parece que Ross pretende seguir lo que, en terminología de Hart, sería el punto de vista externo cuando en realidad no lo hace, ya que ha considerado externos (y, por tanto, experimentales de hecho) conceptos puramente internos como el de juez, sentencia, reglas, etc. Mientras Hart o Kelsen manejaban términos objetivos al conectar normas entre sí, Ross relaciona subjetivamente una norma con un acto jurídico (*act in the law*) como es la sentencia del juez. Abundando en este subjetivismo, dice Ekelöf que “es corriente en la realidad que

---

<sup>145</sup> Videtta, F. P. Op Cit. Pp. 355.

*un juez particular, de primera instancia, que se base en casos previos, sea el que decida*<sup>146</sup>.

Ni siquiera cuando nos encontramos ante formulaciones escritas del juez sabemos si la regla en cuestión fue o no un factor decisivo del caso. Será siempre muy difícil distinguir entre las reglas jurídicas vinculantes para el juez y aquellas máximas de la estrategia judicial, de las que se suele valer. De hecho, a menudo se llega a la decisión adecuada primero y luego se trata sólo de argumentar jurídicamente.

¿En qué hay que basarse para determinar si el juez se siente vinculado?, pregunta irónicamente Munzer, ¿en una aclaración de la voz, en un temblor o suspiro a la hora de juzgar? Este autor señala también como dificultad teórica el saber qué añade la palabra efectivamente al verbo *observada*. “¿Es que acaso se puede observar la ley inefectivamente? Además, no es necesario que el juez obedezca la ley porque se siente vinculado, sino que puede hacerlo, y de hecho así sucede, por indiferencia o por miedo. Incluso, aunque se sienta obligado, esto puede no ser suficiente, pues puede, pese a ello, negarse a obedecer”<sup>147</sup>.

A pesar de la reacción de Ross al pensamiento de su maestro Kelsen, no todos son puntos distintivos en las concepciones de estos pensadores, pudiendo encontrarse un mínimo común a ambos, uno positivista, otro realista. Así, Kelsen no puede desechar a la larga el problema de la efectividad y viceversa, Ross no

---

<sup>146</sup> Ekelöf, O. LA EXPRESIÓN “REGLA VÁLIDA”: UN ESTUDIO EN TERMINOLOGÍA LEGAL. UNAM. México. 1975. Pp. 64.

<sup>147</sup> Munzer, Stephe. VALIDEZ LEGAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1972. Pp. 9.

niega todo significado a la norma, aunque la reinterprete en clave empirista. Si fuera el de Ross un realismo riguroso y consecuente, no se plantearía siquiera el problema de la validez normativa, pues la noción de norma carece de referencia empírica.

Las nociones de validez de Kelsen y Ross no son alternativas. Son diversas, pero no contradictorias y corresponde a dos aspectos distintos del fenómeno jurídico, dignos ambos de consideración. Son concepciones referidas a dos momentos del Derecho, la norma y el comportamiento. Se puede decir, en este sentido, que Kelsen *“hace primar la consideración estática del Derecho, mientras Ross destaca la dinámica, que el primero contempla más bien el elemento interno y el segundo da relieve a aquél externo. Ross acentuaría el aspecto inductivo, a partir de ciertos fenómenos psicosociales, y Kelsen, el deductivo, a partir de una norma suprema”*<sup>148</sup>.

Además, ambos autores se asemejan en su pretensión de hacer posible una verdadera Ciencia del Derecho. Ambos comparten también lo que para Kelsen era una de las exigencias de la pureza metódica, a saber, la idea de que en la ciencia no caben valoraciones. Discrepar, sin embargo, en la que Kelsen considera segunda exigencia de la pureza metódica, el que la Ciencia del Derecho debe ser autónoma de las otras ciencias, especialmente de las naturales y empíricas, frente a Ross, que, fiel al neoempirismo, cree en la unidad de la ciencia.

---

<sup>148</sup> Pattaro, Enrico. VALIDEZ Y VERIFICABILIDAD DEL DERECHO. En: Revista Trimestral de Derecho y Procedimiento Civil. 1966. Pp. 1052.

#### 4.1.2. LA TEORÍA DE HÄGERSTRÖM DE LA CONSTITUCIÓN

*“En el pensamiento de Axel Anders Hägerström en torno a la validez hay que distinguir entre el concepto de validez y su fundamento”<sup>149</sup>.*

En cuanto a lo primero y como buen realista normativista, Hägerström señala que una norma es válida, es decir, existente, si es sentida como vinculante y observada en un determinado grupo social, particularmente por las personas en cargadas de la administración de justicia. Se ve cómo el concepto de validez se acerca al de otros realistas, especialmente al de Ross. De ahí la denominación de realista.

En cuanto al calificativo de «normativista», el uso de esta expresión procede ya no de la noción de validez, sino de su fundamento, pues al igual que Kelsen y los normativistas y frente a un realismo radical e ingenuo, las normas se consideran como parte integrante del Derecho con una existencia específica distinta a la de los hechos empíricos.

Para estudiar con claridad la concepción hägerströmiana de la validez resulta interesante la distinción de una serie de variables. Por un lado, se situarían la norma, en el plano del deber ser y, por otro, el poder, en el nivel del ser. En segundo lugar, señalaríamos las nociones líneas arriba mencionadas de concepto y fundamento de la validez, es decir, el qué y el porqué de la misma. Finalmente introduciríamos una nueva pareja de elementos, a saber, los de causa y efecto.

---

<sup>149</sup> Olivecrona, K. DERECHO Y VOLUNTAD, DOS TEXTOS DE AXEL HÄGERSTRÖM. UNAM. México. 1961. Pp. 30.

Se tratará de determinar a continuación cómo se relacionan entre sí estos tres pares de conceptos en Hägerström. En cuanto al concepto de validez se observa en nuestro autor una pertenencia o ubicación del mismo en el plano del poder. La validez de la norma depende del poder. Sin embargo, las normas jurídicas no se identifican con el comportamiento con el cual se llevan a la práctica. La norma jurídica válida es el efecto. El comportamiento de los destinatarios es la causa.

Más interesante aquí es estudiar el fundamento de la validez y ver cómo en el mismo la relación es la inversa. La norma fundamenta el poder de facto. Es así como se da la relación de causa (la norma jurídica) a efecto (el comportamiento de sus destinatarios).

Como se está en el apartado del fundamento de la validez y ya que los esquemas y relaciones, aunque inversas, paralelas predicadas para el concepto son un poco forzadas, a continuación, se verá el núcleo del pensamiento de Hägerström sobre la validez a lo segundo. Nótese que es en esto en lo que radica la originalidad del aparato hägerströmiano, más en concreto en su teoría de la constitución. En el concepto de validez el autor no hace sino asumir los planteamientos realistas.

Hägerström hace depender el fundamento de la validez de la existencia de una Constitución o normas constitucionales, es decir, de normas reguladoras del ejercicio del poder, de normas de competencia. *De facto* dicha constitución existe si es eficazmente aplicada, pero no por ser eficazmente aplicada existe como

constitución de iure, como pretendía Salmond, seguidor de la teoría agustiniana. Es precisamente de la crítica esta concepción de que *ex facto ius oritur*, de la que proviene la idea de Hägerström de que el Derecho precede al poder o, en fórmula paralela, de que *ex iure ius oritur*.

Salmond defendía que la praxis (constitución como un hecho) precede lógicamente al Derecho constitucional (constitución de Derecho). Para sostener esta tesis, argumentativa en base a dos ejemplos clásicos: En primer lugar, respecto al nuevo Derecho, creado después de una revolución, como cuando las colonias americanas se rebelaron contra la madre patria Inglaterra. Como el único Derecho entonces válido era el inglés, que estaban violando, crearon sobre un hecho, el consenso popular, el nuevo Derecho. En segundo lugar, cabe citar el caso de las prácticas constitucionales *contra legem*, es decir, una costumbre constitucional contraria a la constitución formal y que la sustituya.

Ambos supuestos son derrumbados por Hägerström y con ellos la idea de que el hecho es anterior a la norma. Respecto al primero de ellos aduce nuestro pensador que en realidad no se creaba *ex facto* el Derecho, a partir de la conciencia popular, sino que ésta se configuraría como una especie de Derecho Natural que dominaba las almas los ánimos y que tenía, por tanto, una validez de facto.

En cuanto a la praxis constitucional *contra legem*, dice Hagerström que *“la misma, aunque hecho, presupone de todos modos una norma previa, aunque no emanada en forma de ley, pero sentida como norma vinculante por los operadores del*

*Derecho, y que es por la praxis inspirada, uniformizada de manera constante y ordenada*<sup>150</sup>. Recordemos aquí respecto a las prácticas o hechos continuados y uniformes durante un cierto tiempo que los mismos pueden ser el elemento material de una costumbre y, por tanto, verdadero derecho de tipo consuetudinario.

Basta que a ellas se una el elemento espiritual u *opinio iuris*, como convicción de que las mismas son Derecho. Así pues, en el primer caso mediante el recurso al Derecho Natural, y en este segundo a través del Derecho consuetudinario, se invalidan los ejemplos de Salmond. Para Hägerström, incluso en el caso de que una praxis constitucional *contra legem* se arraigue y la norma constitucional normalmente válida, pero desatendida, pierda su validez, se está ante disposiciones emanadas conforme al orden propio de la praxis.

Así, como entroncado de manera crítica en su antecesor Salmond, el pensamiento de Hägerström precede en el tiempo al de Kelsen y Hart y, al igual que ellos, considera el Derecho como conjunto de normas y la validez del Derecho como una validez objetiva, independiente de la voluntad contingente de las personas físicas que concurren en la misma (legisladores, jueces, funcionarios, etc.). El distingue, por ejemplo, respecto al soberano entre la actividad del mismo en el ámbito de las funciones que representa, y la desarrollada a título puramente personal. Esta cuestión está en relación con las teorías surgidas en la ciencia política en el siglo XVIII a tenor de las cuales se distinguiría entre el mandato imperativo y el mandato

---

<sup>150</sup> *Ibidem*. Pp. 72.

representativo como formas de representación en el Derecho público continental. El primero define la representación medieval, el segundo innova el panorama.

*“En el primero el representante está vinculado a sus electores a través del contenido de los cuadernos de instrucciones y la posibilidad de revocación. En el segundo el representante está desvinculado de sus electores concretos y los sustituye. Se veía, por tanto, más el cargo o función en la primera teoría y la desvinculación y actuación a título personal completo en la segunda”*<sup>151</sup>. Así pues, para Hägerström ciertas personas tienen y ejercitar un poder sólo en cuanto debido a que se encuentran en una posición de autoridad determinada por la constitución.

A diferencia de lo que harían Kelsen y Hart con sus concepciones de la Grundnorm y la *rule of recognition*, respectivamente, Hägerström presenta su Constitución como fundamento de la validez de tipo normativo (es una norma. Solventa así los problemas que se presentan después a las llamadas normas hipotético-fundamentales y a la regla de reconocimiento), pero realista, pues la obediencia a dicha constitución se basa no ya en que es expresión de la voluntad de alguno (el pueblo o un soberano), sino en razones históricas, psicológicas y sociales.

---

<sup>151</sup> Sánchez Agesta, L. PRINCIPIOS DE TEORÍA POLÍTICA. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1990. Pp. 305.

En cuanto a la obediencia a las demás normas que no son la constitución, como las leyes o las sentencias, las mismas se observan porque los poderes (le legislador y juez) de que provienen son regulados en dicha Constitución. Eventualmente pueden existir violaciones de la norma constitucional hasta la instauración de una nueva, en una variada gama de posibilidades intermedias que van de la desobediencia total a la uniformidad absoluta.

A diferencia asimismo del concepto kelseniano y hartiano y en general positivista de que la vinculatoriedad significa obligatoriedad, que puede eventualmente carecer de efectividad, Hägerström no la entiende así. Para él *fuerza de Derecho* es un concepto empírico. Según él, el concepto de obligación no está entre los conceptos empíricos, y fuerza del Derecho significa fuerza efectiva, vinculante.

Hägerström, con su teoría de la validez efectiva según la cual no hay poder sin norma, explica el ejercicio del poder incluso en un Estado absoluto. No es el poder del monarca absoluto el que hace operativo el Derecho, sino que es el Derecho previamente eficaz el que hace operativo el poder del monarca. Lo único que faltaría en estos regímenes despóticos sería la legitimidad, lo que él llama *fuerza ideal*, como concepto al lado de la validez interna del Derecho.

#### 4.1.3. LA TEORÍA DE OLIVECRONA DE LA VALIDEZ REALÍSTICO FORMALÍSTICA

Olivecrona es con Hägerström y Lundstedt uno de los mayores exponentes del realismo jurídico escandinavo. *“Estos autores, conforme a los postulados realistas, tratan de explicar el fenómeno jurídico partiendo de presupuestos netamente antimetafísicos. La metafísica es para ellos un sin sentido”*<sup>152</sup>.

*“Como real es aceptado sólo el mundo de los objetos que pueden ser sometidos a la observación científica, es decir, sólo el mundo del espacio y del tiempo, el mundo empírico y sensible, que se manifiesta en la Historia”*<sup>153</sup>. Habría que estudiar si en el problema de la validez estudiado por Olivecrona se da efectivamente un discurso avalorativo, como correspondería a las premisas en las que se basa este pensador escandinavo, o si, por el contrario, su teoría implica una toma de posiciones sobre el plano axiológico. Pero antes de resolver esta cuestión de la relación entre Derecho y Moral es necesario estudiar en qué consiste la teoría de la validez de Olivecrona y las relaciones de tal validez con la eficacia.

Como se desprende de los trabajos en la materia del profesor Pattaro, no habría inconveniente en hablar de una teoría formalista de la validez en Olivecrona, aunque tratándose de un formalismo en entre comillas, frente al de otros autores

---

<sup>152</sup> Welzel, Hans. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO (UNA CUESTIÓN LÍMITE DEL DERECHO). En: Radbruch, Gustav; Schmidt, Eberhart & Welzel, Hans. DERECHO INJUSTO Y DERECHO NULO. Editorial Aguilar. Madrid. 1971. Pp. 95.

<sup>153</sup> Olivecrona, Karl. EL DERECHO COMO HECHO. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. Editorial Labor. Barcelona. 1980. Pp. 111.

como Kelsen, de un formalismo al que podríamos calificar de realista. Así, según Olivecrona el Derecho no es la voluntad o el poder de los agentes jurídicos (legisladores, gobernantes o jueces) por sí, sino por las posiciones formales que los mismos ocupan. El Derecho nace del Derecho aun cuando el Derecho es un hecho.

La relación en Olivecrona entre validez y eficacia no es de igualdad o equiparación, sino que la validez de una ley precede a su eficacia, de tal manera que ésta depende de aquélla. En efecto, las leyes no son operativas sino gracias a su pertenencia o membresía respecto al ordenamiento jurídico por ser emanadas en la forma prevista por la constitución, la cual, al igual que la norma básica de Kelsen, debe de gozar de un respeto general y preconstituido por parte de los ciudadanos.

Las peculiaridades del realismo normativista del cual es exponente Olivecrona frente a Kelsen residen en considerar dicha eficacia no como un hecho bruto, sino como una eficacia que cuando se refiere a todo el ordenamiento jurídico depende de la existencia de una constitución, concebida como una auténtica norma de Derecho objetivo, y cuando se refiere a una norma concreta depende del nexo directo de la misma con la constitución.

Por el contrario. Kelsen situaba la eficacia en el plano de los hechos, consideraba la norma básica no como una constitución y, por tanto, como verdadera norma, sino más arriba, como una norma fundamental de carácter sólo hipotético. Además, la validez de una sola norma dependía de la *Grundnorm* no directa sino

indirectamente, a través de los distintos grados, escalones o peldaños de la pirámide normativa. Por último, mientras para Kelsen las leyes son normas vinculantes, para Olivecrona sólo son consideradas como tales por los agentes jurídicos. Para este último autor una ley es una norma jurídica si es eficaz gracias a su validez formal, mientras para aquél una norma es una norma jurídica si es formalmente válida, aunque no sea eficaz.

Se plantea así en Olivecrona, dice Pattaro, “*la doble cuestión de cuál es el status de las leyes válidas, pero ineficaces y el de las reglas eficaces, pero inválidas*”<sup>154</sup>.

**A)** Respecto a las primeras, aquellas no obedecidas por los ciudadanos, habría que distinguir entre grados de ineficacia. Si las leyes son totalmente ineficaces, no existen como imperativas. Si son sólo limitadamente ineficaces, no por ello dejan de ser normas. En este mismo sentido se manifiesta el positivismo jurídico. Así, por ejemplo, Kelsen habla de *desuetudo*, como proceso inverso a la *consuetudo*, mediante el cual se priva de validez a una norma que es inobservada de manera regular y continuada en el tiempo. Las soluciones son, pues, análogas en el realismo normativístico de Olivecrona y en el positivismo jurídico de Kelsen, pero es distinta la coherencia de la solución con los postulados y pre supuestos ontológicos y epistemológicos de cada teoría.

En el realismo normativista hay coherencia en los resultados, porque se mueven dentro de una explicación empirista según la cual, al ser la validez de una ley un requisito de hecho, que determina la eficacia, si después ésta no se

---

<sup>154</sup> Pattaro, Enrico. LINEAMIENTOS PARA UNA TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Debate. Madrid. 1986. Pp. 287.

consigue o cesa la validez formal, la regla permanece, aunque no funciona como un imperativo.

El positivismo jurídico, sin embargo, es a primera vista incongruente en este punto, pues al ser la validez como obligatoriedad de la ley una cuestión de Derecho (deber ser) y la eficacia una cuestión de hecho (ser), y dada la radical escisión que en aquél se produce entre el plano del ser y el del deber ser, la ineficacia no podría incidir sobre la validez. Por eso para salvar la coherencia se postula una construcción según la cual la *desuetudo* al abrogar una norma crea otra, de carácter formal, cuya única función es realizar la abrogación de la anterior, con lo cual el *Sollen* viene eliminado por otro *Sollen*, no por un *Sein*.

Lo hasta aquí dicho es predicable no sólo de la ley, sino de toda regla de origen formal (así los reglamentos como Decretos -del Gobierno- y órdenes ministeriales -de la Administración- e incluso, en los Derechos en que son fuente, los negocios jurídicos -de los particulares-). Pero ¿qué ocurre con las normas de origen no formal o, lo que es lo mismo, las normas eficaces, pero no válidas?, es decir, producidas fuera de los medios previstos por la Constitución, tales como el Derecho consuetudinario, la doctrina jurídica o la jurisprudencia en los Derechos en que son fuente. Estamos así delante de la segunda cuestión inicialmente planteada.

**B)** En líneas generales podría afirmarse al respecto lo difícil que es encontrar un iuspositivista que reconozca capacidad productiva de Derecho a situaciones de hecho, no con templadas. Este tema se plantea a la costumbre no

respecto a la autorizada por la ley, como fuente del Derecho, sino en relación con la no prevista o excluida. La solución en Kelsen consiste en reenviar a la *Grundnorm* como autorizadora de lo que las constituciones históricas no preveían. Bobbio, por su parte, considera parte del ordenamiento jurídico y, por tanto, válidas estas costumbres no emanadas de los órganos pre vistos en las normas de competencia, si de hecho contribuyen a aportar a los Tribunales criterios para el juicio de los conflictos. Mientras para Kelsen las costumbres son jurídicas por presuposición ya antes de su aplicación, para Bobbio sólo lo son con su aplicación. Ambos autores pretenden encontrar una especie de legislador para la costumbre, que es en Kelsen la comunidad, cuya competencia jurídica ven dría presupuesta, y para Bobbio el juez, con competencia puesta.

En cuanto a la solución no ya del positivismo, sino del realismo, aquí lo difícil sería renunciar a considerar vigentes normas practicadas. En este sentido Olivecrona se mueve por el mismo intento de integrar la norma en el sistema jurídico y llega también a la necesidad de reconocimiento formal de la costumbre por parte de los órganos del ordenamiento. Lo esencial es el obtener respeto en relación a la Constitución, pues la posición de los jueces depende de la misma. El Derecho consuetudinario sería Derecho no en cuanto consuetudinario, sino en cuanto judicial. En esto se asemeja Olivecrona a Bobbio.

Una vez vistas las relaciones en Olivecrona entre validez y eficacia, se está en condiciones de abordar el problema inicialmente planteado de las relaciones de la validez y la Moral, completando el análisis de la validez -eficacia- legitimidad como

fenómeno tridimensional. Este tema es estudiado por Todescan, que llega a la conclusión de que Olivecrona no es congruente con los postulados realistas de separación del Derecho y la Moral, de la validez y la justicia. Según este autor la *fuerza vinculante* es una realidad sólo en cuanto idea presente en la mente de los hombres, pero no hay nada en el mundo externo que corresponda a tal idea. En cuanto a la norma jurídica, en su elaboración incidirían sentimientos morales, aunque limitadamente. Olivecrona se refiere a la influencia ejercida por el Derecho sobre la formación de los sentimientos morales, considerándola muy importante, y a la influencia de la Moral sobre el Derecho, que considera insignificante.

Todescan se niega a aceptar incondicionalmente este análisis de las relaciones entre el Derecho y la Moral, porque supone una visión racionalista y antihistórica del fenómeno social. Señala en este sentido que “*históricamente en los inicios, así en Grecia, estaban conectadas estrechamente ambas entidades*”<sup>155</sup>. Rechaza, asimismo, el análisis de la influencia de la justicia sobre el Derecho como mera articulación de intereses contrapuestos, en una visión utilitarista del fenómeno. Por el contrario, señala cómo la justicia como ideología influye sobre los procesos revolucionarios de transformación del Derecho.

Por otra parte, como indica el título de algunas de sus obras, Olivecrona pretende resolver la antinomia entre hechos (ya no el Derecho) y valores reduciendo el segundo término al primero. Pero, se pregunta Todescan, ¿es verdaderamente posible hacer un discurso puramente descriptivo que no contenga, aunque sea

---

<sup>155</sup> Todescan, Franco. A PROPÓSITO DE LA VALIDEZ JURÍDICA EN OLIVECRONA. En: Revista Internacional de Filosofía del Derecho. 1968. Pp. 636.

implícitamente, una cierta valoración de la realidad? En Olivecrona se da una concepción del Derecho basada prevalentemente en la fuerza, pero, dice Todescan, aunque el autor pretenda un análisis rigurosamente descriptivo, el mismo termina en traducirse en una valoración de la realidad: la fuerza es el verdadero fundamento del Derecho.

También entra en juego un componente axiológico o valorativo en Olivecrona cuando intenta combatir la concepción marxista del Derecho como superestructura a favor de las clases dominantes.

Finalmente termina su análisis crítico Todescan afirmando *que “la validez jurídica es siempre una condición de la operatividad del Derecho... El Derecho hunde en realidad sus raíces en el corazón de la vida social; y la vida no es y nunca podría ser absolutamente Wertfrei. La vida implica por su misma estructura una continua elección y toda elección comporta, fundamentalmente, un acto valorativo”*<sup>156</sup>. De todos modos, la crítica de Todescan tiene una importancia relativa, si se considera que es una crítica desde presupuestos externos al pensamiento de Olivecrona.

#### **4.1.4. LA TEORÍA DE EKELÖF DE LOS *PRACTICAL STATEMENTS***

Olof Ekelöf<sup>157</sup>, de la Universidad de Uppsala, paralelamente a otros profesores escandinavos se ocupa del tema, tan a menudo tratado en los países nórdicos, de la validez del Derecho. Dicho autor cuando habla de norma legal se refiere, de acuerdo con el uso corriente, a declaraciones (*statements*) y no a

---

<sup>156</sup> *Ibíd.* Pp. 640.

<sup>157</sup> Ekelöf, O. LA EXPRESIÓN “REGLA VÁLIDA”. *Op Cit.* Pp. 57-74.

hechos. No obstante, una ley en el sentido aquí contemplado no es una declaración teórica, sino práctica. Aunque de las normas jurídicas no puede predicar la verdad o falsedad, de las declaraciones sobre la validez de una norma sí se puede.

El análisis de Ekelöf se confina a las normas típicas, dejando fuera las normas morales y contractuales, las de Derecho Internacional Público o las no adscritas a un cierto territorio y tiempo. Al igual que Kelsen, admite que la validez de una norma implica la eficacia en su conjunto del ordenamiento jurídico al que pertenece. Pero hace una reserva, en el caso admitido por aquél de la *desuetudo*, es decir, cuando la norma deja de serlo porque deviene obsoleta. En este supuesto, los tribunales habrían sobrepasado el cometido de la función judicial y estarían invadiendo un territorio que en principio está reservado para la legislatura.

De la misma manera discrepa Ekelöf de la concepción hartiana de la regla de reconocimiento, señalando que ésta no sería única, sino cada una de las meta-reglas, ya no del más alto nivel, sino de segundo grado. Por otra parte, sostiene, frente a Hart, que la cuestión de la validez es pertinente respecto a las reglas de reconocimiento. Otra cosa sería que nadie estuviese interesado en buscarla. Por último, según Ekelög, y más allá de dicha regla, *“todo sistema legal descansa en un acto político pasado, por ejemplo, en una re-evolución”*<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> *Ibidem*. Pp. 68.

Sin embargo, a un Abogado lo dicho puede parecer un juego conceptual desprovisto de significado. Lo que a él le interesa es cómo los criterios de validez le ayudarían en caso de duda, para hallar la norma aplicable, así, por ejemplo, en los casos fronterizos, analógicos y excepcionales. En ellos, la determinación de que sea Derecho válido es una de las tareas centrales de la jurisprudencia, que tiene en cuenta, además de la legislación, la *communis opinio*, los trabajos preparatorios, el método teleológico y en general los medios interpretativos dispuestos en cada país. Así, el precedente, por ejemplo, es válido en un sentido distinto a la legislación y su aplicación plantea numerosos problemas, salvo en el caso en el que en la *ratio decidendi* de la sentencia se formule una regla general.

Estas consideraciones hechas sobre el precedente en el Derecho sueco son trasladables referidas a la jurisprudencia y por lo que se refiere a la actividad de los Tribunales de aplicación de la ley, no de su posible abrogación por la vía de la inaplicación. Es éste el supuesto de *desuetudo* antes rechazado.

#### **4.2. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO**

Junto al realismo de los países escandinavos de Ross, Lundstedt y Olivecrona, se encuentra el realismo jurídico norteamericano. La diferencia básica entre ambos es que, mientras el primero es de signo psicológico, el segundo es más bien conductista. Mientras en aquél la validez del Derecho se describe en términos de hechos psicológicos, en este se reduce la validez a proposiciones fácticas sobre la conducta efectiva de los jueces. Son representantes de esta corriente principalmente Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn y

Felix S. Cohen. Como dice Holmes, el Derecho serían las profecías de lo que los tribunales harán en concreto. Llewellyn distingue entre los Derechos y normas reales y aquellos de carta (*real rules and rights* y *paper rules and rights*), entre el Derecho de los libros (*Law in books*) y el Derecho en acción (*Law in action*).

En el realismo americano la ciencia jurídica se reduce a unas técnicas de previsión de comportamiento, fundadas sobre la observación de éste como hecho. Así como Kelsen se inspira en la filosofía kantiana, el realismo lo hace en la filosofía empirista. Sin embargo, esta previsibilidad, en realidad, no es tal y la certeza del Derecho está infundada. “*Las sentencias de los jueces a menudo son meras intuiciones, en las cuales el juez halla antes el resultado y sólo después procura argumentarlo*”<sup>159</sup>.

A esta concepción se le han hecho algunas objeciones. En el mismo sentido de falta de certeza, se ha señalado que una sentencia no puede suplir a una norma, pues sería como confundir el pronóstico del tiempo con la lluvia del día siguiente. En realidad, para hacer predicciones jurídicas, habría que hacer encuestas, sondeos, entrevistas, pero ¿a qué jueces?, ¿a todos o sólo a los de mayor jerarquía? Y ¿cómo se puede estar razonablemente seguro de que los jueces después de la encuesta no cambiarán de idea? Además, para ver qué es Derecho, hay que tener en cuenta otros órganos distintos de la magistratura, y otros datos, tales como que los ciudadanos no protesten, que tampoco lo haga la prensa y que

---

<sup>159</sup> De Páramo, Juan Ramón. H. L. A. HART. LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO. Op Cit. Pp. 299.

los poderes legislativo y ejecutivo no tomen medidas para anular ese pseudoderecho judicial.

Por su parte, Aarnio califica la concepción realista norteamericana de la validez como *“un tipo de pensamiento nihilista de la norma, el cual conduciría a una serie de problemas”*<sup>160</sup>. En primer lugar, no sería correcto identificar el parecer de los jueces con las creencias de la mayoría, con el comportamiento de los ciudadanos, como criterio de validez. Así, en un caso extremo cabría la problemática situación de que los ciudadanos actuaran consuetudinariamente en determinado sentido y que los jueces sancionen en ese comportamiento.

Además, esta concepción es problemática desde el punto de vista del Tribunal Supremo. Si éste, en vez de indagar sobre las obligaciones impuestas por las normas, es él mismo el criterio de validez de las normas obligatorias, se estaría cerca de atribuir a aquél una función, no sólo complementadora del Derecho, sino creadora del mismo.

El realismo descrito anteriormente también falla al no considerar la posibilidad de que el tribunal se comporte de una determinada manera, pero que ésta sea al mismo tiempo ilegal.

*“Tal posibilidad puede surgir en períodos de crisis, cuando los Tribunales tengan que actuar bajo la influencia de una presión externa. Además ¿qué pasaría en el caso de que una misma cuestión reciba una respuesta del cincuenta por ciento de*

---

<sup>160</sup> Aarnio, Aulis. SOBRE LA VERDAD Y LA VALIDEZ DE LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS EN DOGMÁTICA JURÍDICA. Op Cit. Pp. 430.

*los jueces y exactamente la respuesta contraria del resto? ¿Se puede decir que una norma jurídica es válida al cincuenta por ciento? Su eficacia puede ser por ello limitada, pero parece extraño decir que lo mismo sucede con la validez”<sup>161</sup>.*

Por otra parte, cabe preguntarse si habría que tener una noción de ley válida cuando son los jueces los que pretenden hallarla y otra cuando lo son los abogados y estudiosos del Derecho. Y ¿cómo puede haber un juez que tome por guía la ley válida en el momento presente y al mismo tiempo actúe creándola en tal caso?.

#### **4.3. LA TEORÍA REALISTA DE FARRELL DEL AXIOMA Y EL DERECHO VERIFICADO**

Martin Diego Farrell<sup>162</sup> ensaya una nueva teoría realista, superadora de las insuficiencias del realismo jurídico hasta entonces existente, así como de las de la norma básica. Según su concepción, dicha norma sería un axioma, lo que en griego significa raíz de un desarrollo evidente por sí mismo, cuya validez no puede ser probada dentro del mismo sistema.

Además, con el carácter de axioma se explicaría la característica de la norma básica de convertirse en determinado momento en norma positiva, al igual que un axioma de un sistema determinado puede convertirse en *teorema* de otro, es decir, en una proposición que afirma una verdad demostrable. Esto ocurriría, por

---

<sup>161</sup> Ekelöf, O. Op Cit. Pp. 65.

<sup>162</sup> Farrell, Martin Diego. HACIA UN CRITERIO EMPÍRICO DE LA VALIDEZ. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1972.

ejemplo, cuando se consideran conjuntamente el ordenamiento jurídico nacional y el internacional.

Para Farrell el orden internacional tendría mayor jerarquía que los sistemas nacionales, siendo la norma básica de un orden nacional (axioma), norma positiva del Derecho Internacional (teorema).

Se la conoce como de efectividad y estipula el reconocimiento de aquellos gobiernos que hubieran conseguido obediencia generalizada. No obstante, esto no elimina el problema de la norma básica, el cual seguiría existiendo, aunque referido ahora al orden internacional.

Otras ventajas de la teoría del axioma de Farrell son que los axiomas dan unidad al sistema, pudiendo derivarse de ellos deductivamente los demás enunciados del mismo. Además, al poder elegir los axiomas arbitrariamente y sin un contenido determinado, la norma básica hubiera evitado su contaminación fáctica. Pero, aun como axioma, la teoría de la norma básica estaría viciada para el realismo, por moverse en el plano normativo. Farrell va más lejos y afirma que incluso el realismo de Ross sería incorrecto, pues relaciona una norma jurídica no con un hecho, sino con otra norma. La diferencia sería que en el positivismo ésta sería una norma jurídica superior (la Constitución), mientras que en el realismo sería una norma jurídica inferior (la Sentencia).

Pero esta tesis, a primera vista sostenible, sería, susceptible de crítica al menos en tres sentidos. En primer lugar, respecto a aquellos sistemas jurídicos contienen tales en los que, a diferencia de los países anglosajones, la jurisprudencia, y por tanto la sentencia, no es fuente del Derecho. En segundo término, cabría preguntarse qué pasaría con las sentencias absolutorias, que sólo aplican y no crean Derecho. Si se entiende como criterio distintivo del mundo jurídico la sanción, sólo las sentencias condenatorias serían fuente del Derecho y, por tanto, verdaderas normas jurídicas.

En tercer puesto cabe cuestionarse igualmente el carácter de norma jurídica de las sentencias obedecidas, pues las mismas no serían sino duplicación de una norma jurídica ya existente y no normas en sí. Sólo las sentencias desobedecidas serían válidas como normas jurídicas, pero entonces no tendrían relación con los hechos.

Ajeno a esto, Farrell, a la vista de lo que consideraba el falso realismo jurídico, se lanza a la búsqueda de un tipo de realismo auténtico, basado en verdaderos hechos. El fundamento filosófico de su teoría se sitúa en el positivismo lógico de Schlick o Ramsey, para los cuales las leyes naturales son modelos o esquemas abstractos, funciones proposicionales, que se concretan en proposiciones singulares, que pueden ser verificar.

Si esto se aplica al campo del Derecho, las leyes jurídicas son también funciones proposicionales inverificables. Las leyes, normas generales, no se verificarían por medio de sentencias, normas individuales (fenómenos de Ross), sino a partir de aquéllas. Habría, por tanto, que ver lo que ocurre después de la decisión judicial

para hallar los verdaderos hechos, de modo que las proposiciones acerca de las sentencias se verificaron confrontándolas con la realidad, no con otras proposiciones.

Como conclusión se puede afirmar que para Farrell *“una ley es válida cuando sirve de modelo para construir sentencias que resultan luego verificadas al confrontarlas con los hechos. La ley sería útil para efectuar predicciones”*<sup>163</sup>. Así como Kelsen hablaba de Derecho válido y Ross de Derecho vigente, Farrell habla de Derecho verificado.

#### **4.4. COMENTARIOS FINALES**

Ross diferencia entre reglas de estrategia y reglas de juego. Las primeras no están escritas, pero existen.

El Derecho puede existir sin una realidad social de referencia, pero solo en casos extremos de desuso o de creación de leyes utópicas.

La regla de reconocimiento no es la única condición de Valdez según Ross, cada norma jurídica pueda tener otras reglas propias de validez más específicas.

No se posible medir el sentimiento de validez de una norma jurídica como socialmente obligatoria, ya que es un elemento psicológico. Ya que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, o los criterios sobre el alcance de una ley tampoco evitan que el ciudadano promedio la cumpla. Tampoco es relevante lo

---

<sup>163</sup> Farrell, Martín Diego. & Grün, Ernesto. PROBLEMAS DE VERIFICACIÓN EN EL DERECHO. En: DERECHO, FILOSOFÍA Y LENGUAJE. HOMENAJE A AMBROSIO L. GIOJA. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1976. Pp. 55.

que los jueces opinen, ya que los jueces actúan en el momento patológico del derecho.

El concepto rossiano de eficacia en sentido estricto no coincide con el de validez, ni siquiera en su vertiente de validez de facto. Las normas existen con independencia de su aplicación por los jueces.

Tampoco los jueces tienen un concepto unitario de las normas jurídicas, y no todas las normas jurídicas han sido unificadas en casación o doctrina legal.

Es posible que una norma sea poco aplicada por los tribunales y, muy respetada por los ciudadanos.

Solo es posible considerar al error judicial como criterio de validez normativa cuando es interpretativo del contenido de una norma jurídica. Al menos es citada como fundamento jurídico de la sentencia.

La eficacia solo es un indicio de la validez, pero no puede ser su fundamento, inclusive en el caso de la costumbre.

La teoría de Ross es judicialista, está pensada para el Derecho judicial, pero no para el resto de sujetos de derecho.

El concepto de reglas de estrategia judicial se orienta a la teoría del proceso, no tanto a la teoría del derecho.

Metodológicamente es complicado construir una teoría del Derecho general desde una perspectiva únicamente inductiva.

El fundamento de validez hägerströmiana es el respecto y aceptación por los jueces de la norma fundamental.

Una ley perdería su eficacia si el legislador arriesga y se aparta de la forma constitucional de producción.

No se puede hablar de grados de ineficacia, porque es una cuestión empírica o política, que solo puede constatarse en el plano legislativo.

Todas las sentencias, inclusive las de revisión, participan del proceso de creación y de recreación del Derecho.

La ley puede predecir la conducta de los jueces, como parámetro de validez inicial, pero únicamente. Existe la jurisprudencia innovativa, y la interpretación constitucional.

## **CAPÍTULO V.**

### **ANÁLISIS DE CASO DESDE LA PERSPECTIVA DE VALIDEZ IUSPOSITIVISTA DEL DERECHO DE CONSULTA DEL PUEBLO XINCA DE LOS DEPARTAMENTOS DE SANTA ROSA Y JALAPA Y LA OPERACIÓN DE LA MINERA SAN RAFAEL**

#### **5.1. PLANTEAMIENTO DEL CASO DESDE LA PERSPECTIVA KELSENIANA DE VALIDEZ JURÍDICA**

En apelación y con sus antecedentes<sup>164</sup>, se examinó la sentencia de ocho de septiembre de dos mil diecisiete, dictada por la Corte Suprema de Justicia, Constituida en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional de amparo promovida por Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala – CALAS– por medio de su Mandatario Judicial con Representación, Pedro Rafael Maldonado Flores y su Director General Yuri Giovanni Melini Salguero, contra el Ministro de Energía y Minas. Como Terceros interesados actuaron: Minera San Rafael, Sociedad Anónima; Asociación Parlamento del Pueblo Xinka de

---

<sup>164</sup> Sentencia de 3 de septiembre de 2018, Expediente 4785-2017 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Guatemala; Asociación Solidarista de Empleados de Minera San Rafael y Empresas Conexas –ASEMIS–; las municipalidades del departamento de Santa Rosa de los municipios de: Casillas; Santa Rosa de Lima; Nueva Santa Rosa y San Rafael Las Flores; las municipalidades del departamento de Jalapa de los municipios de: Mataquescuintla y San Carlos Alzatate; además de Mina Floricelda López González, en quien se unificó la personería de novecientos noventa terceros interesados. Otras entidades actuaron en calidad de *amicus curiae*.

El acto reclamado fue la discriminación y violación al derecho de consulta a los pueblos indígenas Xinkas de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, derivado del otorgamiento de las licencias siguientes: **i)** de exploración, denominada *Juan Bosco*, otorgada mediante resolución cero cero nueve (009) de veintiséis de abril de dos mil doce de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas y **ii)** de explotación, denominada *Escobal*, aprobada mediante resolución un mil trescientos dos (1302) de tres de abril de dos mil trece del Ministerio de Energía y Minas. Siendo la violación que se denunció al derecho de protección a grupos étnicos, de participación, de consulta y otorgamiento de consentimiento libre, previo e informado, así como el de igualdad y al principio de no discriminación racial.<sup>165</sup>

El acto impugnado se produjo por medio de la resolución cero cero nueve (009) de la Dirección General de Minería de veintiséis de abril de dos mil doce, por la que fue otorgada a la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima, la licencia minera de exploración denominada *Juan Bosco*, que le permite ejecutar labores de

---

<sup>165</sup> Expediente 4785-2017. Página 2.

exploración en área ubicada en los municipios de Mataquescuintla, departamento de Jalapa, y Nueva Santa Rosa, Casillas y San Rafael Las Flores, del departamento de Santa Rosa; asimismo, por medio de resolución ministerial un mil trescientos dos (1302) de tres de abril de dos mil trece, fue otorgada a esa misma entidad, la licencia minera de explotación denominada *Escobal*, que abarca extensión territorial perteneciente al municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa.

Considerando los datos proporcionados el Instituto Nacional de Estadística, en las caracterizaciones departamentales realizadas en el año dos mil doce, en el departamento de Santa Rosa, el tres por ciento (3%) de la población es indígena, mientras que en el departamento de Jalapa, su presencia es del cero punto uno por ciento (0.1%), con base en el ordenamiento jurídico que regula, protege y garantiza el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y la obligación de las dependencias estatales de su cumplimiento, solicitó a la Unidad de Información Pública del Ministerio de Energía y Minas que informara si dentro del procedimiento que precedió al otorgamiento de las licencias mineras referidas, cumplió con realizar el proceso de consulta a los pueblos indígenas y en caso afirmativo, que procediera a brindarle los documentos que corroboraran ese extremo.

Sin embargo, el Ministerio de Energía y Minas, en respuesta a su gestión, el diecisiete de abril de dos mil diecisiete, a la mencionada Unidad le comunicó que el Viceministerio de Desarrollo Sostenible de esa Cartera proporcionó información en cuanto a que, respecto de la licencia de exploración denominada *Juan Bosco*,

en vista que en el área de influencia directa del polígono de la citada licencia, de conformidad con los registros del último Censo de Población y Habitación del año dos mil dos, que realizó el Instituto Nacional de Estadística, no se identifican pueblos indígenas, se consideró que no era pertinente la aplicación del procedimiento de consulta que prevé el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de la Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Con relación a la licencia de explotación *Escobal*, ese mismo Viceministerio dejó asentado que tras advertir que los pobladores de San Rafael Las Flores no se autoidentifican como indígenas, no dispuso agotar el procedimiento de consulta, esto en atención a que el elemento de la autoidentificación, es uno de los criterios fundamentales que, según el mencionado Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, son determinantes para la identificación de tales pueblos.<sup>166</sup>

Como agravio la amparista estima que la autoridad impugnada, al emitir los acuerdos ministeriales mediante los cuales otorgó aquellas licencias mineras, vulneró los derechos y principio denunciados por las razones siguientes: *i.* el Estado de Guatemala tiene la obligación de permitir la participación de los pueblos indígenas en decisiones que puedan afectarles, debiendo consultarlos y obtener su consentimiento previo, libre e informado, conforme lo regula el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en

---

<sup>166</sup> Expediente 4785-2017. Página 3.

Países Independientes, así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Señaló que el referido Convenio preceptúa que para que la consulta sea efectiva y cumpla con el fin de proteger los derechos de los pueblos indígenas, es necesario que se lleve a cabo con las comunidades afectadas, las personas que las representan legítimamente y las personas u organizaciones que ellas mismas designen para el efecto. En adición, señaló que cuando el citado Convenio hace referencia a tierras o territorios, estos no se refieren exclusivamente a los lugares de habitación y cultivo, sino a aquellos en que se realizan actividades religiosas, culturales o de subsistencia<sup>167</sup>, debiendo tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados de utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades habituales y de subsistencia.<sup>168</sup> Solicitó dejar en suspenso las licencias mineras indicadas, y ordenar al Ministerio de Energía y Minas que, previo a emitir nuevas resoluciones administrativas de otorgamiento de licencias mineras en los territorios indígenas señalados, desarrolle el proceso de consulta a la población indígena, conforme lo ordena el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo y las declaraciones de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos Sobre Pueblos Indígenas.<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> Cita el diagnóstico publicado en dos mil dieciséis por el Ministerio de Cultura y Deportes, titulado "*Situación de la Cultura Xinca*", el cual revela que ese pueblo se ha organizado y permanecido en los departamentos de Santa Rosa, Jalapa y Jutiapa, describiendo ampliamente su ubicación, distribución, costumbres y formas de vida. Es decir, una actuación del propio Estado. Puede consultarse en <http://mcd.gob.gt/wp-content/uploads/2017/02/Diagnostico-Xinca.pdf>

<sup>168</sup> Expediente 4785-2017. Página 4.

<sup>169</sup> Expediente 4785-2017. Página 5.

Mencionó como leyes violadas: Artículos 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 2, numeral 1, literales a), b) y c); 6, numeral 1, literal a), del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de las Naciones Unidas.

Como antecedentes del presente caso, destaca que el diecinueve de diciembre de dos mil once, la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas emitió dictamen, por medio del cual opinó que la solicitud de licencia de explotación minera *Escobal* cumplió todos los requisitos regulados en la Ley de Minería, por lo que resultaba procedente su otorgamiento, dicho documento contó con el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación y el tres de abril de dos mil trece, emitió resolución, en la cual otorgó a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, la licencia de explotación minera denominada *Escobal*, por un plazo de veinticinco años, para la explotación de los minerales: oro, plata, níquel, cobalto, cromo, cobre, plomo, zinc, antimonio y tierras raras, en un área de diecinueve . nueve mil novecientos veinticinco (19.9925) kilómetros cuadrados, ubicada en el Municipio de San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa, la cual fue identificada como LEXT – cero quince – once (LEXT-015-11).<sup>170</sup>

En relación a la **Licencia de exploración minera *Juan Bosco***, la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas, emitió dictamen el siete de septiembre de dos mil once, en el cual recomendó la prosecución del trámite

---

<sup>170</sup> Expediente 4785-2017 Página 25.

tendente al otorgamiento de la licencia requerida; mediante resolución de once de mayo de dos mil doce, la Dirección General de Minería decidió otorgar a Minera San Rafael, Sociedad Anónima, la licencia de exploración minera denominada *Juan Bosco*, de los minerales y en el área que fueron solicitados por un período de tres años, la cual fue identificada como LEXR – cero ochenta y nueve –cero ocho (LEXR-089-08); **el** diecisiete de septiembre de dos mil doce, la entidad solicitante presentó Estudio de Mitigación, que fue aceptado por la multicitada Dirección el veintinueve de noviembre de dos mil doce, con base en el dictamen elaborado por la Unidad de Gestión Socio Ambiental y Minera San Rafael, Sociedad Anónima, pidió mediante escrito de once de febrero de dos mil quince, prórroga de la licencia otorgada, que aún se encuentra en trámite<sup>171</sup>.

El Ministerio de Energía y Minas, y la Dirección General de Minería indicaron que lo actuado se enmarca dentro de la esfera de facultades que les otorgan los Artículos 194 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 27 de la Ley del Organismo Ejecutivo, así como 3, 7 y 40 de la Ley de Minería (subrayado propio). Aunado a lo anterior, en caso similar, la Corte de Constitucionalidad consideró que: “(...) *a) la licencia de explotación fue concedida de conformidad con el mandato otorgado al Ministerio de Energía y Minas en el Artículo 34 inciso d) de la Ley del Organismo Ejecutivo; b) que los postulantes tuvieron oportunidad de hacer valer sus argumentaciones en la vía correspondiente pero no lo hicieron, la referida concesión no puede evidenciar*

---

<sup>171</sup> Expediente 4785-2017 Página 26.

*agravio reparable por la vía del amparo, al haber enmarcado las autoridades impugnadas su actuación dentro del ámbito de sus facultades (...)*” (sentencia de nueve de enero de dos mil ocho, dictada por la Corte de Constitucionalidad, dentro del expediente 123-2007 formado con ocasión de amparo en única instancia.<sup>172</sup> El alegato del Ministerio se basó en la falta de cumplimiento de los presupuestos procesales para la interposición del amparo. Nótese, el argumento iuspositivista del Estado para justificar su actuación.

El alegato fue resuelto en primer orden por la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, en su sentencia de grado, la que consideró que la Asociación Calas estaba actuando en defensa de intereses difusos. Y en relación al estudio que ocupa la presente tesis doctoral cabe citar que: *“el amparo promovido cumple con los presupuestos de procedencia (...) al advertir la existencia de un problema estructural que se pone de manifiesto en el caso objeto de examen, se ha considerado necesario emitir una sentencia atípica con matices ‘nomogenéticos’<sup>173</sup> que integre el ordenamiento jurídico y proporcionar lineamientos (subrayado propio) que puedan vincular a diferentes actores que, aunque no aparezcan como autoridades reprochadas en el asunto examinado, sean vinculados en la decisión que se emita a fin de superar una situación inconstitucional advertida por la evidente omisión de realizar la consulta previa e informada que corresponde cuando se emprendan proyectos que puedan causar afectación a las comunidades indígenas”*.<sup>174</sup> Es decir, no se abandona el ámbito

---

<sup>172</sup> Expediente 4785-2017 Página 27.

<sup>173</sup> También conocida como sentencia estructural, realmente integrativa del derecho aplicable.

<sup>174</sup> Expediente 4785-2017 Páginas 55.

positivista de creación y de validación del derecho, en este caso, la justificación desde el bloque de constitucionalidad, como dispositivo normativo constitucional del derecho de consulta. Lo cual está lejos de considerar el nivel de “creacionismo” sociológico del derecho que pudiera otorgarse al Tribunal constitucional en el caso concreto, por dos razones: debe resolver un amparo, evitando el *non liquet*, y por la exhortación al Congreso a legislar en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

Ya la Cámara de Amparo, traza una primera línea de argumentación nomogénica sobre los lineamientos ya adelantados por la Corte de Constitucionalidad en sentencia emitida en los expedientes acumulados 90, 91, y 92-2017<sup>175</sup>, en relación a las pautas para realizar el proceso de consulta a pueblos

---

<sup>175</sup> Expediente 4785-2017 Páginas 56: “(...) para que el proceso de consulta cumpla con el criterio y estándar de buena fe es necesario que: **a)** *El Estado de Guatemala cumpla con todos los criterios y estándares aplicables a la materia de consulta.* **b)** *Se establezca un clima de confianza mutua entre las partes.* **c)** *Que el proceso de consulta sea absolutamente transparente, sin ocultar ninguna información que pueda afectar los derechos y la decisión de los pueblos indígenas.* **d)** *Se asegure que antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos minerales, híbridos o de otro tipo, las comunidades originarias tomarán su decisión y su eventual consentimiento de manera libre, informada y sin ningún tipo de presión, persecución, extorsión, coerción, tergiversación de la información, engaño, ardid o cualquier artimaña que anule o nulifique su decisión o consentimiento de parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aprobación (...)* **e)** *se eviten de manera clara acciones como intentos o desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas y negociaciones secretas y paralelas con líderes o personas individuales de la comunidad (...)* Es vital subrayar que en todo momento la consulta debe ser concebida (...) como un diálogo intercultural de buena fe en el que se busque el consenso y el acomodo recíproco de los intereses legítimos de las partes (...). Es decir, son principios normativos basados en estándares internacionales. En abono, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– en su informe preliminar emitido el cuatro de agosto de dos mil diecisiete, en el marco de la visita a Guatemala, referente a la consulta con los pueblos y comunidades indígenas, manifestando lo siguiente: ‘La comisión recuerda al Estado de Guatemala que la realización de esta consulta es obligación internacional de acuerdo con los estándares interamericanos en la materia. La inexistencia de regulación interna no puede ser un obstáculo ni un pretexto para su falta de aplicación. En este sentido, la referida Comisión insta al Congreso de la República de Guatemala a elaborar una ley de consulta previa que cumpla con los estándares interamericanos en la materia, a través de un proceso de consulta con los pueblos y comunidades indígenas. La Comisión también ha sido informada sobre actividades extractivas que han ocasionado la contaminación de agua y tierras, el desplazamiento forzado, la afectación de la

indígenas en nuestro país, ya que en el contexto nacional, actualmente se carece de un cuerpo normativo específico que viabilice el derecho a la ‘consulta’ conforme lo dispuesto por el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Es decir, el Estado de Guatemala, deben cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe conforme al principio *Pacta Sunt Servanda*.<sup>176</sup>

Dicho sea de paso, las sentencias constitucionales integrativas del ordenamiento jurídico o estructurales<sup>177</sup>, surgen para dar solución a los “casos difíciles”, en los que existen una insuficiente regulación legal sobre el tema. Como indica MAGAÑA: “podemos apreciar la aplicación en el ámbito nacional y supranacional del rol nomogenético, en los cuales su aplicación práctica conllevó a modificaciones dentro de los ordenamientos internos”<sup>178</sup> Lo cual tiene que ver con el rol nomogenético de la propia constitución como norma fundamental, Al respecto, el autor indica que: “Estas funciones ayudan a la democracia e identidad constitucional al mantener la defensa constitucional eficiente dentro de un Estado,

---

*subsistencia de identidad de los pueblos indígenas y la criminalización de las personas defensoras de sus derechos. El Estado debe tomar medidas de reparación y no repetición en estos casos, y la aplicación de la consulta previa debe permitir además la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que tales actividades y proyectos produzcan”.*

<sup>176</sup> Expediente 4785-2017 Páginas 56.

<sup>177</sup> Una explicación del origen y concepto del término puede consultarse en AGUILAR RIVERA, Edgar Osvaldo. “Fundamentos teóricos de las sentencias estructurales en Guatemala”. Universidad de San Carlos de Guatemala. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Guatemala. 2018. Pág. 51, 52, 54. Disponible en [http://portal.derecho.usac.edu.gt/IIJS/archivos\\_pdf/Dr\\_Edgar\\_Rivera.pdf](http://portal.derecho.usac.edu.gt/IIJS/archivos_pdf/Dr_Edgar_Rivera.pdf) [Fecha de consulta: 17/02/2021]. Citando a Osuna: “Las Sentencias Estructurales son resoluciones que buscan zanjar tanto el caso particular como un conjunto de problemas similares que son reflejo de un impasse sistémico, cuya respuesta debería encontrarse en la implementación de políticas públicas”. Y mencionando a Sagüez: “de alguna forma, conllevan la producción de directrices normativas que se infieren del propio texto constitucionales”.

<sup>178</sup> Amador Magaña Diego Isaac. “El juez constitucional y su rol nomogenético”. *Ius comitalis. Número 1. Año 1. 2018.* \* <https://iuscomitalis.uaemex.mx/article/download/10673/8684/> [Fecha de consulta: 17/02/2021]

*creándose así algo más allá que un Estado gobernado por el hombre, un Estado nomocrático, donde sea la misma Constitución la que dé los parámetros para una mejor gobernabilidad”.*<sup>179</sup> Especialmente en los casos de omisión legislativa, en los que se instrumentaliza el amparo para el Tribunal constitucional exhorte al Legislativo a emitir el marco regulatorio, y por supuesto en los que se resuelve la acción constitucional en el caso concreto. En este caso, creado la base normativa del derecho de consulta. La Cámara otorgó el amparo, pero no suspendía las operaciones mineras<sup>180</sup>.

No debe confundirse, la incorporación de la argumentación sociológica sobre la existencia de los pueblos xincas en el área de desarrollo de las licencias mineras, puesto que se encuentra vinculada a la resolución de los presupuestos de admisibilidad del amparo, planteada por la autoridad impugnada y la empresa minera. Es decir, no se trata de un argumento emparejado con la construcción nomogenética de la fundamentación del fallo, ya que la resolución de fondo versa sobre la normativa internacional y nacional que sustenta el derecho de consulta y sus alcances.

---

<sup>179</sup> Ibid. Pág. 12.

<sup>180</sup> Y resolvió: “(...) I) OTORGA, el amparo solicitado por el Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala (CALAS), en contra del Ministro de Energía y Minas, para que se restituya a la comunidad indígena Xinka de los departamentos de Santa Rosa y Jalapa, en sus derechos constitucionales vulnerados, por lo tanto se ordena a la autoridad recurrida, realizar la consulta establecida en el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, según las pautas descritas en la presente sentencia; para el efecto, concede el plazo de doce meses, contado a partir de que adquiera firmeza este fallo, lapso durante el cual podrá continuar sus operaciones la entidad Minera San Rafael, Sociedad Anónima. II) Esta Corte estima que los Ministerios de Estado deberán dar cumplimiento a la normativa constitucional referente a la cultura y comunidades indígenas y se adhiere a la exhortación realizada por la Corte de Constitucionalidad dirigida al Congreso de la República de Guatemala, para que en el plazo de un año contado a partir de estar firme esta sentencia, realice el procedimiento legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se apruebe la normativa legal atinente al derecho de consulta, para el efectivo cumplimiento de lo indicado, deberá notificársele el presente fallo.”

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-; Due Process of Law Foundation (DPLF) / Fundación para el Debido Proceso; Earth Rights Internacional (ERI); Clínica de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Columbia; Human Rights Research and Education Centre, Universidad de Ottawa; Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEHPUCP); Robert F. Kennedy Human Rights; Plataforma Internacional contra la Impunidad y Alianza de Autoridades Indígenas Ancestrales como amicus curiae también desisten de una interpretación sociológica de la existencia de los pueblos indígenas, ya que derivan la argumentación al tema de la autodeterminación o autoreconocimiento como estándar del derecho internacional: *“El Derecho Internacional ha avanzado en el derecho al auto-reconocimiento fundamentalmente a través de dos instrumentos, ambos ratificados por Guatemala: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Uno de los elementos centrales de estos instrumentos es la afirmación de que los pueblos indígenas son los actores centrales en decidir, libre y autónomamente, si se reconocen como tales. Para determinar la existencia de un pueblo indígena el Convenio 169 establece elementos objetivos y subjetivos. El criterio subjetivo se refiere a la autoconciencia de un grupo de poseer una identidad indígena o tribal. Por su parte, los criterios objetivos establecen que un grupo se considera como indígena cuando: a) los que desciendan de las poblaciones originarias de los*

Estados y que **b)** conservan todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas”.<sup>181</sup>

Las referencias normativas son directas: En el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, el Artículo 1(2) se refiere a la auto-identificación colectiva como criterio subjetivo para determinar la aplicación de sus disposiciones a los pueblos indígenas y tribales. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el Artículo 33, establece los derechos de los pueblos indígenas a decidir sus propias identidades, procesos de pertenencia e instituciones. Además, de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, la afirmó que: *“la identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía (...) Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la comunidad, es decir, la forma cómo esta se auto-identifique”*.<sup>182</sup> Y en el Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, la Corte respondió que *“[e]l hecho que algunos miembros individuales del pueblo Saramaka vivan fuera del territorio tradicional Saramaka y en un modo que difiere de otros sarakas que viven dentro del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres saramaka no afecta la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad.”* Además, observó que *“la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka*

---

<sup>181</sup> Expediente 4785-2017 Página 170.

<sup>182</sup> Expediente 4785-2017 Página 171.

*pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver solo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres” y no el Estado o la Corte. Y si se trata de “consentimiento informado”, ya que de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el consentimiento debe: “(...) interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos esenciales en relación con la ejecución de planes de desarrollo e inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos” Se trata pues de un “(...) deber limitado de obtener el consentimiento libre, previo e informado”, en el que el consentimiento no puede circunscribirse solamente como un objetivo del proceso de consulta, sino un verdadero derecho fundamental<sup>183</sup>.*

Destaca la interpretación que ofrece la Cámara de Industria de Guatemala ante la Corte Suprema de Justicia que argumenta que el derecho de consulta no es un derecho de veto debido a que es potestad del Estado de Guatemala asumir las decisiones administrativas en cada caso, puesto que se trataría de un privilegio<sup>184</sup>.

La pregunta es si realmente existe un vacío jurídico, y este es otro argumento para considerar iuspositivista la postura nomogenética de la sentencia estructural que se analiza. Precisamente, la sentencia trata de superar esta supuesta laguna legal: *“Pese a que el Estado reconoce la validez del Convenio*

---

<sup>183</sup> Expediente 4785-2017 Página 176.

<sup>184</sup> Expediente 4785-2017 Página 146.

mencionado, aún no ha generado un procedimiento para la realización de las consultas por medio de una ley o reglamento, lo cual provoca incertidumbre en la aplicación de aquel derecho. Esto conlleva un vacío jurídico. De ahí que sea inviable limitar el ejercicio de un derecho adquirido, exigiendo el cumplimiento de un procedimiento que no existe, generando un ambiente de inestabilidad en el que no se respetan los derechos adquiridos, debido a que las licencias y permisos obtenidos para realizar actividades productivas se mantienen en constante peligro de ser revocadas”<sup>185</sup>- señala la Cámara.

Para salvar este planteamiento, la Cámara, también como *amicus curiae*, señala su propia interpretación del alcance del criterio sustentado en la sentencia dictada en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017 (caso Oxec y Oxec II). Se trata de “fallo estructural”, estableciendo lineamientos obligatorios que deben tomarse en cuenta para celebrar las consultas contenidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en tanto el Congreso de la República de Guatemala no cumpla con su obligación de emitir una ley específica, a efecto de solucionar el vacío existente en el país, bajo el criterio de no suspensión de operaciones y preconsulta de buena fe: “*De manera consistente y reiterada la Corte de Constitucionalidad ha emitido fallos en los que ha reiterado que se deben dictar medidas tendientes a la realización de la consulta sin obstar la continuidad de las operaciones extractivas o hidroeléctricas. Existe una línea firme jurisprudencial integrada por los expedientes: 3787-2007, 4419-2011, 5327-2012, 4957-2012, 1149-2012, 156-*

---

<sup>185</sup> Expediente 4785-2017 Página 147.

2013, 90-2017, 91-2017 y 92-2017, que contienen un criterio establecido en la doctrina de la Corte de Constitucionalidad, por medio del cual se determina que la omisión estatal de realizar la consulta no provee bases suficientes para cancelar el desarrollo de la operación de la empresa respectiva. Como consecuencia del hecho de que en la macro sentencia dictada en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, así como en los fallos citados anteriormente, se concluyó que no procede suspender definitivamente la autorización gubernamental que permite la operación de una empresa en casos en los que se alegue omisión de realizar consultas previas, por lo que dichos criterios deben replicarse, observarse y acogerse en ocasiones futuras, precisamente para llenar la omisión legislativa y proveer certeza jurídica a los ciudadanos”.<sup>186</sup> (subrayado propio). Entonces, desde la perspectiva del sistema fuentes positivista que se maneja, se trata de doctrina legal.

También la Cámara Guatemalteco Americana, realiza una interpretación de la sentencia citada como un precedente que no obliga: “A pesar de los precedentes reiterados por la Corte de Constitucionalidad no la obligan, el uso prudente de estos sugiere otorgar significativa deferencia al precedente ya asentado frente a nuevas posibles interpretaciones de una norma”.<sup>187</sup> Es decir, no existe vacío normativo, porque existe una línea jurisprudencial definida, que se sintetiza en la sentencia estructural analizada.

---

<sup>186</sup> Expediente 4785-2017 Página 157.

<sup>187</sup> Expediente 4785-2017 Página 158.

## 5.2. RAZONAMIENTO IUSPOSITIVISTA DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL FALLO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO HARTIANO

Como se ha citado como anterioridad: *“Para Hart hay dos condiciones para la existencia de un sistema jurídico: 1) Una obediencia de las reglas primarias por parte de la mayoría de la población y 2) una aceptación efectiva de las reglas secundarias por los funcionarios. La primera es una obediencia interna; la segunda, externa”*<sup>188</sup>. Las reglas de reconocimiento son así decisiones dotadas de autoridad sobre las que se puede no estar de acuerdo. Así, para Bulygin, la regla de reconocimiento es una regla conceptual, porque tiene carácter definitorio y no normativo (ni ordena, y prohíbe, y permite). *“Por tanto, tal regla no plantea la cuestión de la obediencia o desobediencia por los ciudadanos, sino simplemente la cuestión de su uso correcto o incorrecto por los tribunales”*<sup>189</sup>.

Por ello, desde la perspectiva teórica hartiana, la Corte de Constitucionalidad trata de dotar de validez jurídica al derecho de consulta de los pueblos indígenas con carácter de consentimiento previo e informado frente a proyectos mineros que les afecten su territorio. Para ello, incorpora la técnica del bloque de constitucionalidad del Derecho de Internacional de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia interamericana interpretativa. Es obvio que no la Minera, y el sector empresarial, no están de acuerdo con la formulación final de la

---

<sup>188</sup> De Páramo, Juan Ramón. H. L. A. HART T LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO. Op Cit. Pp. 189.

<sup>189</sup> Bulygin, Eugenio. SOBRE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO. En: DERECHO, FILOSOFÍA Y LENGUAJE. HOMENAJE A A. L. GIOJA. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1976. Pp. 31.

regla de reconocimiento, tal y como queda expresada en el fallo. Solo una ley dictada por el legislativo puede tener carácter normativo genuino, pero en el ínterin, se trata de una regla conceptual y definitoria del conflicto, que evita precisamente el argumento de la existencia del vacío normativo, y que permite dotar a las normas secundarias (actos administrativos), de un asidero jerárquico funcional directo a la regla de reconocimiento. Prueba de ello, es que sirve para invalidar y suspender las licencias, en el caso concreto, lo que es un efecto jurídico directo del fallo, precisamente por no respetar el contenido del derecho aplicable.

La Corte de Constitucionalidad, tras dotar de contenido a la regla de reconocimiento, además, también construye operativamente la legitimidad activa del amparo a favor de los pueblos indígenas, como titulares del derecho de consulta. Esto aunado a lo que cita en relación a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha asegurado que: *“(...) No existe una definición precisa de ‘pueblo indígena’ en el derecho internacional, y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria a efectos de proteger sus derechos. Dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas en el mundo, una definición estricta corre el riesgo de ser restrictiva. Al mismo tiempo, la Comisión ha hecho suyas las pautas existentes en el derecho internacional que resultan útiles para determinar cuándo un grupo humano puede considerarse como ‘pueblo indígena’. Los criterios más relevantes se encuentran en el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT que contiene elementos objetivos, referidos a la continuidad histórica, conexión territorial y presencia en todo o en parte de instituciones sociales,*

*económicas, culturales y políticas distintivas y específicas propias*.<sup>190</sup> Pareciera que se trata de un excursus hacia teoría sociológico-jurídicas para dotar de contenido al concepto de pueblos indígenas, pero no debe olvidarse que lo está haciendo a los efectos de cumplir con el tecnicismo de los requerimientos procesales del amparo, y no afecta a la construcción estructural de la regla de reconocimiento del derecho de consulta que ya ha realizado.

Al respecto: “*Con relación a los pueblos indígenas –que son los que interesan para el caso bajo estudio–, la Organización Internacional del Trabajo, al interpretar la preceptiva de ese instrumento internacional, ha asentado que los **elementos objetivos** que caracterizan un pueblo indígena son: a) **la continuidad histórica**: esto es que sean sociedades que desciendan de grupos anteriores a la colonización o la conquista; b) **la conexión territorial**: que implica que sus antepasados hayan habitado el país o la región y c) **la conservación, en todo o en parte, de sus instituciones** políticas, culturales, económicas y sociales. Como **elemento subjetivo** ha demarcado esa Organización la **auto-identificación**, respecto de la cual ha afirmado que “la auto-identificación de los pueblos indígenas o tribales (...) es un criterio subjetivo del Convenio núm. 169, que asigna importancia fundamental a si un pueblo determinado se considera indígena o tribal y a si una persona se identifica como perteneciente a ese pueblo” (Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el*

---

<sup>190</sup> Expediente 4785-2017 Página 319.

[www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ednorm/@normes/documents/publication/wcms113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ednorm/@normes/documents/publication/wcms113014.pdf)). El Convenio 169 citado hace referencia a la conciencia de la identidad indígena como “Un criterio fundamental para determinar a los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (Artículo 1, párrafo 2). Asimismo, la Declaración Americana establece que “La auto identificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica, los Estados respetarán el derecho a dicha auto identificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena” (Artículo 1.2).”<sup>191</sup> Por cierto, que, siempre se citas referencias normativas, en el argumento, y por supuestos, los informes periciales antropológicos requeridos de oficio a distintas instancias académicas.

Y como era obvio, acude al tecnicismo del bloque de constitucionalidad: “La lectura del articulado del Convenio 169, las referencias jurisprudenciales y las notas teóricas citadas, permiten afirmar que *no toda agrupación de personas es titular del derecho de consulta previsto en ese Convenio, sino lo son solo aquellas en las cuales confluyen las condiciones que han sido abordadas en este segmento*. Cabe resaltar que los derechos fundamentales de todas las personas encuentran su fuente de protección jurídico-normativa en el denominado *bloque de*

---

<sup>191</sup> Expediente 4785-2017 Página 321.

*constitucionalidad* integrado por la Constitución Política de la República y por instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, entre otros. Sin embargo, en el caso de los pueblos indígenas, el Convenio 169 y la consulta ahí prevista, surgen como resultado de la conciencia, en el concierto de las naciones, de la necesidad de abogar especialmente por la salvaguardia de los derechos de los pueblos indígenas y tribales que, por factores ligados a su identidad cultural u origen étnico, se han visto sistemáticamente relegados de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general. En ese sentido, se erigen como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de esos pueblos para pronunciarse e influir sobre las disposiciones que puedan repercutir en ellos, a fin de situarla en el mismo plano que la que debe corresponder a cualquier grupo de ciudadanos. Recogiendo esa idea central, el Artículo 2 del Convenio 169 regula que los gobiernos deben asumir acciones que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que *la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población*, debiendo ayudar a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional. La citada Comisión ha asegurado: “(...) *Los Estados tienen obligaciones específicas*

*frente a los pueblos indígenas al ser sociedades originarias preexistentes a la colonización o instauración de las actuales fronteras estatales, y que han sido sujetas a condiciones de marginación y discriminación. A partir de este hecho histórico, la comunidad internacional ha reconocido que dichos pueblos difieren de otros colectivos y, por lo tanto, tienen derechos particulares (...)* En idéntica línea ha afirmado que: *“(...) La superación de la situación de marginación en la que se ha mantenido a los pueblos indígenas, así como su reconocimiento y protección como pueblos culturalmente distintos requieren estructuras políticas e institucionales amplias que les permitan participar en la vida pública, y proteger sus instituciones culturales, sociales, económicas y políticas en la toma de decisiones. Ello exige, entre otros, la promoción de una ciudadanía intercultural basada en el diálogo, la generación de servicios con adecuación cultural, y la atención diferenciada a los pueblos indígenas y tribales. La participación efectiva a través del derecho a la consulta y en su caso, el consentimiento previo, libre e informado se constituye como una institución que permite el ejercicio de su singularidad como grupo étnico y la garantía de sus derechos, indispensable en Estados multiculturales, pluralistas y democráticos (...)*”<sup>192</sup>

Es decir, y en términos concretos, la Corte únicamente no va más allá de realizar una interpretación del Convenio 169 de la OIT, concretamente sistemática, al mencionar el artículo 4: *“El contenido del Convenio, así como los parámetros que han asentado aquellos entes, permiten comprender que la obligación de resguardo que se impone a los Estados respecto de esos pueblos, tiene como*

---

<sup>192</sup> Expediente 4785-2017 Página 325.

*objetivo la conservación de su cosmovisión y modo de vida. Esta última afirmación encuentra sustento en lo previsto en el Artículo 4 de ese instrumento internacional, el cual impone a los Estados parte, la obligación de adoptar medidas especiales para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. En estrecha relación con esa obligación, el Artículo 5 de ese mismo instrumento, establece que, al aplicar las disposiciones del Convenio, deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos. Deben también respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos [literales a y b]. La interpretación conjunta de los artículos citados, permite establecer que la protección que el Convenio confiere a los pueblos indígenas y tribales, atiende a las características de estos como conjunto de personas con instituciones, prácticas y valores diferentes de los de la generalidad que habita un país. Ese resguardo, según está asentado en la parte inicial del Convenio, deriva de tres razones importantes: i) la primera, la necesidad de prevenir y erradicar las prácticas discriminatorias de que han sido víctimas los pueblos mencionados; ii) la segunda, la necesidad de atender las aspiraciones de tales pueblos de asumir el control de sus propias instituciones, sus formas de vida y su desarrollo económico y de mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones y iii) la tercera, no menos importante que las anteriores, la necesidad de proteger a dichos pueblos por la contribución que tienen en la diversidad cultural.”<sup>193</sup>*

---

<sup>193</sup> Expediente 4785-2017 Página 326.

A partir de este punto, el razonamiento ya es silogístico: Verificación del cumplimiento del marco normativo aplicable para el Estado de Guatemala en torno a los derechos de los pueblos indígenas; *“Esta Corte, luego del análisis de los medios de convicción, arriba a la certeza de que, en los municipios de Mataquescuintla del departamento de Jalapa y Nueva Santa Rosa, Casillas y San Rafael Las Flores del departamento de Santa Rosa [que conforman el área de influencia del proyecto de exploración con licencia Juan Bosco], existen colectivos humanos que llenan los parámetros objetivos y subjetivo, demarcados por el Convenio 169, para ser considerados pueblos indígenas. Con fundamento en lo anterior, se concluye en que, previo a extender la licencia de exploración que le fue requerida, la Dirección General de Energía y Minas debió efectuar traslado del expediente a la Cartera de la cual depende, a efecto de que esta procediera a consultar a los pueblos indígenas existentes en aquellos departamentos. Si al citado Ministerio le hubiere surgido duda sobre la existencia de aquellos colectivos, hubo de asumir las acciones necesarias a efecto de determinar con certeza su presencia, sin limitarse a afirmar que en el área de influencia del proyecto de exploración no había presencia de pueblos indígenas. Con fundamento en lo anterior, se concluye en que, previo a extender la licencia de exploración que le fue requerida, la Dirección General de Energía y Minas debió efectuar traslado del expediente a la Cartera de la cual depende, a efecto de que esta procediera a consultar a los pueblos indígenas existentes en aquellos departamentos. Si al citado Ministerio le hubiere surgido duda sobre la existencia*

*de aquellos colectivos, hubo de asumir las acciones necesarias a efecto de determinar con certeza su presencia, sin limitarse a afirmar que en el área de influencia del proyecto de exploración no había presencia de pueblos indígenas”.*

<sup>194</sup> Todo ello, sobre el fundamento de la regla de reconocimiento como parámetro de validez.

Además, agrega otro contenido a la estructura de la regla de reconocimiento para hacer frente al argumento esgrimido por el Ministerio de Energía y Minas<sup>195</sup>: *“A juicio de esta Corte, la circunstancia de que pueda o no derivar ese proyecto de exploración, en uno de explotación, resulta irrelevante en cuanto atañe a la obligatoriedad de cumplir con la consulta previa, porque, según el análisis que se efectuó precedentemente, respecto de la forma en la cual está regulado en Guatemala lo relativo a los proyectos de exploración minera, estos son susceptibles de generar, por sí mismos, alteración en el medio ambiente de las áreas en las cuales se desarrollan. Es importante subrayar que el Convenio 169 no limita la obligación de consulta a los proyectos de explotación minera, sino que también extiende esa obligación de los Estados a los casos de prospección, en el citado Artículo 15: “2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida,*

---

<sup>194</sup> Expediente 4785-2017 Página 379.

<sup>195</sup> Será hasta el momento en el que se decida la reducción del polígono que quedará determinada el área de influencia y que ello definirá, cuáles son las comunidades a informar e involucrar en un proceso participativo previo a otorgar la licencia de explotación si fuese el caso.

*antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.” Estas son las razones por las cuales esta Corte no encuentra justificación para el proceder omiso de la autoridad cuestionada.”<sup>196</sup>*

Y además, aporta un argumento adicional de carácter positivista, es decir, excluyendo cualquier otro tipo de consideraciones extrajurídicas, que refuerzan la validez de la regla de reconocimiento estructurada: “Afirma también la Cartera en mención, En contraposición a ese argumento es menester señalar, en primer lugar, que el estado que guardan las actuaciones administrativas actualmente no prejuzga sobre la obligación que tenía el Ministerio del ramo, en la época en la cual se estuvo en posibilidad de decidir si se otorgaba o no la licencia de exploración, de tomar todas las medidas pertinentes a efecto de establecer la presencia de pueblos indígenas en el área de influencia, y así poder determinar a quiénes debía consultárseles sobre esa medida administrativa. De esa cuenta, tal circunstancia fáctica no elimina la responsabilidad del mencionado despacho ministerial por no haber atendido oportuna y efectivamente aquella obligación. Distinto es que cómo esa situación repercutirá al precisarse los efectos del fallo, lo cual se hará en segmento posterior.”<sup>197</sup>

En síntesis, la Corte estima que en el trámite de la licencia de exploración *Juan Bosco*, se incurrió en violación a la normativa interna que rige la expedición

---

<sup>196</sup> Expediente 4785-2017 Página 381.

<sup>197</sup> Expediente 4785-2017 Página 382.

de proyectos de exploración como el autorizado y en inobservancia tanto del derecho de consulta de los pueblos indígenas, como los compromisos internacionales que atañen al Estado de Guatemala en materia de preservación del medio ambiente de esos colectivos humanos.

Y aclara el entendimiento que debe dársele a otro argumento extrajurídico: *“Esta Corte, al abordar la figura del derecho de consulta, en apartados precedentes, asentó que este surgió derivado de la situación de marginación en la que históricamente se han mantenido los pueblos indígenas. De tal manera que, en casos como el que ahora se analiza, más que la sola afirmación de que ha acaecido discriminación, resulta trascendental que en fallos como el presente, se haga declaratoria de incumplimiento del compromiso internacional que el Estado de Guatemala adquirió al ratificar el Convenio 169, de consultar a los pueblos indígenas cuando se prevean medidas administrativas susceptibles de causarles afectación directa y se ordene la inmediata restitución del derecho violado, en cuya efectiva tutela se entiende subsumido el propósito de erradicar las prácticas discriminatorias que puedan estar presentes en el accionar del poder público.”*<sup>198</sup>

Finalmente, expone las condiciones que deben observarse en la realización de la consulta a pueblos indígenas, pero por razones prácticas, ya que asentó la regla en el literal D del Considerando V del fallo:

---

<sup>198</sup> Expediente 4785-2017 Página 389.

- i) Debe realizarse con carácter previo a asumir la medida gubernativa que se pretende implementar.
- ii) Debe ser libre e informada.
- iii) Debe ser un diálogo en el cual priven la buena fe, la comunicación constante, la transparencia, el entendimiento y el respeto mutuos –no se agota con la sola información–.
- iv) La consulta debe estar dirigida a arribar a acuerdos: el consenso como vía para la toma de decisiones –no tiene como propósito legitimar que una parte se imponga a la otra–.
- v) Debe agotarse mediante procedimientos culturalmente adecuados, en los cuales se respeten las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, especialmente en cuanto a sus instituciones representativas.
- vi) *Debe ser sistemática.* <sup>199</sup>

Por último, para considerar la fundamentación iuspositivista hartiana del fallo: *“Esta Corte, en anteriores oportunidades ha manifestado que esa falta de regulación, no puede vaciar de contenido el derecho de consulta que la normativa internacional ha previsto en favor de los pueblos indígenas. [Este criterio se encuentra contenido, entre otros, en los fallos de veinticinco de marzo de dos mil*

---

<sup>199</sup> **a)** La utilización de procedimientos apropiados. En vista que no existe un modelo único de procedimiento apropiado, este debe diseñarse entre las partes tomando en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. El proceso de consulta debe implicar también tomar en cuenta la opinión de los pueblos sobre el procedimiento a utilizarse para agotar el proceso de consulta.

**b)** La consulta a los pueblos indígenas debe efectuarse por medio de sus instituciones representativas, lo cual deberá entenderse de forma flexible. La diversidad de los pueblos indígenas conlleva que no pueda imponerse un modelo de institución representativa. Es trascendental tomar en cuenta que las autoridades de los pueblos sean fruto de un proceso interno de designación propio de aquellos, previendo las distintas formas de organización indígena.

quince, doce de enero de dos mil dieciséis y veintiséis de enero de dos mil diecisiete, dictados en los expedientes: acumulados 5237-2012 y 5238-2012; 3753-2014 y 1798-2015, respectivamente.] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que: “(...) los Estados que ratifiquen el Convenio 169 deben garantizar su incorporación transversal a la legislación que regula todo el proceso de diseño, concesión e implementación de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas; y al mismo tiempo deben adoptar medidas para garantizar la aplicación efectiva de dicha legislación, **teniendo en cuenta que la falta de reglamentación no es excusa para no cumplir con la aplicación del Convenio 169** (...) –el resaltado no figura en el texto original– [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Washington, D.C., Estados Unidos: OEA/Ser.L/V/II. p. 85]. El Centro Para la Acción Legal en Derechos Humanos, en estudio jurídico presentado ante esta Corte, hace referencia a esta y afirma que la falta de una ley o mecanismo, no exime a las autoridades estatales para tornar operativos los derechos contenidos en el Artículo 66 de la Constitución Política de la República y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [ver folio mil seiscientos dieciocho (1618) de la Pieza IV ante esta Corte]. “<sup>200</sup> (negritas en el texto).

---

<sup>200</sup> Expediente 4785-2017 Página 468.

Debe recordarse que Hart, contrariamente al ideal de ausencia de lagunas de Kelsen, considera la existencia en el ordenamiento jurídico de una cierta porosidad o textura abierta, tanto en la regla de reconocimiento como en las demás normas del sistema, aunque las dudas en aquélla serían siempre en cuestiones de detalle, nunca en lo principal.

En síntesis, se comprueba la hipótesis de la no intercambiabilidad de los argumentos de validez del derecho de las diferentes corrientes doctrinarias, ya que a nivel de jurisprudencia constitucional se debe fundamentar en la escuela positivista, concretamente, en el fallo, se optó por construir una regla de reconocimiento para dar validez al derecho cuestionado, precisamente ante la deficiencia de la construcción kelseniana del sistema fuentes para resolver el caso: un vacío reglamentario no impide la aplicación directa del resto de fuentes normativas al caso concreto.



## CONCLUSIÓN

El problema del fundamento de la validez del Derecho ha generado largas y antiguas discusiones entre las teorías clásicas y las teorías contemporáneas del Derecho, sin que a la fecha pueda afirmarse que existe coincidencia en la Teoría del Derecho sobre un fundamento universal de la validez, tanto de las normas jurídicas como del ordenamiento jurídico.

Por un motivo meramente lógico, conocido como *principio de identidad*, el cual afirma que *ninguna cosa puede ser y no ser a la vez*, enunciado por primera vez por el filósofo presocrático Parménides, el problema del fundamento de la validez del Derecho no puede resolverse teniendo como verdaderas las proposiciones inferidas de las tres teorías sobre la fundamentación de la validez del Derecho; pues éstas no solo no se implican recíprocamente, sino que tampoco podrían coincidir en el mismo plano ontológico.

Si es posible que las tres versiones de la validez jurídica puedan combinarse entre sí, es cosa también de suyo difícil, pues como ya se dijo, ninguna de ellas se coimplica. Así, por ejemplo, si se parte del supuesto, justificado ya, de que la *bilateralidad* es esencial a la regulación jurídica, podría afirmarse lo siguiente:

- a) Que Derecho vigente, en sentido jurídico positivo, es el sistema de reglas bilaterales de conducta, que en determinado momento y lugar la

autoridad política considera de acuerdo con los criterios establecidos por la norma básica, jurídicamente obligatorias;

- b) Que Derecho intrínsecamente válido, en sentido axiológico-material, es la regulación bilateral *justa* de la vida de una comunidad en un momento dado y;
- c) Que Derecho eficaz o socialmente válido, es el conjunto de reglas bilaterales que efectivamente rigen a una comunidad en tal o cual momento de su historia.

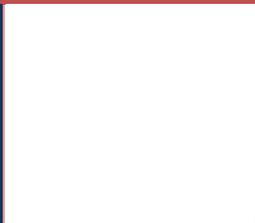
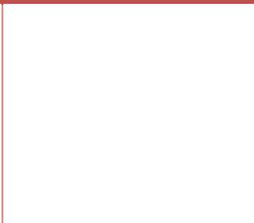
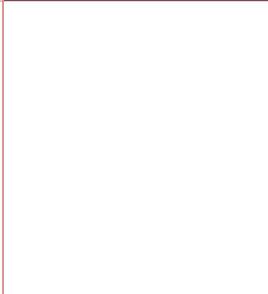
La correcta interpretación de las tres definiciones anteriores depende, de que se tenga en cuenta lo siguiente:

- 1) Que la palabra *Derecho* no tiene en ellas el mismo sentido, ni es prueba de identidad genérica de los correspondientes objetos;
- 2) Que la frase *regulación bilateral de la conducta*, tampoco posee idéntica significación en los tres casos, porque lo que desde el punto de vista de los órganos estatales *vale* como Derecho, puede no merecer tal designación desde el punto de vista sociológico o axiológico.

El problema esencial de la falta de unificación de los criterios de fundamentación de la validez del Derecho, analizado desde una visión analítica (conceptual); puede formularse así: Tanto el iusnaturalismo como el iuspositivismo y el ius-sociologismo poseen concepciones de la naturaleza del Derecho que se refieren a objetos con cualidades distintas, es decir, sus concepciones constituyen realidades heterogéneas y no están referidas a especies de un mismo género, por lo cual, no resulta posible

desde un punto de vista racional, hacer coincidir la validez del Derecho de las tres teorías en un mismo plano ontológico.

Gráficamente, puede representarse el diferente plano ontológico de análisis científico de las tres escuelas de validez del derecho analizadas, por lo que epistemológicamente no es posible la unificación mencionada:

<b>Planos ontológicos/Acepciones sobre validez del derecho</b>	<b>Legitimidad</b>	<b>Validez formal y material</b>	<b>Eficacia</b>
<b>Validez ideal, material, normativo-filosófica de las normas legales.</b>			
<b>Validez constitucional, existencial, lógico- formal o jurídica en sentido estricto.</b>			
<b>Validez fáctica, empírica o sociológica.</b>			

Por lo tanto, no es posible de forma lógica la implicación recíproca de las tres acepciones sobre la validez del Derecho de manera que puedan coincidir en un mismo plano ontológico porque derivan de criterios distintos, y planos discursivos y

prácticos diferenciados, por ejemplo, el ámbito de validez ideal se utiliza en argumentaciones filosófico-jurídicas; el de validez formal, en términos de sistema de fuentes, especialmente en la jurisprudencia constitucional e internacional; y del eficacia, en orden al creacionismo judicial o legislativo del derecho; y en consecuencia no se implican entre sí; ello obedece a que no se refieren a especies distintas de un mismo género sino a realidades heterogéneas que no indican identidad genérica de los objetos a que se refieren.

Esto lleva a afirmar que se ha verificado y comprobado la verosimilitud de las hipótesis formuladas en el diseño de la investigación.

## REFERENCIAS DOCUMENTALES

1. Aarnio, Aulis. SOBRE LA VERDAD Y LA VALIDEZ DE LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS EN DOGMÁTICA JURÍDICA. En: LA FUNDAMENTACIÓN DEL RAZONAMIENTO LEGAL. Ariel Editorial. España. 1981.
2. Aarnio, Aulis. LO RACIONAL COMO RAZONABLE. UN TRATADO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA. Palestra Editores. Lima. 2016.
3. Abril Castello, Vidal. ONTOLOGÍA FORMAL DE LA OBLIGATORIEDAD JURÍDICA. En: Anuario de Filosofía del Derecho XII. 1966.
4. Aguilar Rivera, Edgar Osvaldo. "FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN GUATEMALA". Universidad de San Carlos de Guatemala. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Guatemala. 2018. Disponible en [http://portal.derecho.usac.edu.gt/IIJS/archivos\\_pdf/Dr\\_Edgar\\_Rivera.pdf](http://portal.derecho.usac.edu.gt/IIJS/archivos_pdf/Dr_Edgar_Rivera.pdf)
5. Albaladejo, Manuel. DERECHO CIVIL I. INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL. Editorial Bosch. Barcelona. 1989.
6. Alvarez, Norberto. REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE VALIDEZ JURÍDICA. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. No. 56. España. 1979.

7. Amador Magaña Diego Isaac. "EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y SU ROL NOMOGENÉTICO". *Ius comitalis*. Número 1. Año 1. 2018. \*  
<https://iuscomitalis.uaemex.mx/article/download/10673/8684/>
8. Aquino, Santo Tomás de. SUMA DE TEOLOGÍA II. PARTE I-II. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 1989.
9. Austin, John. LA PROVINCIA DE JURISPRUDENCIA DETERMINADA. Editorial Ariel. España. 1954. Pp. 126.
10. Bagnulo, Roberto. EL CONCEPTO DEL DERECHO NATURAL EN SANTO TOMÁS DE AQUINO. Editorial Bosch. Barcelona. 1983.
11. Bentham, J. SOBRE LAS LEYES EN GENERAL. UNAM. México. 1970.
12. Bentham, Jeremy. LOS LIMITES DE LA JURISPRUDENCIA DEFINIDOS. Centro de Estudios Constitucionales. España. 1945.
13. Bettini, Romano. ANÁLISIS FUNCIONAL Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO. En: Revista Internacional de Filosofía del Derecho No. 65. 1988.
14. Bobbio, Norberto. CONTRIBUCIÓN A LA TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Fernando Flores. Valencia. 1980.
15. Brugger, W. DICCIONARIO DE FILOSOFÍA. Editorial Herder. Barcelona. 1978.
16. Bulygin, Eugenio. SOBRE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO. En: DERECHO, FILOSOFÍA Y LENGUAJE. HOMENAJE A A. L. GIOJA. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1976.

17. Cassirer, Ernst. EL MITO DEL ESTADO. Fondo de Cultura Económica. México. 1974.
18. Castignone, S. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LA DOCTRINA IUSNATURALISTA E IUSPOSITIVISTA. UNAM. México. 1979.
19. Castigone, Silvana; Guastini, Riccardo & Tarello, G. INTRODUCCIÓN TEORICA AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Bosch. España. 1979.
20. Catania, A. EL PROBLEMA DEL DERECHO Y LA OBLIGATORIEDAD. ESTUDIO SOBRE LA NORMA FUNDAMENTAL. Editorial Bosch. España. 1983.
21. Conte, Amedeo Giovanni. VALIDEZ DE VOZ. Fondo de Cultura Económica. México. 1975.
22. Cotta, Sergio. EL CONCEPTO DEL DERECHO EN LA SUMA TEOLÓGICA DE SANTO TOMÁS DE AQUINO. Editorial Bosch. Barcelona. 1995.
23. Cracogna, D. REGLA DE RECONOCIMIENTO Y NORMA BÁSICA. En: H. L. A. HART Y EL CONCEPTO DE DERECHO. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso. Número 28. Buenos Aires. 1985.
24. De Páramo, Juan Ramón. H. L. A. HART. LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984. Pp. 297
25. Del Vecchio, Giorgio. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Bosch. Barcelona. 1980.
26. Delgado Pinto, J. LA VALIDEZ DEL DERECHO COMO PROBLEMA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA. En: ESTUDIOS EN HONOR DEL DOCTOR LUIS RECASENS SICHES. UNAM. México. 1980.

27. Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian. LA NOCIÓN DE LA(S) NORMA(S) BÁSICAS EN JURISPRUDENCIA. UNAM. México. 1975.
28. Ekelöf, O. LA EXPRESIÓN "REGLA VÁLIDA": UN ESTUDIO EN TERMINOLOGÍA LEGAL. UNAM. México. 1975.
29. El Shakankiri, Mohamed. LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE JEREMY BENTHAM. Editorial Bosch. Barcelona. 1970.
30. Esquivel Pérez, Javier. KELSEN Y ROSS, FORMALISMO Y REALISMO EN LA TEORÍA DEL DERECHO. UNAM. México. 1980.
31. Falcón y Tella, M. José. EL ARGUMENTO ANALÓGICO EN EL DERECHO. Editorial Civitas. Madrid. 1991.
32. Falcon y Tella, María José. LA TRIDIMENSIONALIDAD Y EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. No. 76. España. 1989-1990.
33. Farrell, Martín Diego. & Grün, Ernesto. PROBLEMAS DE VERIFICACIÓN EN EL DERECHO. En: DERECHO, FILOSOFÍA Y LENGUAJE. HOMENAJE A AMBROSIO L. GIOJA. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1976.
34. Farrell, Martín Diego. HACIA UN CRITERIO EMPÍRICO DE LA VALIDEZ. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1972.
35. Farrell, Martín Diego. HACIA UN CRITERIO EMPÍRICO DE VALIDEZ. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1972.
36. Garzón Valdés, E. ALGUNOS MODELOS DE VALIDEZ NORMATIVA. En: ESTUDIOS EN HONOR DEL DOCTOR LUIS RECASENS SICHÉS. UNAM. México. 1980.

37. Gian-Formaggio, Leticia. HANS KELSEN SOBRE LA DEDUCCIÓN DE LA VALIDEZ. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990.
38. Hart, H. L. A. EL CONCEPTO DEL DERECHO. Editora Nacional. México. 1980.
39. Hughes, G. VALIDEZ Y LA NORMA BÁSICA. En: REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES. Número 6. 1974.
40. Laclau, Martín. ALF ROSS Y EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO. En: ALF ROSS. ESTUDIOS EN SU HOMENAJE. Revista de Ciencias Sociales. Número 25. Universidad de Valparaíso. Chile. 1984.
41. Legaz y Lacambra, L. SER Y DEBER SER EN LAS CONCEPCIONES DEL VALOR Y DE LA VALIDEZ. En: Anuario de Filosofía del Derecho. Tomo XIII. 1967-1968.
42. Legaz y Lacambra, Luis. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Bosch. Barcelona. 1975.
43. Leonardi, Franco. VALIDEZ Y EFECTIVIDAD DE LAS REGLAS DE CONDUCTA. Ariel Editorial. Barcelona. 1956.
44. Lumia, Giuseppe. PRINCIPIOS DE TEORÍA E IDEOLOGÍA DEL DERECHO. Editorial Debate. Madrid. 1985.
45. Macía Manso, R. DOCTRINAS CLÁSICAS IUSNATURALISTAS. Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídico. Oviedo. 1976.
46. Macía Manso, Ramón. CONCEPCIONES DE LA NORMA. En: FILOSOFÍA Y DERECHO. ESTUDIOS EN HONOR AL PROFESOR JOSÉ CORTS

- GRAU. Tomo I. Universidad de Valencia. Secretariado de Publicaciones. España. 1977.
47. Malem Seña, J. F. CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL. Editorial Ariel. Barcelona. 1988.
48. Meneghelli, R. EL PROBLEMA DE LA EFECTIVIDAD DE LA TEORÍA DE LA VALIDEZ JURÍDICA. Editorial Porrúa. México. 1975.
49. Munzer, Stephe. VALIDEZ LEGAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1972.
50. Nino, C. S. ALGUNAS CONFUSIONES SOBRE EL CONCEPTO DE VALIDEZ DE KELSEN. Depalma Editorial. Buenos Aires. 1985.
51. Olivecrona, K. DERECHO Y VOLUNTAD, DOS TEXTOS DE AXEL HÄGERSTRÖM. UNAM. México. 1961.
52. Olivecrona, Karl. EL DERECHO COMO HECHO. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. Editorial Labor. Barcelona. 1980.
53. Pattaro, Enrico. FILOSOFÍA DEL DERECHO. DERECHO. CIENCIA JURÍDICA. Editorial Reus. Madrid. 1980.
54. Pattaro, Enrico. LA VALIDEZ DEL DERECHO EN ALF ROSS. En: ALF ROSS. ESTUDIOS EN SU HOMENAJE. Revista de Ciencias Sociales. Número 25. Universidad de Valparaíso. Chile. 1984.
55. Pattaro, Enrico. LINEAMIENTOS PARA UNA TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Debate. Madrid. 1986.
56. Pattaro, Enrico. VALIDEZ Y VERIFICABILIDAD DEL DERECHO. En: Revista Trimestral de Derecho y Procedimiento Civil. 1966.

57. Peczenik, Aleksander. SOBRE LA NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL *GRUNDNORM*. UNAM. México. 1981.
58. Pizzorni, Reginado. EL FUNDAMENTO ÉTICO-RELIGIOSO DEL DERECHO SEGÚN SANTO TOMÁS DE AQUINO. Alianza Editorial. España. 1998.
59. 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. Editorial Tecnos. Madrid. 1989.
60. Raz, J. LA IDENTIDAD DE LOS SISTEMAS LEGALES. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 29. UNAM. México. 1954.
61. Raz, Joseph. LA TEORÍA DE KELSEN SOBRE LAS NORMAS BÁSICAS. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número. 29. UNAM. 1954.
62. Reale, Miguel. TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO. PRELIMINARES HISTÓRICOS Y SISTEMÁTICOS. Editorial Santiago de Compostela. España. 1973.
63. Ross, Alf Niels. EL CONCEPTO DE VALIDEZ Y EL CONFLICTO ENTRE EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL DERECHO NATURAL. Revista Jurídica de Buenos Aires. Argentina. 1961.
64. Ross, Alf Niels. TÚ-TÚ. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1961.
65. Sánchez Agesta, L. PRINCIPIOS DE TEORÍA POLÍTICA. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1990.

66. Squella Narducci, Agustín. PRINCIPALES AFIRMACIONES DE ALF ROSS ACERCA DEL PROBLEMA DE LA VALIDEZ Y VIGENCIA DEL DERECHO. En: Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Chile. 1975.
67. Squella Narducci, Agustín. DERECHO Y MORAL. ¿TENEMOS OBLIGACIÓN MORAL DE OBEDECER EL DERECHO?. Editorial Edeval. Valparaíso. 1989.
68. Stamatis, Constantin M. LA SISTEMÁTICA DE LA LEY EN KELSEN Y LAS APORÍAS DE LA NORMA FUNDAMENTAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1982.
69. Suárez, Francisco. DE LEGIBUS. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 1971.
70. Summers, Robert. S. HACIA UNA MEJOR TEORÍA GENERAL DE LA VALIDEZ DEL DERECHO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1985.
71. Todescan, Franco. A PROPÓSITO DE LA VALIDEZ JURÍDICA EN OLIVECRONA. En: Revista Internacional de Filosofía del Derecho. 1968.
72. Torres López, M. LA SUMISIÓN DEL SOBERANO A LA LEY EN VITORIA, VÁZQUEZ DE MENCHACA Y SUÁREZ. Anuario de la Asociación F. de Vitoria. España. 1933.
73. Uusitalo, Liisa. EFICIENCIA, EFECTIVIDAD Y LEGITIMACIÓN: CRITERIOS PARA LA EVALUACIÓN DE NORMAS. UNAM. México. 1989.
74. Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans. PERFILES JURÍDICOS DEL DERECHO NATURAL EN SANTO TOMÁS DE AQUINO. En: ESTUDIOS

- JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR FEDERICO DE CASTRO.  
Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid. 1976.
75. Vernego, Roberto J. VALIDEZ Y VERDAD EN LA TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS DE HANS KELSEN. En: ANALES DE LA CÁTEDRA FRANCISCO SUÁREZ. Número. 25. 1985.
76. Videtta, F. P. EL CONCEPTO DE “NORMA VÁLIDA” SEGÚN ALF ROSS. En: Revista Internacional de Filosofía del Derecho. Volumen 45. 1968.
77. Weber, Max. ECONOMÍA Y SOCIEDAD. Fondo de Cultura Económica. México. 1987.
78. Welzel, Hans. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO (UNA CUESTIÓN LÍMITE DEL DERECHO). En: Radbruch, Gustav; Schmidt, Eberhart & Welzel, Hans. DERECHO INJUSTO Y DERECHO NULO. Editorial Aguilar. Madrid. 1971.
79. Wilson, Alida. JOSEPH RAZ SOBRE LA NORMA BÁSICA DE KELSEN. Diario Americano de Jurisprudencia. Número 27. 1982.
80. Wright, Georg Henrik Von. NORMA Y ACCIÓN: UNA INVESTIGACIÓN LÓGICA. Editorial Olejnik. Buenos Aires. 2019.