

Sobre la noción de validez

Por MANUEL SEGURA ORTEGA

Santiago de Compostela

Los científicos, sociólogos y filósofos del Derecho han dedicado desde hace bastante tiempo una especial atención al problema de la validez jurídica. Ello no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que la discusión en torno a esta cuestión se presenta como decisiva para la comprensión del fenómeno jurídico. La diversidad de soluciones y respuestas que se han ofrecido sirven para advertirnos de la indiscutible complejidad del tema pero al mismo tiempo pueden situarnos en el camino correcto para comprender adecuadamente el concepto de validez. En las páginas que siguen no se pretende hacer un análisis detallado de las distintas doctrinas que han surgido en torno a la validez sino tan sólo señalar a grandes rasgos las principales significaciones que se han atribuido a este término. Naturalmente en tal descripción será necesario prescindir de algunos aspectos que pueden resultar de cierta importancia pero parece preferible evitar tales referencias al objeto de conseguir la mayor claridad posible.

Si analizamos el panorama actual respecto del tema de validez puede afirmarse que no existe acuerdo en casi nada. Con razón ha dicho Henkel que después de todas las discusiones lo único que se puede decir es que «no es posible definir el concepto de validez jurídica en una única fórmula omnicomprendiva»¹. Si esto es así —y parece que hoy nadie lo duda— habrá que preguntarse cuáles son las razones que determinan la existencia de dificultades tan graves para llegar a comprender la validez. Aunque no exista una única respuesta podría decirse que las confusiones se producen como consecuencia de los diferentes enfoques desde los que es contemplado el problema. Sin embargo, parece que todos están de acuerdo en la necesidad de buscar un significado único de validez. Así, García Máynez ha afirmado

1. HENKEL, H., «Das Problem der Rechtsgeltung», en *Dimensionen des Rechts. Gedächtnisschrift für René Marcic*, Berlín, Duncker-Humblot, 1974, vol. I. p. 63.

que «el correcto empleo del principio de razón exige no sólo la existencia de un *criterio de validez*; reclama, también, la unicidad de éste»². En un sentido similar se expresa Delgado Pinto cuando dice que «una fundamentación suficiente de la existencia o validez de las normas jurídicas requiere la concurrencia *en un orden preciso* de (esos) distintos criterios, pero no como diversos criterios, sino como aspectos complementarios de una *criterio único*»³. Por consiguiente, el problema fundamental se plantea a la hora de hallar un criterio uniforme que pueda servir para realizar una afirmación en el sentido de que una norma jurídica es válida o, bien, que un orden jurídico en conjunto es válido. Y mucho me temo que una afirmación de este tipo no depende, en modo alguno, de una correcta utilización del lenguaje. Es cierto que el término validez se emplea con diferentes significaciones y, en este sentido, podría decirse que está afectado de polisemia⁴. Pero tal pluralidad de significaciones no debe impedir la elección de una de ellas como la principal. En lo que sigue se tratará de demostrar que es posible formular un concepto único de validez sin que sea necesaria la adopción de una postura ecléctica.

Antes de comenzar es necesario analizar una cuestión previa que tiene gran trascendencia respecto del problema de la validez. Nos referimos al objeto del cual se predica la validez. El término validez se utiliza siempre para aplicarlo a las normas jurídicas o a un ordenamiento jurídico considerado como un todo. Así se dice que tal norma es válida o que un ordenamiento es válido cuando concurren determinadas circunstancias. De ello se infiere que la validez es una característica, cualidad o propiedad de las normas jurídicas, esto es, una elemento que forma parte de su estructura y a través del cual se identifica la realidad jurídica. Hay que advertir que en este punto hay una opinión discrepante sostenida por Farrel para el que la validez no es uno de los elementos que componen las normas jurídicas. Puede decirse, entonces, que la validez no es una *propiedad* de las normas, sino una relación entre la norma y el criterio elegido: cuando la norma se ajusta al criterio se la considera válida»⁵. Desde esta perspectiva, la validez de una norma o de un ordenamiento dependería única y exclusivamente de una opción personal del jurista. Pero parece que llegar a esta conclusión es, cuando menos, peligroso pues se corre el riesgo de negar sustantividad propia al Derecho, de modo que su existencia —con todas las consecuencias que ello implica— quedaría a merced del juicio positivo o negativo de una determinado sujeto. No creo que, en principio, tal solución pueda considerarse

2. GARCÍA MÁYNEZ, E., «Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico», en *Symposium sobre Derecho natural y axiología*, Méjico, U.N.A.M., 1963, p. 88.

3. DELGADO PINTO, J., «La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica», en *Estudios en honor del doctor Luis Recasens Siches*, Méjico, U.N.A.M., 1980, p. 258.

4. *Vid.* en este sentido el trabajo de CONTE, A. G., «Studio per una teoria della validità», *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1970, p. 333 y ss.

5. FARREL, M. D., *Hacia un criterio empírico de validez*, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 23-24.

como satisfactoria, pues, en definitiva, presentaría el problema de la validez como una cuestión irresoluble lo que, por otra parte, no está en el ánimo del autor citado⁶. Por consiguiente, se hace imprescindible asignar una significación precisa al término validez que ponga fin a esta confusión doctrinal. Y para ello, nada mejor que analizar, aunque sea sucintamente, las concepciones más importantes que se han formulado acerca de la validez⁷.

Con independencia de diferentes matizaciones puede hablarse de tres grandes corrientes claramente diferenciadas: las concepciones normativas, las fácticas (expresión que, probablemente, no es afortunada, pero sí suficientemente expresiva) y las axiológicas. Vamos a ver —por supuesto, sin pretensiones de exhaustividad— cuáles son las ideas básicas de cada una de ellas y, lo que es más importante, a qué pretenden dar respuesta, pues sospecho que en esta pregunta se halla la clave fundamental para abordar correctamente el problema.

Entre las concepciones normativas⁸ la doctrina de Kelsen es, sin ninguna duda, la más conocida y, en cierto modo, la más representativa. Para Kelsen decir que una norma o un orden jurídico es válido significa lo mismo que decir que existe: «con el término “validez” designamos la existencia específica de una norma»⁹. Por tanto, el modo peculiar de ser del Derecho consiste en su validez. Ahora bien, la validez de la que habla Kelsen es una validez «ideal» que pertenece al mundo del deber ser (del *Sollen*) y no a la esfera de los hechos. Por esta razón, la validez no puede identificarse con la eficacia y, en consecuencia, afirmar que «una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aún cuando entre la validez y la efectividad pueda constituirse cierta relación»¹⁰. Por tanto, la validez es una propiedad que tiene la norma con anterioridad a su aplicación; «una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz; es decir, antes de ser obedecida y aplicada; el tribunal que aplica en un caso concreto una ley, inmediatamente después de haber sido dictada, y, por ende, antes de que haya podido ser efectiva, aplica una nor-

6. En efecto, FARREL considera que hay un criterio único de validez que él trata de encontrar en la doctrina del realismo jurídico aunque superando sus límites, *vid.* su libro citado en la nota anterior.

7. Para una exposición más detallada *vid.* entre otros: BONSINGNORI, F., *Concetto di diritto e validità giuridica*, Milán. Guiffré, 1985. WOLF, E., «Il problema della validità nella prospettiva di una ontologia del diritto», *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1959, p. 349 y ss. DELGADO PINTO, J., «La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica» cit., p. 221 y ss. GARCÍA MÁYNEZ, E., «Validez formal y validez material en sentido jurídico positivo y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico», cit. p. 83 y ss. HORVATH, K. R., «Das Problem der Rechtsgeltung», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (36), 1943, p. 124 y ss. GERARD, Ph., «Validité juridique et souveraineté», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (3), 1986, p. 315 y ss.

8. Un análisis completo de las concepciones normativas puede verse en el trabajo de GARZÓN VALDÉS, E., «Algunos modelos de validez normativa», en *Estudios en honor del doctor Luis Recansens Siches*, Méjico, U.N.A.M., 1980, p. 375 y ss. Este mismo artículo fue publicado años antes en alemán, «Modelle normativer Geltung», *Rechtstheorie*, (1), 1977, p. 41 y ss.

9. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Méjico, U.N.A.M., 1981, trad. de la 2ª ed. de R. J. Vernengo, p. 23.

10. *Ibidem*, p. 24.

ma jurídica válida»¹¹. La preocupación fundamental de Kelsen es la separación clara y terminante de dos esferas que tienen una realidad jurídica distinta: la esfera del «deber ser» y la esfera del «ser». Sólo si no se confunden ambos planos es posible evitar los equívocos. La machacona insistencia de Kelsen en distinguir la validez de la eficacia queda patente en todas sus obras e incluso en la *Teoría general de las normas*¹² pero, a pesar de ello siempre reconoció que la eficacia aparecía con una condición de la validez. En efecto, las normas jurídicas son válidas antes de ser aplicadas pero sólo *conservan* su validez a condición de que sean mínimamente eficaces; de este modo, la eficacia es la condición de la validez de las normas, pero no su razón de ser porque —como el propio Kelsen afirma— «una condición no puede ser idéntica con lo que condiciona»¹³.

Hasta ahora hemos hablado de lo que significa validez en la obra de Kelsen. Es necesario dar un paso más y preguntarse acerca del fundamento de la validez, esto es, ¿por qué valen las normas jurídicas? La respuesta que ofrece Kelsen está en consonancia con la propia noción de validez y por eso queda excluida cualquier referencia a elementos fácticos y al mismo tiempo se prescinde de una fundamentación «de contenido». Las normas jurídicas no valen por tener un determinado contenido sino porque han sido creadas (producidas) de una determinada forma, de manera que la validez de una norma descansa siempre en una norma superior. En consecuencia, el fundamento de la validez de cualquier norma hay que encontrarlo siempre en otra norma superior; «la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en un norma aún superior. Su validez no puede ya derivarse de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*). Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, consituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas perteneciente a uno y el mismo orden»¹⁴. La explicación de Kelsen siempre aparece referida al mundo de las normas; con ello pretende salvar la

11. *Ibidem*, p. 25.

12. En esta obra se sigue manteniendo una clara distinción entre validez y eficacia, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manzsche Verlags —und Universitätsbuchhandlung, 1979, p. 111 y ss. y 136 y ss. Una visión crítica sobre la noción de validez en este último libro puede verse en VERNENGO, R.J., «Validez y verdad en la *Teoría general de las normas* de Hans Kelsen», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (25), 1985, p. 13 y ss.

13. *Teoría pura del Derecho*, cit. p. 223.

14. *Ibidem*, p. 202.

pureza metodológica que se erigió en una de las tareas primordiales de toda su obra. No cabe duda que la *Grundnorm* de Kelsen es uno de los aspectos de su doctrina que ha recibido más críticas en el sentido precisamente de la quiebra de la «pureza» pero, a pesar de ello, es indiscutible que su doctrina acerca de la validez se presenta como una respuesta que pretende ser completa. Inmediatamente veremos algunas de las críticas que pueden hacerse a la doctrina de Kelsen, pero antes es necesario completar el panorama sobre las distintas doctrinas acerca de la validez.

Las concepciones que he denominado fácticas también consideran que validez significa existencia del Derecho, pero tal existencia no puede ser afirmada hasta el momento en el que puede verificarse la correspondencia del contenido de las normas con el comportamiento real de los sujetos a quienes van dirigidas. En esta versión se produce una identificación entre validez y eficacia de modo que las normas son válidas si hay una adecuación entre lo que ellas prescriben y la conducta efectiva de los miembros de un determinado grupo social o, bien, si a la contravención de las normas le sigue una reacción desfavorable —esto es, en forma de sanción— por parte de los sujetos que aplican el Derecho. De ello se deduce que la validez no es, en ningún caso, una cualidad de las normas que pueda predicarse *a priori*. Entre los defensores de esta tesis podría citarse como autor más representativo a Ross. Para él, «en términos generales la existencia (validez) de una norma es lo mismo que su eficacia. Afirmar que una regla o sistema de reglas existe es lo mismo que afirmar la ocurrencia de un complejo de hechos sociales, entendiendo “hechos sociales” en un sentido amplio que incluye también condiciones psicológicas. Así, el término validez, en esta conexión, nada tiene que ver con ningún enunciado normativo de un deber de obediencia al Derecho, en el sentido moral de la palabra. Esta idea, característica del pensamiento iusnaturalista y cuasipositivista no tiene cabida en una teoría del Derecho basada en principios empiristas»¹⁵.

La significación de la validez se reduce aquí a un conjunto de hechos sociales; sólo a través de los mismos es posible identificar el fenómeno jurídico y por eso se afirma que la noción de Kelsen no deja de ser una idea metafísica que poco o nada tiene que ver con la realidad. Las normas jurídicas sólo tienen sentido si lo que prescriben sucede realmente en los hechos y como tal acontecimiento tiene lugar en el momento de la aplicación, sólo entonces podrá determinarse si una concreta norma es una regla válida. Esta es la idea que fue insistentemente repetida por Ross: «en contra de las ideas generalmente aceptadas es necesario insistir en que el derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares. Por lo tanto, para hallar los hechos que condicionan la vigencia

15. Ross, A., «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», en *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, trad. de G. R. Carrió y O. Paschero, p. 27;

de las normas debemos atender exclusivamente a la aplicación judicial del derecho, y no al derecho en acción entre los individuos particulares»¹⁶.

A tenor de lo expuesto no resulta difícil saber dónde sitúan el fundamento de la validez todas estas doctrinas. Tal fundamento sólo puede encontrarse en los hechos lo cual quiere decir que la validez es una cualidad sobrevenida que se constata siempre en un momento posterior al de la creación de la norma. En este sentido, lo único que se podría hacer son predicciones acerca de lo que harán los tribunales respecto de una determinada norma pero sin que en ningún caso se tenga certeza absoluta de que tal norma será aplicada. Se observará que las dos preguntas fundamentales¹⁷ acerca de la validez (¿qué significa validez? y ¿qué fundamenta la validez?) son respondidas permaneciendo en la esfera fáctica. Al igual que sucedía con Kelsen se pretende de este modo, aunque por un camino distinto, conseguir la coherencia interna de la tesis sostenida.

Para concluir con esta apretada exposición sólo nos queda referirnos a las concepciones axiológicas. Con carácter general puede afirmarse que en este tipo de doctrinas la cuestión fundamental es responder a la pregunta relativa al fundamento de la validez, esto es, ¿por qué valen las normas jurídicas? Por el contrario, nada se dice —al menos de un modo directo— sobre la significación de la validez ya que ésta depende, en mayor o menor medida, de la respuesta que se dé sobre el fundamento. Ello quiere decir que en estas doctrinas se invierte el orden por cuanto la significación del término validez adquiere un carácter derivado o secundario.

La afirmación de que las normas son válidas depende enteramente del contenido de las mismas. Si tal contenido se ajusta a una determinada concepción de la justicia puede afirmarse que el Derecho es válido, que existe, o lo que es lo mismo que tiene fuerza vinculante para obligar a los sujetos a los que va dirigido. En caso contrario, si no se produce esta coincidencia de contenido, se decreta la invalidez del Derecho o de las normas que no realizan la idea de justicia. Probablemente, es la doctrina iusnaturalista, al menos en su versión tradicional o clásica, la que ha mantenido esta posición. Según dicha doctrina los Derechos positivos están subordinados ontológicamente al Derecho natural de manera que su propia existencia (validez) depende de su concordancia con dicho Derecho natural o, dicho con otras palabras, la validez del Derecho positivo deriva del Derecho natural que es considerado como el verdadero y auténtico Derecho. En esta tercera corriente se identifica la validez con la legitimidad o justificación de las normas y, en definitiva, se reduce la validez jurídica al problema de la justicia o injusticia de las normas pero con una consecuencia importante que no apa-

16. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1977 (4ª ed.), tr. G. R. Carriz, p. 35.

17. HENKEL ha afirmado con razón que la respuesta a estas dos preguntas es decisiva para la noción de validez, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Munich-Berlín, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1964, P. 439.

rece en otras concepciones: la negación de la existencia de toda norma o Derecho cuyo contenido no sea coincidente con el del Derecho natural.

Acabo de hacer sucinta descripción de las diferentes significaciones que se han atribuido al término validez con la esperanza de no haber simplificado en exceso. De cualquier modo, antes de exponer mi posición es necesario hacer una análisis crítico de estas tres concepciones. A través de esta crítica se podrá ir vislumbrando cuál es la noción de validez que finalmente se formulará. Por razones de oportunidad procederemos de un modo inverso comenzando por las concepciones axiológicas.

Tales concepciones no resuelven satisfactoriamente el problema de la validez jurídica porque no responden a las dos preguntas básicas sobre el tema. Ya se ha dicho que lo decisivo en esta concepción es buscar el fundamento de la validez de modo que la significación tiene un carácter secundario. Parece que afirmar que sólo el Derecho justo es el Derecho válido (existente) no resuelve el problema por varias razones. En primer lugar, porque la determinación de lo que es Derecho justo resulta, si no imposible, si al menos bastante difícil. Además, no hay que olvidar que las estimaciones sobre lo que es justo o injusto cambian en razón de las circunstancias históricas. En segundo lugar, se plantea el problema de quién es el sujeto o los sujetos que determinan la justicia de un determinado ordenamiento jurídico y, sobre todo, en base a qué criterios. Y, por último, aunque todo esto no fuera suficiente, hay que decir que esta doctrina se aparta deliberadamente de la realidad y, en este sentido, es una visión idealista. En definitiva, se enfoca la cuestión desde una óptica errónea ya que la justificación o legitimidad de las normas no es algo que afecte a su validez en el sentido de existencia. No cabe duda que la justificación del Derecho tiene una gran importancia pues a través del mismo se deciden problemas que afectan directamente a la existencia humana y, por ello, es preciso preguntarse acerca del contenido de las normas jurídicas pero sin que tal pregunta condicione, en modo alguno, la propia existencia del Derecho.

Las concepciones fácticas responden adecuadamente a la pregunta sobre el fundamento de la validez. Sin embargo, la atribución de significado del término validez es incorrecta. Digo que la fundamentación es adecuada porque considero que, efectivamente, en último término, la validez de las normas jurídicas descansa o se apoya en un puro hecho: el Poder. Sin embargo, la significación del término validez no esta referida a los hechos, sino exclusivamente a las normas. Ross dice que afirmar que una norma es válida antes de que ella sea aplicada es recurrir a una idea metafísica que, por tanto, no tiene ninguna conexión con la «realidad», pero no hay que olvidar que las normas tienen siempre una existencia previa a su aplicación. En última instancia, son el producto de una serie de actos humanos y son creadas con la pretensión de encauzar o modificar determinados comportamientos. Desde esta perspectiva, podría decirse que pertenecen al mundo «real» aunque tengan un modo peculiar de existir. El hecho de que lo que ellas disponen sea o

no realizado en la práctica, bien de un modo espontáneo o a través de la aplicación judicial del Derecho, no afecta para nada a su específica existencia. En conclusión, creo que no se puede identificar validez y eficacia pues procediendo de este modo sólo se crea confusión en lugar de aclarar las cosas.

Solamente nos queda por analizar la posición de Kelsen. Este autor ha sido uno de los que ha tratado el tema de la validez con más detenimiento y quizás, por esta razón, su doctrina ha sido la más criticada¹⁸. A mi juicio, la doctrina de Kelsen acierta en el significado de la validez pero falla en su fundamento. La validez es una propiedad de las normas y, por consiguiente, nunca puede estar referida a los hechos. Las normas valen porque forman parte de un determinado sistema jurídico, más concretamente porque han sido creadas siguiendo un determinado procedimiento establecido por otras normas. La estructura de las normas jurídicas es una estructura de «deber ser»; ellas nos dicen simplemente que determinadas conductas deben ser realizadas y si ello no sucede se establece una sanción o, mejor dicho, se dispone que «debe» ser impuesta una sanción. La descripción de comportamientos que realizan las normas y, eventualmente, las consecuencias previstas para el caso de una conducta contraria no significa necesariamente que todo ello tenga que suceder en los hechos. Por eso Kelsen tiene razón cuando dice que las normas son válidas antes de ser aplicadas. Podría decirse, con razón, que la pretensión de las normas o del Derecho con carácter general es influir en los comportamientos de los seres humanos de forma que lo que en ellas se dispone tenga, después, un reflejo directo en los hechos y en los comportamientos «reales». Parece que esto es indiscutible pero creo que también podría aceptarse sin discusión que este tránsito desde el «deber ser» al «ser» tiene lugar en un momento superior al de la creación de la norma, y por este motivo, no determina su propia existencia.

Hasta aquí la doctrina de Kelsen es impecable. El fallo se produce en el fundamento último de la validez porque se apela a una norma ficticia. La validez de una norma debe descansar siempre en una norma superior pero como la cadena no puede seguir hasta el infinito habrá que encontrar un punto final. La construcción de la *Grundnorm* es un recurso para evitar el paso del «deber ser» al «ser». Con ello Kelsen pretende conservar la pu-

18. Una visión crítica de la doctrina de Kelsen puede verse, entre otros, en los siguientes trabajos: EISENMANN, Ch., «Sur la théorie kelsenienne du domaine de validité des normes juridiques», en *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, University of Tennessee Press, 1964, p. 59 y ss. TELBALDESCHI, I., «Validità ed efficacia della norma giuridica», en *La norma giuridica*, Milán, Guiffré, 1960, p. 293 y ss. KÜHNE, D., «Die Grundnorm als inhaltlicher Geltungsgrund der Rechtsordnung», *Rechtstheorie*, 1984 (Beiheft 5), p. 193 y ss. DARMSTAEDTER, F., «Rechtslogismus und Rechtssoziologie in ihrer Stellung zum Problem der Rechtsgeltung», *Archiv für Rechts — und Wirtschaftsphilosophie*, 1926/27, p. 103 y ss. GIORGIANI, V., «Il fondamento della validità del diritto nella teoria generale del Kelsen», *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1962, p. 102 y ss. VERNENGO, R. J., «Validez y verdad en la Teoría general de las normas de Hans Kelsen», ya citado.

reza de su doctrina y sobre todo —al menos, ese es su deseo— la coherencia. Ahora bien, me parece que si se afirma que el fundamento último de las normas (aunque ellas sean expresión de un «deber ser») se encuentra en el hecho del Poder no se produce ninguna incoherencia, es más, creo que es la única explicación razonable.

Esbozaré, finalmente, algunas breves conclusiones. A tenor de lo que decía al principio creo que sólo hay un concepto de validez. Decir que las normas son válidas es lo mismo que afirmar que ellas existen, pero su existencia no depende, en modo alguno, de su eficacia. En este punto, aunque Kelsen distinguió claramente entre validez y eficacia tuvo que hacer algunas concesiones en el sentido de considerar a la eficacia como condición de validez. Sin embargo, me parece que llegar a esta conclusión no es necesario y, por consiguiente, es posible afirmar que la validez (existencia) de una norma subsiste con total independencia de su eficacia. Veamos qué es lo que dice Kelsen: «una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúe en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que —como se suele decir— no alcanza cierto grado de eficacia no es considerada como una norma jurídica válida»¹⁹. Pues bien, yo iría mucho más lejos que Kelsen: una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida es una norma jurídica válida si ha sido creada de acuerdo con el procedimiento establecido y por el órgano competente. Si esta norma no es eficaz (no se aplica nunca) dejará de ser válida pero, en cualquier caso, siempre podría decirse que durante un período de tiempo existió. Obviamente, las normas jurídicas pueden dejar de ser válidas por diversos motivos pero lo que aquí se discute es si inicialmente una norma que nunca se aplicó puede ser considerada válida. A mi juicio, la repuesta ha de ser afirmativa. Un ejemplo servirá para explicar mi posición. Pensemos en la construcción de una carretera. Una vez finalizada se decide no abrirla al tráfico por determinados motivos de modo que la carretera no se utilizará nunca y con el transcurso del tiempo empieza a deteriorarse hasta que llega un momento en el cual se hace completamente inservible. Evidentemente, la carretera no cumplió la finalidad para la que fue construida pero nadie al que se le preguntase diría que eso no es una carretera o como mucho diría que algo que fue una carretera ha dejado de serlo por determinadas circunstancias. Pues bien, lo mismo sucede con una norma jurídica que nunca se aplicó. Ella existe en un momento determinado; si luego nunca se aplica ni se obedece podrá decirse que ha dejado de ser válida pero no que nunca existió.

Desde este punto de vista, considero que la validez no tiene ninguna relación con la eficacia ni tampoco con la legitimidad. Puesto que existen tres términos diferentes parece prudente utilizarlos adecuadamente distinguiendo tres problemas que pueden y deben tener un tratamiento separado.

19. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 24.