

Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica*

Por PATRICIA CUENCA GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Este trabajo pretende analizar críticamente las dos tesis que, tradicionalmente, suelen ser atribuidas al iuspositivismo en relación con la cuestión de la naturaleza de los criterios de validez jurídica: i) la tesis que afirma la exclusividad de los criterios formales de validez y ii) la tesis que sostiene la superioridad de este tipo de criterios. Frente a esta visión, se intentará justificar la posibilidad, por parte del positivismo jurídico, de concebir el Derecho como un sistema mixto, esto es, como un orden normativo en el que la validez de sus componentes depende conjuntamente de criterios formales y de criterios materiales. La idea de sistema mixto supone adoptar un planteamiento alternativo respecto de la posición que, en torno a este problema, manejan tanto el positivismo jurídico excluyente como el positivismo jurídico incluyente.

Palabras clave: criterios de validez jurídica, sistema normativo mixto, positivismo jurídico, positivismo incluyente, positivismo excluyente.

ABSTRACT

This paper looks critically into two notions, traditionally attributed to legal positivism: (i) the exclusivity and (ii) the superiority of formal criteria

* Quisiera agradecer a Rafael de Asís, Javier Ansuátegui, María del Carmen Barranco, Miguel Ángel Ramiro y Roberto Jiménez que, a pesar de no tenerlo, hayan sacado tiempo para leer este trabajo.

to determine the validity of legal rules. This paper faces up both notions conceiving Law as a mixed system, that is to say, a normative system in which the validity of their elements depends jointly on formal and material criteria. The notion of mixed system means to adopt an alternative approach with respect to both exclusive legal positivism and inclusive legal positivism approaches.

Key words: *criteria of legal validity, mixed normative system, legal positivism, inclusive legal positivism, exclusive legal positivism.*

SUMARIO: I. LA TESIS DE LA EXCLUSIVIDAD DE LOS CRITERIOS FORMALES DE VALIDEZ.—II. LA TESIS DE LA SUPERIORIDAD DE LOS CRITERIOS FORMALES DE VALIDEZ.

El problema de la validez jurídica, y, dentro él, la toma de posición acerca de qué criterios permiten identificar las normas jurídicas válidas ha enfrentado tradicionalmente a los teóricos del Derecho y ha servido para encuadrarles en las diferentes escuelas¹. En este ámbito el iuspositivismo ha venido siendo caracterizado como una concepción que sostiene que los criterios determinantes de la validez jurídica son de índole exclusivamente formal o, cuando menos, que defiende la primacía de este tipo de criterios. Sin embargo, en los últimos años, y en gran medida con la pretensión de mantener su virtualidad explicativa en las nuevas coordenadas del Derecho del constitucionalismo, han comenzado a proliferar planteamientos que cuestionan esta caracterización, afirmando la capacidad del positivismo para asumir la importancia central que en el escenario del Estado constitucional parecen adquirir los criterios de validez de naturaleza material.

En la actualidad, esta cuestión se relaciona con la discusión acerca de la posibilidad por parte del iuspositivismo de concebir el Derecho como un sistema normativo mixto²; denominación que tiene su origen en la distinción propuesta por Kelsen entre los sistemas normativos estáticos y los sistemas normativos dinámicos³. Según la interpreta-

¹ ASÍS ROIG, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 33. Aunque el problema de la validez jurídica es mucho más complejo en este trabajo me ocuparé sólo de la cuestión de los criterios de validez de las normas individualmente consideradas.

² ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., «Positivismo jurídico y sistemas mixtos» en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp. 601-622 y ASÍS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 119 ss.

³ Vid. sobre esta distinción KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, Buenos Aires, Porruá, 7.ª ed., 1993, pp. 201 ss. y *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, México, UNAM, 1995, pp. 129 y ss. Vid. también trabajos recogidos en Gianformaggio, L. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, Giappichelli, 1991.

ción más difundida de esta tipología, en los primeros la validez normativa estaría en función de criterios estrictamente materiales; mientras que en los segundos la validez de las normas dependería de parámetros únicamente formales. A tenor de esta lectura, la definición kelseniana del sistema jurídico como un orden normativo de tipo dinámico, calificación que ha pasado a ser un lugar común entre los teóricos del Derecho de impronta positivista, conllevaría la irrelevancia de los contenidos materiales de las normas en la determinación de la validez jurídica. Frente a esta visión, afirmar la naturaleza mixta del sistema jurídico implica sostener que comparte los rasgos de los sistemas estáticos y dinámicos, esto es, que la validez de las normas jurídicas depende conjuntamente del cumplimiento de determinadas exigencias formales y de determinadas exigencias materiales⁴.

Pues bien, en el presente trabajo intentaré defender la configuración mixta de los sistemas jurídicos –cabe precisar, de cualquier sistema jurídico y no sólo de los órdenes jurídicos constitucionales– en términos que creo resultan plenamente compatibles con los rasgos que suelen considerarse definitorios del iuspositivismo⁵. En todo caso, antes de emprender esta tarea, procede realizar algunas consideraciones preliminares que contribuyen a precisar las pretensiones y el sentido de este estudio.

En primer lugar, conviene tener presente que, la admisión, o no, de un criterio de validez material constituye, también, el centro de la polémica que enfrenta al denominado positivismo incluyente y al calificado como positivismo excluyente⁶. Como intentaré justificar, la idea de sistema mixto que se defenderá en estas páginas se presenta como un planteamiento alternativo respecto de la posición que, en

⁴ Me he ocupado de analizar con detalle la idea de sistema mixto en mi trabajo CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid, Dykinson, 2008.

⁵ De esta forma, la imposibilidad por parte del positivismo de asumir la concepción mixta del sistema jurídico pondría en tela de juicio su capacidad para explicar el funcionamiento de cualquier orden jurídico y no sólo para dar cuenta de la realidad de los sistemas constitucionales.

⁶ Como es sabido, el llamado positivismo incluyente tiene su origen en la respuesta que Hart, H. L. A., –en el *Postscript* que incorpora la segunda edición inglesa del *Concepto de Derecho* [hay trad. castellana en Rodríguez, C., (ed.) *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 15-88]– ofrece a las críticas que Dworkin formula a su teoría positivista del Derecho. En su réplica Hart concede a Dworkin que, de manera contingente, la validez jurídica puede venir determinada no sólo por criterios formales, que hacen referencia al origen o *pedegree* de las normas jurídicas, sino también por criterios materiales, que aluden a la adecuación de su contenido con determinados principios morales. Hart adopta toda una serie de precauciones para hacer esta concesión conciliable con las tesis básicas del positivismo jurídico que no siempre son respetadas por las propuestas incluyentes desarrolladas a partir de su *soft positivism*. Frente a esta visión, los autores que defienden la concepción que se ha dado en llamar positivismo excluyente rechazarían la operatividad de criterios materiales de validez jurídica, afirmando la exclusividad de los criterios formales.

torno al problema de la identificación de las normas jurídicas válidas, adoptan ambas versiones del positivismo. En este sentido, aunque este debate no será analizado en profundidad, a lo largo de la reflexión se irán señalando las diferencias que la concepción del Derecho como sistema mixto aquí asumida mantiene con la versión incluyente, en lo que se refiere a la comprensión del sentido de los criterios materiales de validez; y se rebatirán los argumentos en los que la versión excluyente basa su negativa a admitir este tipo de criterios, en la medida en que puedan extenderse a la concepción manejada en estas páginas.

En segundo lugar, considero esencial poner de relieve que la defensa de la configuración mixta del sistema jurídico se abordará desde un planteamiento positivista apoyado en dos referentes básicos, que no poseen, o mejor, que no tienen por qué poseer un significado moral y que son asumidos también por las concepciones positivistas con las que se entrará en discusión en este trabajo: el referente sistemático y el referente funcional⁷. La comprensión del fenómeno jurídico en términos de sistema implica, entre otras cosas, asumir una determinada teoría de la validez –y descartar, por tanto, otras teorías alternativas, como la teoría fáctica y la teoría axiológica– que afirma que una norma jurídica es válida cuando ha sido creada de conformidad con los criterios de pertenencia establecidos en otras normas superiores del sistema⁸. En relación con esa idea de validez, que encuentra en Kelsen a su principal referente, y que ha pasado a ser el significado comúnmente aceptado de esta noción en el ámbito del positivismo sistemático, se intentará probar la importancia de los criterios materiales. Por su parte,

⁷ Aunque no puedo detenerme en la justificación de esta idea, considero que se trata de dos aspectos que definen al positivismo jurídico entendido como un planteamiento teórico diferenciado de las concepciones realistas más radicales, que no serían sistemáticas, sino decisionistas (Vid. sobre la diferencia entre estas concepciones WRÓBLEWSKI, J., «Dilemmas of the Normativistic Concept of Legal System», *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 1984, pp. 319-333, p. 321) y que, prescindiendo o, al menos, menospreciando la función de guía de conducta, contemplarían el Derecho, sobre todo, como «un medio solucionador de conflictos» concretos, HIERRO PESCADOR, L., *El realismo jurídico escandinavo, Una teoría empirista del Derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1981, pp. 103 y 104. De cualquier forma, no pretendo negar que, en un sentido «amplio» o en un sentido «mínimo» también el realismo puede ser considerado un planteamiento positivista, Vid. BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993, p. 154 y BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo del positivismo jurídico» en Zapatero, V (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2002, pp. 33-54.

⁸ Según la teoría fáctica, identificada con planteamientos realistas radicales, la validez de una norma depende de su eficacia. En virtud de la teoría axiológica propia de aproximaciones iusnaturalistas, la validez de una norma depende de su adecuación a normas y principios extrasistemáticos que adquieren este papel en virtud de su calidad moral, Vid. sobre la distinción entre teorías sistemáticas, fácticas y axiológicas, WRÓBLEWSKI, J., «Tre concetti di validità», *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 36, 1982, pp. 584-595 y con una terminología un tanto diversa CONTE, A., «Studio per una teoria della validità», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 47, 1970, pp. 331-354.

el referente funcional implica entender que la función inherente del Derecho como fenómeno normativo consiste en el control social, esto es, en la regulación de los comportamientos humanos en sociedad, y exige su aptitud para desempeñar esta tarea con una mínima garantía de éxito.

Desde estos parámetros se analizarán críticamente las dos tesis que –como se dijo al comienzo– suelen entenderse como definitorias de la posición que el iuspositivismo adopta en torno al problema de la validez jurídica, en aras de demostrar que la mejor explicación del funcionamiento de los sistemas jurídicos es aquella que considera que en la determinación de la validez de sus normas adquieren relevancia no sólo criterios formales, o dinámicos, sino también criterios materiales, o estáticos, y que se trata, además, de una explicación perfectamente conciliable con una concepción positivista del fenómeno jurídico.

I. LA TESIS DE LA EXCLUSIVIDAD DE LOS CRITERIOS FORMALES DE VALIDEZ

Según se señaló antes, es común considerar la caracterización del sistema jurídico como un orden normativo de tipo dinámico, propuesta por Kelsen, como exponente de la asunción de una concepción de la validez jurídica exclusivamente formal. A la luz de esta interpretación, apoyada en lo que puede calificarse como la «visión canónica» de la tipología de sistemas normativos kelseniana, en un sistema estático la validez de las normas depende exclusivamente de que puedan ser justificadas *materialmente* sobre la base de que su contenido se deduce del contenido de una norma superior y, en última instancia, del contenido de la norma fundamental. En cambio, en un sistema dinámico una norma será válida si ha sido creada de la *forma* establecida por una norma superior, por una voluntad autorizada y a través del procedimiento arbitrado al efecto, y, en última instancia, de la *forma* establecida por la norma fundante básica. Desde esta óptica, la adscripción que realiza Kelsen de la moral al tipo estático y del sistema jurídico al tipo dinámico implicaría, ciertamente, manejar una imagen del Derecho como un entramado de delegaciones de poder puramente formales, en el que no existe ninguna relación de condicionamiento de contenido de las normas inferiores por las normas superiores susceptible de incidir en la validez de las primeras⁹.

⁹ GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 23. Vid. también DELGADO PINTO, J., «El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico», *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Cortés Grau*, Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, 1977, pp. 175-208, p. 201.

El calificado como positivismo «excluyente» parece adherirse a esta comprensión estrictamente formal de la validez jurídica¹⁰. En efecto, en línea de principio, lo que los defensores de este planteamiento parecen «excluir», frente a la tesis que se imputa a la versión incluyente, es que la validez de las normas jurídicas pueda estar condicionada al respeto de un criterio material entendido en términos de corrección moral¹¹, al considerar esta afirmación incompatible con las tesis básicas del positivismo jurídico e incapaz de describir adecuadamente la realidad del funcionamiento de los sistemas jurídicos. Así interpretada, como enseguida se comprobará, la versión excluyente podría admitir la visión que acerca de los criterios materiales de validez se maneja en estas páginas. Sin embargo, en su crítica al positivismo incluyente, el positivismo excluyente –que se reivindica como el positivismo genuino o el positivismo a secas– afirma que la validez de las normas jurídicas no depende de «nada más» que de criterios formales, esto es, de criterios que tienen que ver únicamente con su forma de producción, con quién las ha emitido y cómo se han dictado, y no con su contenido¹². De esta forma, el planteamiento excluyente parece presuponer la existencia de un compromiso necesario entre el positivismo jurídico y la afirmación de la exclusividad de los criterios de validez formal o, dicho de otro modo, entre la consideración del Derecho como un sistema puramente dinámico y su comprensión en clave positivista.

En efecto, una interpretación rigurosa de la tipología de sistemas normativos kelseniana revela que esta dicotomía no sirve tanto para diferenciar los órdenes jurídicos y morales como para distinguir dos concepciones de lo jurídico secularmente enfrentadas: el positivismo y el iusnaturalismo¹³. Vistas así las cosas, la preferencia por el tipo

¹⁰ MORESO, J. J. y VILAJONOSA, J. M., *Introducción al Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1994, p. 197, nota 6 mencionan a Kelsen entre los representantes del positivismo excluyente.

¹¹ Sostienen que el criterio material que «incorporan» los incluyentes consiste en la adecuación de las normas a la moral correcta, entre otros, BAYÓN, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia» en Navarro, P. E. y Redondo, C., (comps.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de Filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 57-92, pp. 72 y 72; ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004, p. 250 y JIMÉNEZ CANO, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 226 y ss.

¹² Idem, p. 232 y ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXII, 2005, pp. 397-414, p. 399.

¹³ En su escrito «Natural Law Doctrine and Legal Positivism» incluido como apéndice a la segunda edición de su *General Theory of Law and State*, trad. de A. Wedberg, Harvard University Press, Cambridge, 1949, p. 400, categóricamente afirma Kelsen que «la distinción entre el principio estático y el principio dinámico da cuenta de la diferencia entre el Derecho natural y el Derecho positivo». De cualquier forma, este significado de la dicotomía sistemas normativos estáticos/sistemas normativos dinámicos está implícita también en la *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 231 y 232 y en la *Teoría General del Derecho y el Estado*, cit., p.134. Vid. esta interpreta-

dinámico expresa la opción por un modo positivista de ver la realidad jurídica y, por ende, un rechazo al modelo iusnaturalista. En este sentido, el carácter dinámico del sistema jurídico aparece vinculado con tres rasgos básicos que suponen la traducción a los términos específicos del discurso kelseniano de otras tantas tesis centrales del positivismo jurídico. Ninguna de estas manifestaciones de la dinamicidad, ni las tesis positivistas que traducen, exige describir el Derecho como un orden normativo puramente dinámico. Eso sí dichos presupuestos, y tales tesis, delimitan las razones y el alcance de la relevancia de los contenidos materiales de las normas en la cuestión de la validez jurídica en el marco de una aproximación positivista al fenómeno jurídico. Este marco, como denuncia la versión excluyente, parece ser rebasado por el papel que la versión incluyente concede a los criterios materiales de validez.

En primer lugar, la dinamicidad del orden jurídico se relaciona en la teoría de Kelsen con el carácter estrictamente formal de la norma fundamental, consecuencia directa de la asunción de la tesis positivista que defiende la separación conceptual entre el Derecho y la moral¹⁴. La naturaleza formal de la norma fundamental permite admitir la validez de cualquier orden jurídico eficaz, independientemente de la bondad moral de sus contenidos –y, cabe añadir, independientemente también de la calidad moral de las autoridades habilitadas para producir normas y de los procedimientos establecidos para su creación– y le impide ofrecer un patrón de valoración o de justificación ético-política al Derecho positivo, cumpliendo escrupulosamente con la exigencia de neutralidad axiológica del conocimiento científico¹⁵. Ninguna de estas afirmaciones, que, a mi modo de ver, sintetizan la esencia de la tesis de la separación, resulta incompatible con la presencia de criterios materiales de validez en el sistema jurídico¹⁶. En efecto, la tesis de la separación debe ser entendida en términos de independencia del Derecho respecto de la moral correcta y no respecto de cualquier moral¹⁷, o, dicho de otro modo, en términos de conexión aleatoria y no de conexión cierta¹⁸. Ello

ción en LUZZATI, C., «Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen», en Gianformaggio, L. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici*, cit., pp. 165-202. p. 169 y Bobbio, N., «Le fonti del diritto in Kelsen» en Bobbio, N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 91-101.

¹⁴ Vid, por ejemplo, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 228.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Vid. sobre el carácter complejo de esta tesis BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo...», cit., pp. 35 ss.

¹⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, p. 614.

¹⁸ ASÍS ROIG, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 27 emplea el adjetivo «aleatoria» enfrentado a «cierta» para expresar la idea de que todo Derecho incorpora contenidos de moralidad, si bien éstos pueden ser cualesquiera, incluso contenidos que no merezcan la consideración de moralmente valiosos, y no unos contenidos determinados. Por el contrario, emplear el término contingente enfrentado a necesario, puede dar la impresión de que es posible aludir a un Derecho «que no incorpore contenido alguno de moralidad (sea éste el

supone la imposibilidad de identificar de manera general y previa unos contenidos materiales concretos que por su plausibilidad moral necesariamente tengan que respetar las normas jurídicas como condición de validez, pero no exige negar la evidencia de que todo sistema jurídico expresa un cierto punto de vista sobre la justicia¹⁹, el que sea, y, por tanto, incorporará unos contenidos sustantivos, los que elija discrecionalmente la suprema autoridad normativa; ni implica rechazar que tales contenidos puedan incidir en la validez de las decisiones de las autoridades subordinadas²⁰. Igualmente habría que matizar que también los criterios formales expresan un punto de vista moral en términos de legitimidad, el que sea, y que su relevancia en la identificación de las normas jurídicas válidas tampoco depende del mérito de esa opción; matización cuya necesidad resulta siempre mucho menos evidente, lo que, me temo, tiene mucho que ver con la aceptación no problemática de este tipo de criterios por parte del positivismo jurídico.

En segundo lugar, la preferencia kelseniana por una visión dinámica de la normatividad supone que las normas jurídicas tienen su origen en hechos empíricamente verificables, en actos de voluntad humana, esto es, son normas positivas²¹. También la norma fundamental –única norma que no puede ser relacionada con los hechos en el sentido anteriormente indicado, al no ser una norma puesta, sino una norma presupuesta– se reconduce a la realidad empírica, en tanto su formulación está condicionada a la eficacia general del orden jurídico²². Así, esta segunda manifestación la tesis de la dinamicidad coincidiría con la tesis de las fuentes sociales del Derecho. En este sentido, la distinción kelseniana sistemas normativos estáticos/sistemas normativos dinámicos expresaría la contraposición entre el Derecho como *dato*, que el hombre tiene que descubrir y deducir a través de la razón y el Derecho como *productum* humano y encarna la vieja dialéctica entre voluntad y razón a la que se recurre tradicionalmente para caracterizar al positivismo y al iusnaturalismo²³.

que sea)». La insistencia en el carácter contingente de la incorporación de contenidos morales por parte de los positivistas incluyentes es, a mi juicio, un indicio de la corrección moral que, según antes se indicó, atribuyen a tales contenidos.

¹⁹ El positivismo excluyente parece no negar esta afirmación, JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 198.

²⁰ LEGAZ y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 295.

²¹ Vid. por ejemplo KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 206 y «Los juicios de valor en la ciencia del derecho» en KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, trad. y edición a cargo de A. Casamiglia, Barcelona, Ariel, 2.ª ed., 1992, pp. 126-151, pp. 145 y 146.

²² Por tanto, la formulación de la norma básica depende también de –y sólo de– un hecho «objetivamente verificable»: la efectividad general del sistema jurídico, *ídem*, p. 146.

²³ BOBBIO, N., «Le fonti del diritto in Kelsen», *cit.*, p. 92, y DENNINGER, E., «Sul rapporto tra diritti dell'uomo e diritto positivo» en *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cura di C. Roehrsen, Roma, Instituto della Enciclopedia italiana, 1983, pp. 121-134, p.122.

En relación con la anterior reflexión, considero necesario realizar dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, interesa aclarar que, aunque, ciertamente, existe una importante relación entre el positivismo, el carácter dinámico del sistema jurídico, la primacía de la voluntad y los criterios de validez formal y, a la inversa, entre el iusnaturalismo, el carácter estático del sistema jurídico, la primacía de la razón y los criterios de validez material²⁴, esta relación no puede entenderse en términos absolutos y excluyentes. A pesar de la importancia que concede al elemento volitivo, el positivismo jurídico no contempla el fenómeno jurídico en términos totalmente voluntaristas (o, si se prefiere, no reduce el Derecho a hechos sociales brutos) introduciendo ciertas dimensiones de racionalidad que limitan el ejercicio de la voluntad jurídica²⁵ (o, si se quiere, los hechos sociales que cuentan como jurídicos). Como enseguida se comprobará, la presencia de criterios formales de validez es ya expresión de esta limitación racional. En segundo lugar, y sin perjuicio de que se vuelva con posterioridad sobre esta cuestión, importa señalar que la admisión de criterios materiales de validez —exponente de la dimensión sustantiva de esta limitación— no tiene por qué enfrentarse a la tesis del origen de las normas en actos de voluntad o en fuentes sociales siempre y cuando se afirme que los contenidos relevantes a estos efectos son exclusivamente aquellos integrados en el sistema por mediación de la voluntad de la autoridad competente (o, en otros términos, de la fuente social pertinente) y, en última instancia, aquellos que resulten eficaces (o, en otras palabras, aquellos sobre los que converja una práctica común de seguimiento). De este modo, la concepción manejada en estas páginas asumiría una versión fuerte, aunque como se verá después, filtrada y matizada, de la tesis de las fuentes²⁶.

El análisis de estas dos tesis pone de relieve que una explicación positivista de la presencia y operatividad en el sistema jurídico de criterios de validez de naturaleza material tiene que afirmar que esos criterios no valen por sí mismos, sino por haber sido juridificados; y que su influencia en la determinación de la validez jurídica tampoco depende del juicio que nos merezca la opción moral que traducen,

²⁴ Así ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 48.

²⁵ Ídem, p. 37, nota 8. De esta forma, se afirmaría que el Derecho no se reduce a hechos sociales o a actos de voluntad, visión que sería manejada por el realismo, sino que *superviene* a hechos sociales o a actos de voluntad, Vid. BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo...», cit., p. 48.

²⁶ La versión fuerte, manejada los excluyentes, afirma que la validez jurídica depende únicamente de hechos sociales (RAZ, J., *La autoridad del Derecho*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982, pp. 58 y 67); mientras que la versión débil, asumida por los incluyentes, sostiene que, si bien el fundamento de los criterios de validez consiste en un hecho social, los criterios en sí pueden consistir en hechos sociales o en principios morales (COLEMAN, J. L., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2001, pp. 107 ss.). Sobre estas versiones BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo...», cit., pp. 46-48, y JIMÉNEZ, R. M., *op. cit.*, p. 191.

sino «lisa y llanamente» de su incorporación en normas superiores²⁷. Asumiendo esta explicación, la concepción del Derecho como sistema mixto defendida en estas páginas, a diferencia del positivismo excluyente, considera que el contenido de las normas es un dato relevante en la identificación de las normas jurídicas válidas; pero, a diferencia de la versión incluyente, entiende como un dato irrelevante la valoración moral de dicho contenido²⁸.

En tercer lugar, Kelsen identifica la condición dinámica del sistema jurídico con la capacidad que atribuye al Derecho para regular su propia producción²⁹. De nuevo en este contexto, la condición dinámica se considera expresión de la visión del sistema jurídico específicamente asumida por el positivismo, frente a la comprensión de la idea de sistema propia del iusnaturalismo. Así, se afirma que ambas teorías reconstruyen en términos diferentes la unidad del sistema: para el iusnaturalismo «se trata de una unidad *sustancial* o *material* que afecta al *contenido* de las normas» mientras que, para el positivismo, «se trata de una unidad *formal* que afecta al *modo* en el que las normas han sido establecidas»³⁰.

Pues bien, la tesis de la «autorregulación» es exponente del carácter institucionalizado del orden jurídico³¹ que, en las coordenadas teóricas del positivismo jurídico, suele considerarse el rasgo central que singulariza al Derecho frente a otros fenómenos normativos³². Así,

²⁷ ASÍS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 124. Algunos planteamientos incluyentes parecen no asumir esta explicación al considerar que ciertos principios morales son válidos y condicionan la validez jurídica por su propia corrección moral, lo que implicaría manejar una teoría axiológica de la validez. La consideración de que tales principios valen *proprio vigore* supone apartarse de las precauciones tomadas por HART, H. L. A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, *Sistema*, núm. 36, pp. 3-18, p. 7 y acercarse en exceso a Dworkin. Vid. JIMÉNEZ CANO, R. M., *op.cit.*, p. 193, y ESCUDERO ALDAY, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas» en *El positivismo jurídico a examen*, cit., pp. 303-319, p. 315.

²⁸ Considera irrelevantes ambos datos, ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo...», cit., p. 401.

²⁹ KELSEN, H., «El derecho como técnica social específica» en KELSEN, H., *¿Qué es Justicia?*, cit., pp. 152-182, p. 169. La vinculación de este rasgo con la dinamicidad del orden jurídico ha sido especialmente recalcada por la literatura secundaria. Vid., entre otros, NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 9.ª ed., 1999, p. 107, y BOBBIO, N., «Le fonti del diritto in Kelsen», cit., pp. 91-101. Esta tercera tesis implica adoptar una concepción sistemática de lo jurídico, mientras que las dos anteriores son susceptibles de ser asumidas por concepciones asistemáticas e incluso antisistemáticas.

³⁰ BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, cit., p. 203. Según Bobbio esta concepción «formal» de la unidad, es «particularmente relevante para la caracterización del positivismo jurídico» y «encuentra su más coherente expresión en el pensamiento de Kelsen», ídem, pp. 201 y 202.

³¹ WRÒBLEWSKI, J., «Dilemmas of the Normativistic Concept of Legal System», *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 1984, pp. 319-333, p. 326.

³² El carácter institucional del Derecho ha sido especialmente recalcado por RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1986, p. 69.

desde el «paradigma nomodinámico», el sistema jurídico se caracteriza por el fenómeno de la autoridad, esto es, por la institución y adscripción de poderes habilitados para la creación y aplicación de normas³³. Consecuentemente, entre las normas que regulan la producción de otras normas se encuentran ineludiblemente normas que confieren poderes y normas procedimentales que disciplinan su ejercicio, lo que implica condicionar formalmente la validez de las normas jurídicas a su creación por una autoridad competente a través del procedimiento establecido al efecto. Como antes se avanzó, este condicionamiento supone poner algunos filtros a la tesis del origen de las normas en actos de voluntad o en fuentes sociales: no cualquier mandado positivo podrá ser considerado una norma jurídica válida, sino tan sólo aquél que tiene su origen en una voluntad autorizada o, en otros términos, en un hecho al que el propio sistema jurídico le haya otorgado el carácter de fuente de Derecho, y que se manifiesta de la forma preestablecida³⁴. Ello supone un primer límite, de carácter formal, a la libertad del poder para crear Derecho³⁵.

A partir de lo anterior cabe sostener que la tesis de la autoproducción o de la institucionalización, exponente de la concepción sistemática del Derecho que maneja el positivismo jurídico, exige, en efecto, la imprescindible presencia de criterios formales de validez jurídica³⁶. Ahora bien, en modo alguno impone la exclusividad de este tipo de criterios. Desde una aproximación positivista, la justificación material de las normas no se erige en condición *suficiente* de validez, pero ello no obsta para que una determinada relación de contenido entre las mismas pueda operar como una condición de validez *necesaria*³⁷.

³³ CELANO, B., «Justicia procedimental pura y teoría del Derecho», *Doxa*, 24, 2001, pp. 407-427, p. 407.

³⁴ ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., p. 209. Se trata de filtros que parecen ser asumidos por el positivismo excluyente. Como apunta Jiménez Cano, R. M., *op. cit.*, p. 235, la verificación empírica de que un individuo ha formulado una norma «no es requisito suficiente para acreditar la existencia de una norma jurídica», pues para ello «se necesita que el individuo o institución que ha formulado la norma pueda ser considerado competente en relación a otra norma jurídica ... La validez de las decisiones depende de normas jurídicas previas».

³⁵ DELGADO PINTO, J., «El voluntarismo de Hans Kelsen...», cit., p. 99.

³⁶ El test o prueba de la validez formal es un elemento «irrenunciable para cualquier programa positivista», ESCUDERO ALDAY, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente», cit., p. 311.

³⁷ Esta afirmación implica descartar la denominada *versión de lo suficiente* del positivismo incluyente que considera que en algunos sistemas jurídicos basta con que una norma pueda considerarse moralmente justificada para afirmar su validez. En todo caso, la comprensión del significado de los criterios de validez material que se maneja en este trabajo se aleja también de la llamada *versión de lo necesario* «que hace de la conformidad con la moral una condición necesaria de la validez jurídica de una norma», BAYÓN, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», cit., p. 72. Según este autor la *versión de lo necesario*, que es la que parece contar con mayor aceptación –Vid., por ejemplo, WALUCHOW, W. J., «Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism», *Legal Theory*, núm. 6, 2000, pp. 45-81, pp. 78-80, y MORESO, J. J., «En defensa del positivismo

De las reflexiones precedentes se desprende que, desde la comprensión de la condición dinámica del orden jurídico como paradigma del positivismo jurídico, la presencia en el sistema jurídico de criterios materiales de validez es, cuando menos, posible. Cuando más, desde un planteamiento positivista que asuma el referente sistemático y el referente funcional en la comprensión del fenómeno jurídico³⁸, la operatividad de estos criterios resulta imprescindible. En todo caso –se acepten, o no– la argumentación que a partir de estos referentes permite justificar la importancia de los criterios materiales en la determinación de la validez jurídica resulta, de nuevo, plenamente compatible con el positivismo jurídico.

Esta argumentación parte de la consideración de que de la concepción del orden jurídico como un sistema normativo orientado al control social se derivan ciertas exigencias que se proyectan sobre su estructura interna y justifican la indefectible presencia en el Derecho de contenidos sustantivos que condicionan la validez de la actuación de las autoridades jurídicas desde un punto de vista material. La articulación del orden jurídico conforme a estas exigencias –que coinciden en gran medida con los requisitos que integran la denominada por Fuller moral interna del Derecho– suele ser justificada apelando a los fines a los que se entiende sirve esta articulación, lo que implica asumir una vinculación conceptual entre el Derecho y una cierta idea de moralidad, claramente problemática para una aproximación de tipo positivista³⁹. Sin embargo, cabe también su justificación en clave estrictamente funcional⁴⁰. Desde esta óptica, estos rasgos se contemplan como requisitos objetivos necesarios para el

jurídico inclusivo» en *La relevancia del Derecho*, cit., pp. 93-116, p. 109– admite todavía dos variantes en función de que los principios morales que, «so pena de invalidez», no pueden contradecir las normas jurídicas sean «todos los correctos» supuesto en el que entonces éstos, pero no las demás normas, formarían parte del derecho en virtud de su corrección moral o exclusivamente «aquéllos cuya pertenencia al sistema depende a su vez de una fuente». En opinión de este autor, esta posición sería arriesgada para un positivista incluyente a menos que se afirme que la identificación del contenido de los principios morales incorporados en fuentes que condiciona la validez de las normas jurídicas depende «de lo que es correcto». Pues bien, como se desprende de lo dicho hasta el momento, la concepción mixta del orden jurídico que aquí se maneja asume la segunda variante de esta versión y, como se verá cuando se analice la cuestión de la interpretación de los criterios materiales de validez, no comparte esta última afirmación.

³⁸ Asunción que hacen Kelsen, Hart y los partidarios del positivismo excluyente e incluyente.

³⁹ FULLER, L., *La moral en el Derecho*, trad. de F. Navarro, México, Trillas, 1967, pp. 51 ss., asume esta justificación al considerar estas exigencias requisitos morales orientados a la protección de la autonomía individual. Vid. sobre el iuspositivismo y la moral interna, ESCUDERO ALDAY, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁴⁰ Tomo la distinción entre concepciones finalistas y funcionalistas de Asís ROIG, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, cit., pp. 20 ss.

eficaz funcionamiento del Derecho como sistema normativo de control social⁴¹.

La exigencia de generalidad de las normas⁴² y la nota de la plenitud permiten justificar la imprescindible concurrencia en el sistema jurídico de reglas sustantivas, esto es, de normas con contenidos materiales generales que predeterminan materialmente el contenido de las normas individuales dictadas por los jueces y autoridades administrativas. Esa determinación material, necesariamente presente en la relación entre las normas generales y las decisiones judiciales, puede hacer su aparición en cualquier escalón de la pirámide jurídica, también en el escalón constitucional, cuando, como sucede en los ordenamientos de nuestra órbita cultural, los textos constitucionales integran contenidos sustantivos⁴³. La asunción de un concepto sistemático de validez, que exige la conformidad de las normas inferiores con todos los aspectos regulados en las normas superiores incluidas las determinaciones atinentes a su contenido; la exigencia de congruencia, que requiere que la labor de los órganos de aplicación se ajuste a lo dispuesto en las propias normas del sistema; y sobre todo, la exigencia de coherencia permiten fundamentar la ineludible relevancia de esa determinación material en la validez de las normas inferiores.

La nota de la coherencia identificada con la exigencia de compatibilidad o de no contradicción entre los contenidos normativos opera en su proyección vertical –por razón de la existencia de una ordenación jerárquica formal entre las distintas normas del Ordenamiento, necesaria, también, para la propia funcionalidad del Derecho como sistema normativo de control social– como un criterio de validez de

⁴¹ Estos rasgos forman parte de la idea de certeza o seguridad jurídica que suele ser vinculada con el positivismo jurídico. Precisamente, el positivismo excluyente señala como una crítica de tipo «ideológico» que puede plantearse a la versión incluyente la incertidumbre que generan los criterios materiales de validez, *Vid.* JIMÉNEZ CANO, R., *op. cit.*, p. 265 ss., y ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos al Positivismo jurídico, cit.*, pp. 243 ss. En todo caso, contemplada desde un punto de vista funcional, la seguridad jurídica no es tanto un valor como una condición de eficacia del orden jurídico.

⁴² *Vid.* la argumentación de RAZ, J., *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 158 ss., sobre los sistemas de discreción absoluta.

⁴³ Esta posibilidad es admitida por el propio Kelsen, *Vid.* a título de ejemplo KELSEN, H., *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 234 y *Teoría General del Derecho y del Estado, cit.*, p. 148. Otra cosa es que por razones relacionadas con su relativismo moral y con la defensa de la democracia, KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución* en KELSEN, H., *Escritos sobre democracia y socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155, p. 143 considere peligroso la incorporación a la Constitución de contenidos morales abiertos por el «poder insoportable» que se arrojaría entonces Tribunal Constitucional. ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico, cit.*, pp. 200 ss. recurre a la argumentación de Kelsen en apoyo del positivismo no incorporacionista. Se trata, en todo caso, de una argumentación que se apoya en consideraciones morales y políticas.

carácter material⁴⁴. Ello supone un nuevo límite, esta vez de carácter sustantivo, al poder jurídico que, conviene insistir, existe cualquiera que sea la calidad de moral de los contenidos que exige respetar.

De este modo, para determinar la validez de una norma jurídica no basta realizar una prueba o test «formal», comprobando si procede de un sujeto competente y si ha sido creada a través del procedimiento adecuado; sino que es necesario, además, llevar a cabo una prueba o test «material», es decir, examinar su contenido en aras de determinar su compatibilidad con el contenido de las normas de superior jerarquía. En este sentido el sistema jurídico se configura como un sistema normativo de carácter mixto⁴⁵.

En todo caso, la capacidad operativa de los criterios materiales para condicionar la validez de las decisiones jurídicas y la compatibilidad de ese condicionamiento con las premisas positivistas depende de un modo básico de la concepción de la interpretación jurídica que se maneje y, en concreto, de la posición que se adopte en torno al problema de la determinación del Derecho.

La relevancia de los contenidos materiales de las normas en la cuestión de la validez jurídica podría verse desmentida en la práctica si éstos resultasen ser absolutamente indeterminados –como afirmaría el escepticismo radical– al gozar las autoridades obligadas a respetarlos de una libertad total a la hora de establecer su significado. En este punto, la tesis de la discrecionalidad manejada por el positivismo jurídico le impide defender –en la línea del formalismo– la total determinación de estos contenidos, lo que supondría erradicar cualquier margen de decisión de las autoridades jurídicas en su desarrollo. Y esta tesis, pero también la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la separación, descartan la afirmación –sostenida por Dworkin y en una versión más moderada por algunos de los representantes del positivismo incluyente– de que es la buena argumentación moral la instancia que

⁴⁴ El efecto obligado de la presencia de una jerarquía normativa consiste en «el deber de los órganos creadores de normas inferiores de acatar lo dispuesto en las normas superiores», RUIZ MIGUEL, A., «El principio de jerarquía normativa» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, núm. 24, 1988, pp. 135-154, p. 149. Vid. también BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991, p. 205.

⁴⁵ Aunque no puedo detenerme en el análisis de esta idea, tiene razón ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., pp. 232 y ss., en que esta noción de sistema mixto debe ser diferenciada de la comprensión que de este concepto se maneja en el ámbito de la filosofía analítica que implica considerar que no sólo forman parte del sistema las normas creadas de acuerdo con el principio de legalidad, sino también sus consecuencias lógicas, en virtud del principio de deducibilidad. Se trata de una visión que es deudora del planteamiento de ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 115 y ss. En la visión que aquí se maneja el criterio material de validez se define en términos de compatibilidad no de deducibilidad y se entiende como una condición de pertenencia necesaria pero no suficiente. En este punto resulta esencial tener en cuenta que las normas compatibles son muchas más que las deducibles.

permite, mediante el ejercicio de una discreción débil⁴⁶, conocer el contenido correcto de los criterios materiales susceptibles de incidir en la identificación de las normas jurídicas válidas⁴⁷.

Ahora bien, la discrecionalidad a la que hace referencia el positivismo, a pesar de ser una discrecionalidad fuerte, no es una discrecional total, sino limitada⁴⁸ que presupone, por ende, la relativa determinación del Derecho. De cualquier forma, la comprensión del Derecho como un sistema normativo orientado al logro del control social exige asumir este rasgo⁴⁹. En relación con esta consideración, interesa adelantar que afirmar la absoluta indeterminación del Derecho desmentiría la plausibilidad teórica y la importancia práctica de los criterios sistemáticos de validez materiales y formales en la medida en que no permitiría enjuiciar la validez de las normas en relación con su compatibilidad con los contenidos de las normas superiores, pero tampoco respecto de la autoridad de los sujetos que las emiten y el procedimiento de producción⁵⁰.

El rasgo de la relativa determinación del Derecho puede fundamentarse en términos plenamente compatibles con el positivismo jurídico recurriendo a la noción de significado literal y a los rasgos que lo

⁴⁶ La discreción débil exige capacidad de discernimiento y un importante esfuerzo argumentativo, pero, a diferencia de la discreción fuerte, no conlleva una elección entre alternativas abiertas, y, por ende, una dimensión creativa. *Vid.* sobre esta distinción, DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 61-101, pp. 61-101, 85 ss. Sobre la proximidad de los planteamientos de Dworkin y el positivismo incluyente en relación con la tesis de la discrecionalidad JIMÉNEZ CANO, R. M., *op.cit.*, pp. 217 ss., y ESCUDERO ALDAY, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente», *cit.*, pp. 311 y 312.

⁴⁷ En este sentido se afirma que cualquier forma «genuina» de positivismo incluyente se compromete con el objetivismo moral, BAYÓN, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», *cit.*, p. 74. Para no dejar de lado la tesis de la discrecionalidad los autores incluyentes han tildado su objetivismo de «modesto» –COLEMAN, J. y LEITER, B., «Determinacy, Objectivity and Authority» en MARMOR, A., *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 163– y han considerado que no siempre que el derecho apela a la moralidad es posible hallar una única respuesta correcta –WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, 1994, pp. 240 ss.– por lo que en los *casos difíciles* los jueces tendrían discreción, MORESO, J. J., «En defensa del positivismo inclusivo», *cit.*, p. 101. De cualquier forma, dicho compromiso sí supone abandonar uno de los rasgos que, según Hart, caracterizan al positivismo como es el de no adscribirse a ninguna posición concreta en el ámbito de la metaética.

⁴⁸ *Vid.* la descripción de esta tesis que realiza HART, H. L. A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», *cit.*, pp. 5 y 6. Tampoco Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *cit.*, Cap. VIII, maneja un escepticismo interpretativo radical, sino moderado, al considerar la interpretación auténtica como una elección –un acto de voluntad– dentro de un marco de posibilidades traídas a la luz por un acto de conocimiento.

⁴⁹ Asís ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, *cit.*, p. 97. En efecto, asumir la tesis de la total indeterminación dejaría sin sentido a las notas que definen la idea de sistema e impediría que el Derecho pudiese desempeñar con alguna garantía de éxito su función de control social.

⁵⁰ *Ídem*, p. 109.

caracterizan⁵¹. En efecto, el significado literal –definido como el sentido que ineludiblemente posee cualquier enunciado inteligible para los hablantes competentes en un determinado lenguaje, en virtud de reglas semánticas y sintácticas que expresan la existencia de usos y convenciones acerca del modo de empleo de las expresiones en una determinada comunidad lingüística⁵²– constituye el fundamento del éxito del lenguaje en el desarrollo de su función comunicativa –del que depende, en un sentido esencial, el éxito del Derecho en el desempeño de su función de guía de conducta– y opera como parámetro *a priori* desde el que enjuiciar la corrección de las actuaciones lingüísticas particulares⁵³. Así, la afirmación de la relativa determinación de los enunciados jurídicos, también de aquellos que incluyen criterios materiales de validez, no implica un compromiso necesario con el objetivismo moral, sino con un objetivismo semántico modesto o moderado.

A mi modo de ver, el carácter relativamente determinado del Derecho debe entenderse en términos de determinación mínima lo que implica considerar que la interpretación es *siempre*, incluso en los casos fáciles, una decisión *nunca* plenamente discrecional, ni siquiera en los casos difíciles⁵⁴. Desde esta óptica, la validez de la interpreta-

⁵¹ Entiende ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., p. 210, que el significado literal es un hecho social al que el positivismo podría recurrir para determinar el contenido de los conceptos «morales».

⁵² SCHAUER, F., *Las reglas en juego*, trad. de C. Orunesu y de J. L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 116, y PLATSS, M., *Las sendas del significado*, trad. de C. Hidalgo y de E. A. Rabossi, Universidad Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 14.

⁵³ Esta visión del lenguaje implica sostener que lo que las palabras significan depende de una práctica social, del comportamiento regular de los miembros de una determinada comunidad lingüística pero no de la actuación de un sólo individuo en una particular situación comunicativa, *Vid.* en apoyo de esta consideración, entre otros, DUMMET, M., «A Nice Derangement of Epitaphs: Some Comments on Davidson and Hacking» en Lepore, E., (ed.) *Truth and interpretation*, Oxford, Basil Blackwell, pp. 459-476, p. 473; FENICHEL PITKIN, H., *Wittgenstein: el Lenguaje, la Política y la Justicia*, trad. de R. Montoro, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 285; DICIOTTI, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 248. Y puede fundamentarse en una determinada interpretación del segundo WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones Filosóficas*, trad. de E. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Crítica, 1988, según la cual la llamada paradoja del seguimiento de reglas no implica una nueva forma de escepticismo –como afirma KRIPKE, S., *On rules and private Language*, Oxford, Basil Blackwell, 1982– sino que pretende simplemente revelar la necesidad de ciertos hechos fundantes, de un *background* común, en definitiva, de un acuerdo básico en la forma de vida que posibilita el surgimiento de regularidades en el uso de las expresiones susceptibles de integrarse en reglas lingüísticas y que hace viable la comunicación.

⁵⁴ Se trata de la visión que maneja el positivismo kelseniano. El positivismo hartiano manejaría la tesis de la determinación parcial, lo que implica afirmar que el Derecho es totalmente determinado en unos casos, los fáciles, que caen en la zona de certeza de los enunciados jurídicos y en los que los intérpretes no gozan de discrecionalidad, pero totalmente indeterminado en otros, los difíciles, que caen en la zona de penumbra y en los que la discrecionalidad interpretativa es total, HART, H. L. A., *El*

ción no depende en exclusiva de la voluntad del intérprete, como pretenden los escépticos, pero tampoco de parámetros o fuentes morales objetivas que éste pueda descubrir más allá de los límites del Derecho; o llegar a integrar en sus confines, como pretenden Dworkin y los partidarios del positivismo incluyente⁵⁵, sino de que se respete el significado literal de los enunciados jurídicos que le sirven de referente.

El carácter mínimamente determinado del significado literal se basa en la consideración de que no se puede «hacer decir» a un enunciado «cualquier cosa»⁵⁶. Visto así el asunto, la literalidad proporcionaría, no ya una información positiva, sino negativa en el sentido de manifestar no lo que el enunciado dice, sino lo que no puede decir⁵⁷. En este sentido, el significado literal opera como un límite mínimo y negativo que excluye la validez de aquellas interpretaciones que se enfrentan con la literalidad del enunciado objeto de interpretación y, cabe añadir, con la de los enunciados jerárquicamente superiores⁵⁸. De nuevo, este límite no se defiende desde una toma de postura en torno a la justicia y a la legitimidad de las decisiones interpretativas, sino desde la comprensión del Derecho como una técnica normativa de control social⁵⁹.

En todo caso, la cuestión decisiva en la justificación de la tesis del carácter mixto del sistema jurídico, y en la demostración de su compatibilidad con el iuspositivismo, radica en la interpretación de las palabras «morales» incluidas en las normas constitucionales. Pues bien, esas palabras morales son también palabras y, por tal razón, poseen, exactamente igual que otros términos, un significado literal que tampoco puede ser absolutamente indeterminado. Dicho de otro modo,

Concepto de Derecho, cit., p. 153. Así, a tenor de la visión hartiana, el sistema jurídico se configuraría como un sistema normativo parcialmente mixto.

⁵⁵ Vid. sobre la posición de Dworkin RAZ, J., «Legal principles and the limits of Law» en Cohen, M., (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984, pp. 73-87, p. 85, y sobre la del positivismo incluyente ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo...», *cit.*, p. 406 y 407.

⁵⁶ JORI, M. y PINTORE, A., *Manuale di Teoria Generale del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 333. También GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 2.^a ed., 1992, p. 145.

⁵⁷ Desde este enfoque, la concepción interpretativa que aquí se maneja no es capaz de establecer el significado unívoco o correcto de un enunciado jurídico, pero sí de descartar ciertos significados. La imagen del marco que KELSEN, H., *Teoría pura del derecho, cit.*, p. 350, propone para explicar la fisonomía de las decisiones interpretativas representa a la perfección la esencia de esta concepción.

⁵⁸ También el criterio sistemático sirve de límite a cualquier interpretación pero éste no se entiende sin hacer referencia al significado de enunciados superiores y, por tanto, al significado literal, ASÍS ROIG, R., *El Juez y la motivación en el Derecho, cit.*, pp. 97 y 98.

⁵⁹ Si los contenidos materiales de las normas superiores poseen un significado relativamente determinado, las autoridades normativas inferiores están –por razones vinculadas con la propia consistencia y funcionalidad del Derecho como sistema normativo, y relacionadas con el deber de coherencia, con la jerarquía normativa, con la exigencia de sometimiento al Derecho– obligadas a respetarlo.

también las normas materiales constitucionales que incluyen contenidos con una evidente carga moral son enunciados inteligibles y no «entidades lingüísticas vacías» susceptibles de amparar cualquier decisión⁶⁰. Y por tal razón aunque, ciertamente, admiten una amplísima gama de significados, no admiten cualquier significado. En efecto, es difícil establecer qué significan los términos «dignidad humana» o «trato inhumano y degradante», pero no lo es tanto señalar qué es lo que no significan⁶¹. En este sentido, habrá casos en los que una decisión respecto de estos términos podrá ser calificada –como pretende el positivismo incluyente– no como injusta o incorrecta, sino como inválida o antijurídica⁶². Pero lo podrá ser atendiendo no a referentes extrajurídicos entendidos como «un conjunto de parámetros éticos que funcionan a la manera de un Derecho natural», lo que supondría supeditar la validez jurídica a la concordancia de las normas con una determinada moralidad «no necesariamente explicitada en las normas», sino a contenidos internos, prefijados en normas jurídicas y a criterios extraídos del lenguaje en el que se expresa el Derecho que no puede considerarse completamente indeterminado⁶³. Asumiendo esta visión, la determinación de la validez jurídica conforme a estos contenidos, como reclaman los excluyentes, no implica desarrollar una argumentación genuinamente moral, ni supone realizar una indagación evaluativa o valorativa⁶⁴.

En resumen, desde la concepción del Derecho como sistema mixto que aquí se maneja, la exigencia de compatibilidad como criterio de validez material se reduce a la no trasgresión del significado literal que las normas superiores necesariamente poseen. La elección discrecional entre las opciones que no se enfrentan a este límite –como indica el positivismo excluyente– es imputable a la creatividad del intérprete, responde a consideraciones extrajurídicas y su validez depende, únicamente, de la competencia del órgano que escoge⁶⁵. El análisis de su corrección –pero no ya el de su validez– exige desarrollar una teo-

⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 124 y 125.

⁶¹ Se trata de los términos que suelen aparecer en las discusiones entre las versiones incluyente y excluyente. A mi modo de ver, una norma que estableciera que están permitidos los castigos físicos trasgrediría el significado de la norma constitucional que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes.

⁶² Esta posibilidad parece no ser admitida por los excluyentes, JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 201.

⁶³ ASÍS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, *cit.*, p. 108.

⁶⁴ ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo jurídico*, *cit.*, pp. 209 y 210.

⁶⁵ En este punto coincido con ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo...», *cit.*, pp. 410 y 411. Importa advertir que esta visión se aplica en forma idéntica a los conceptos «jurídicos». *Vid.* la distinción entre conceptos morales y jurídicos en JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 201. También los jueces pueden gozar de discrecionalidad a la hora de determinar cuando están ante un homicidio o una letra de cambio e, igualmente, en estos casos la elección entre las posibilidades interpretativas responde a consideraciones extrajurídicas. *Vid.* en este sentido KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 354.

ría de la argumentación, tarea que excede de la competencia del positivismo jurídico y que implica, ahora sí, asumir, al menos, un objetivismo moral modesto⁶⁶. De esta forma, desde un planteamiento positivista, el Derecho sólo puede ser contemplado como un sistema mixto en un sentido mínimo. Pero es, en todo caso, un sistema mixto puesto que la validez de las normas jurídicas no depende exclusivamente de criterios formales, de su creación por un órgano competente a través del procedimiento adecuado, depende también de que ese órgano respete el significado relativamente determinado que las normas superiores necesariamente poseen.

II. LA TESIS DE LA SUPERIORIDAD DE LOS CRITERIOS FORMALES DE VALIDEZ.

Las reflexiones precedentes han permitido justificar la presencia en el sistema jurídico de criterios de validez de índole material en términos que pueden ser asumidos por el iuspositivismo. De cualquier modo, y como al comienzo se advirtió, los planteamientos positivistas que admiten esta presencia se caracterizan por afirmar la prevalencia de los criterios formales de validez.

La primera razón que se aduce como determinante de la primacía de las dimensiones formales consiste en que los criterios materiales de validez –aunque nos puedan parecer expresión de la mejor moral– adquieren ese papel por haber sido incorporados al sistema por las autoridades competentes⁶⁷. Esta primera proyección de la tesis de la superioridad de los criterios formales, que resulta difícilmente cuestionable sin terminar rebasando los esquemas de un planteamiento positivista, ha sido asumida por la idea de sistema mixto que aquí se defiende. La segunda razón que se esgrime para justificar la prevalencia de los criterios formales de validez se sitúa en el ámbito de la teoría de la invalidez jurídica, centrándose en el problema de las normas materialmente irregulares, y considera que una adecuada descripción del funcionamiento del Derecho –pretensión considera central en el programa positivista– exige admitir que, al final, lo único relevante en la determinación de la (in)validez jurídica son las decisiones de los

⁶⁶ El iuspositivismo se ocupa del problema de la validez y no del de la corrección, problema este último que exige manejar una posición en torno al Derecho justo, ASÍ ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 133.

⁶⁷ ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., p. 69, y ASÍ ROIG, R. de, *Una aproximación...*, cit., p.133. En efecto, la determinación de los criterios últimos de validez jurídica descansa en la voluntad del órgano «competente», ANSUÁTEGUI ROIG, J., *op.cit.*, p. 618, y ASÍ ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., pp. 123 y 124, y en caso de diversas «opciones de decisión» conformes con las exigencias materiales de validez, prevalece la opción que la autoridad competente elija, ídem, p. 124.

órganos competentes⁶⁸. Pues bien, frente a este argumento intentaré demostrar que también, en última instancia, cobran importancia los criterios materiales de validez.

La tesis de la superioridad de los criterios formales de validez parte de la consideración de que el modo en el que en el mundo jurídico se trata de asegurar el respeto a los criterios sustantivos de validez consiste, precisamente, en conferir un poder⁶⁹. Desde esta premisa, se afirma que la vulneración de los contenidos de las normas superiores sólo tiene consecuencias para la (in)validez jurídica cuando es constatada y en el sentido en que lo es por un órgano con competencia a través del procedimiento adecuado, de tal manera que los criterios materiales de validez quedarían subordinados a los criterios formales⁷⁰. A mi modo de ver, es posible descomponer esta afirmación en dos argumentos estrechamente relacionados.

El primero de ellos se cifra en la afirmación de que la invalidez material sólo opera a partir del pronunciamiento del órgano competente⁷¹. Desde esta óptica la repercusión efectiva de los criterios materiales en la (in)validez jurídica depende, en efecto, de los criterios formales. El segundo argumento sostiene que la invalidez material sólo opera a partir de la interpretación que de los contenidos de las normas superiores realiza el órgano competente, y, en caso de controversia, el máximo órgano competente y se apoya en la consideración de que tal interpretación vale cualquiera que sea su sentido⁷². Este segundo argu-

⁶⁸ Este argumento es asumido por KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 274, y por el positivismo excluyente ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo jurídico*, cit., pp. 236 ss., y JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, pp. 233 y ss. Aunque me centraré en estos autores, se trata de un planteamiento al que no faltan defensores. Cabe señalar que el positivismo excluyente, si bien podría admitir la presencia de criterios materiales de validez en los términos en los que ha sido asumida en este trabajo, e incluso en algunas ocasiones parece hacerlo, se adhiere de manera categórica a la tesis de la superioridad de los criterios formales sea cual sea la comprensión de las dimensiones materiales.

⁶⁹ CELANO, B., *op. cit.*, p. 415.

⁷⁰ Vid. en este sentido KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 274.

⁷¹ Vid. ídem, pp. 283 y ss., y KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 189, quien confiere a la decisión que anula un precepto jurídico un carácter *constitutivo* de su invalidez. También los partidarios del positivismo excluyente defienden esta visión ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., pp. 236 ss. En relación con este tema señala JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, pp. 238 y 239, que la regla de reconocimiento que establece que «una norma es derecho si y sólo si se conforma con los principios formales y materiales (debidamente interpretados)» contrasta «con la práctica que tienen los operadores jurídicos de tratar una norma como derecho mientras satisfaga los requisitos procedimentales o formales derivados de las normas constitucionales u ordinarias», de manera que la regla practicada en realidad por éstos podría enunciarse de la siguiente forma: «una norma es derecho si y sólo si ha sido debidamente promulgada conforme a los principios formales derivados de la constitución y lo es mientras no ha sido derogada, anulada, o declarada inconstitucional por la autoridad final».

⁷² Se trata de la que HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, cit., p. 175, calificó como la «última y más interesante forma de escepticismo ante las reglas» que

mento supone contemplar los juicios de (in)validez material, al menos los juicios últimos, como decisiones absolutamente discrecionales e implica, por tanto, negar la distinción entre su «definitividad» y su «infalibilidad»⁷³.

La razón que justifica la ausencia de límites susceptibles de proyectarse en la validez de las interpretaciones últimas radica en la peculiar situación del órgano que decide. Esta posición privilegiada, como máxima autoridad competente, conlleva la inexistencia de órganos que revisen sus decisiones, que se configuran así como jurídicamente inatacables⁷⁴. De esta forma, la respuesta autoritativa a la cuestión de la adecuación material de las normas inferiores con las superiores es, en última instancia, «constitutiva de tal hecho»⁷⁵; radicando la razón de su validez «no en el contenido de la respuesta», sino sólo en la competencia del órgano que contesta⁷⁶. Vistas así las cosas, la influencia de los criterios materiales en la identificación del Derecho válido se desenvuelve en un sentido ficticio, formal y casi paradójico pues son, precisamente, las decisiones finales de los órganos competentes las que establecen su sentido⁷⁷.

En virtud de estos argumentos las normas que trasgreden los criterios materiales de validez se consideran normas válidas, con carácter provisional o definitivo, y su validez descansa únicamente en criterios formales: en la competencia del órgano que las emite o que las declara válidas⁷⁸. En rigor, sólo los criterios formales resultan determinantes para la cuestión de la validez jurídica⁷⁹, contemplándose los criterios

apela al «hecho de que la decisión de un tribunal ocupa una posición única como algo que posee autoridad, y, si se trata de tribunales supremos, autoridad final». Esta versión del escepticismo sí es asumida por Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 355, y *Teoría General del Derecho y el Estado*, cit., p. 184.

⁷³ HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, cit., p. 176, y MORESO, J. J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 215 y ss.

⁷⁴ Vid. sobre la noción de autoridad final, JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, pp. 235 ss.

⁷⁵ NINO, C. S., «El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del derecho» en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 131-146, pp. 135 y 136.

⁷⁶ DICIOTTI, E., «Operative Interpretation and Systemic Validity» en Gianformaggio, L., y Paulson, S. (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Torino, Giapichelli 1995, pp. 51-83, p. 63.

⁷⁷ ASÍS ROIG, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos fundamentales: una aproximación dualista*, Cuadernos del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, Dykinson, 2000, p. 91.

⁷⁸ PAULSON, S., «Material and formal authorisation in Kelsen's Pure Theory», *Cambridge Law Journal*, 1989, núm. 39, pp. 172-193, p. 172.

⁷⁹ Para explicar la validez de las normas irregulares Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 275, recurre al expediente de la cláusula alternativa tácita. Según esta doctrina, las autoridades inferiores quedan habilitadas, bien para producir normas con el contenido y por el procedimiento establecidos en las normas superiores, bien para crear normas con el contenido y por el procedimiento que ellas mismas determinen.

materiales como un motivo para criticar, por incorrectas, las decisiones jurídicas, en cualquier caso válidas, que los vulneran⁸⁰. Pues bien, los argumentos que conducen a afirmar la preponderancia de los criterios de validez formal pueden rebatirse a partir de la consideración de que lo que vale para el contenido vale también para el órgano y el procedimiento⁸¹, y viceversa, por lo que su aceptación supondría el completo derrumbe del concepto de sistema normativo.

En esta línea, frente al primero de los argumentos antes apuntados, cabe sostener que el problema de la irregularidad no puede resolverse identificando la validez con el cumplimiento de los criterios de índole formal pues, como muestra la realidad del funcionamiento de los órdenes jurídicos, dicho problema se plantea en forma idéntica en relación con este tipo de criterios. En efecto, en el Derecho encontramos normas que vulneran los requisitos formales de competencia y procedimiento que, de aceptarse este primer argumento, tendrían, al igual que las que transgreden los criterios materiales, que considerarse válidas hasta la concurrencia de un pronunciamiento oficial de invalidez⁸².

Frente al segundo argumento, cabe afirmar que los juicios últimos de (in)validez material no pueden contemplarse como decisiones plenamente discrecionales. El rasgo de la mínima determinación del Derecho implica que los enunciados jurídicos materiales poseen un significado preexistente, respecto del cual también el último intérprete competente puede acertar o equivocarse. Y las eventuales equivocaciones dan lugar a decisiones que no se conforman objetivamente a las determinaciones sustantivas de las normas superiores, esto es, que deben considerarse decisiones inválidas. También las autoridades finales tienen el deber de ajustarse al Derecho aplicable⁸³. Que este deber en ocasiones no se cumpla y que, finalmente, no pueda ser interna-

Puesto que la actuación de las autoridades jurídicas culmina indefectiblemente en la creación de normas válidas, el único criterio determinante de la validez jurídica es el criterio formal que apela a su cualidad de órganos jurídicos.

⁸⁰ En este sentido, el positivismo excluyente estima que afirmar que la validez de las normas depende de criterios meramente formales no impide que el jurista analice críticamente la opción tomada por el órgano competente, ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., pp. 238 y 239, y JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 239.

⁸¹ MORESO, J. J., *Normas jurídicas y Estructura del Derecho*, México, Fontamara, 1997, p. 82.

⁸² Señala Kelsen, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución», cit., p. 123 que *a priori* tampoco es posible considerar como nulo un acto que emane de una autoridad incompetente. Vid. sobre la posición de Kelsen, TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 149 ss., y MORESO, J. J., *Normas jurídicas y Estructura del Derecho*, cit., p. 82.

⁸³ Apunta HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, cit., p. 179, que, sólo cuando se habilita al tanteador para decidir según su arbitrio y no según la regla del tanteo, «las decisiones del tanteador serían a la vez definitivas e infalibles, o mejor dicho, la cuestión sobre su falibilidad o infalibilidad carecería de sentido, porque respecto de nada podría acertar o equivocarse».

mente garantizado, pues alguien ha de tener la última palabra, no significa que no exista⁸⁴.

Como es sabido, la solución que arbitra Kelsen frente a estos supuestos consiste en convertir este deber en un deber alternativo impidiendo que las decisiones de los órganos competentes, y, en especial las del último órgano, puedan enfrentarse al contenido del Derecho. Por su parte, algunos de los defensores del positivismo excluyente parecen apoyarse en este punto en la imposibilidad de constatar si las decisiones definitivas, y, en general, cualquier decisión jurídica, vulnera, o no, los criterios materiales de validez entendidos como referencias a una moral objetiva⁸⁵.

En relación con esta última observación, conviene tener presente que los planteamientos que afirman la superioridad de los criterios formales parecen establecer una diferencia esencial entre la naturaleza de los juicios de validez formales y materiales. Mientras que los juicios de validez formal se conciben como juicios fácticos, que dependen de la comprobación de un hecho y son susceptibles de verificarse empíricamente de manera absolutamente objetiva, los juicios de validez material se contemplan como juicios de valor eminentemente subjetivos que dependen de una elección entre valores últimos⁸⁶. Pues bien, a mi modo de ver, ambos tipos de juicios son sustancialmente idénticos y consisten en comprobar la concurrencia de requisitos de contenido o de forma contemplados en normas superiores exigiendo, por tanto, la interpretación de tales normas⁸⁷. Desde esta óptica, uno de los principales retos que se le plantea al positivismo radica en justificar una teoría interpretativa que defienda al mismo

⁸⁴ BULYGIN, E., «Cognition and Interpretation of Law» en Gianformaggio, L. y Paulson, S., (eds.), *Cognition and interpretation of law, cit.*, pp. 11-35, pp. 23 y 24, y MERKL, A., «Il duplice volto del diritto» en MERKL, A., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, trad. de C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 99-128, pp. 113 y 115.

⁸⁵ Indica JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, pp. 240 y 241, que su posición conduce a un escepticismo hacia determinadas reglas, aquéllas que contienen referencias a la moral y ésta es entendida como moral objetiva. Si estas reglas no poseen un núcleo de certeza, entonces no cabría calificar las decisiones de la autoridad final como «falibles o infalibles, desde un punto de vista jurídico, aunque sí como finales o definitivas». Ello supone, precisamente, que tales reglas pueden conducir a que «el juego de las reglas jurídicas se convierta en el juego del arbitrio del tanteador». Cabe plantearse si este escepticismo se proyectaría también sobre la comprensión de los criterios materiales de validez aquí manejada y, de no ser así, si ello conllevaría admitir que la validez jurídica depende de algo más que de criterios formales.

⁸⁶ Vid. JORI, M. «La cicala e la formiga» en *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 66-119, pp. 85 ss.

⁸⁷ La derivación formal de la validez necesita la concurrencia del hecho de la producción normativa pero la validez no deriva «del hecho en sí», sino «de la descripción relevante» de tal hecho regulada por el propio Derecho». Igualmente, la derivación de la validez material hace referencia a criterios «formalmente» delimitados, establecidos en normas jurídicas, ídem, pp. 83 y 84.

tiempo el carácter indeterminado de las normas que se refieren a cuestiones materiales y el carácter determinado de las normas que se refieren a cuestiones formales⁸⁸. De nuevo, la diferencia es meramente cuantitativa: aunque, normalmente, las normas formales son «semánticamente más precisas que las materiales» manifiestan, quizá en menor medida, idénticos problemas de indeterminación, discrecionalidad interpretativa, y referencia a parámetros valorativos⁸⁹. Consecuentemente, tanto la total indeterminación de los criterios materiales cuanto la tesis del carácter constitutivo del pronunciamiento sobre la (in)validez material⁹⁰ afectarían, igualmente, a los criterios formales, lo que haría inviable la identificación de las autoridades competentes –también de la última autoridad competente– e implicaría hacer descansar la validez de la decisión en la fuerza del sujeto que la emite, «(sea éste el que sea)»⁹¹.

En este orden de ideas la objeción más contundente que cabe plantear a la tesis que afirma la superioridad de los criterios de validez formal es que la noción de validez formal que se privilegia termina vaciándose de sentido, o adquiriendo un significado distinto al que, en principio, le atribuyen sus defensores. Así, el argumento central al que parece recurrir el positivismo «excluyente» para justificar la afirmación de que «en ninguna medida» la validez de las normas se ve afectada «por el supuesto respeto a un criterio material»⁹² radica en que, incluso admitiendo la posibilidad de que, en algunos casos, pueda determinarse de forma objetiva que las autoridades jurídicas han vulnerado ese hipotético criterio sustantivo, sus decisiones son reconocidas como válidas, precisamente, por haber sido creadas por un órgano competente⁹³. Ahora bien, lo mismo puede suceder, como cuestión de

⁸⁸ ASÍS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 120.

⁸⁹ JORI, M., *op. cit.*, p. 84.

⁹⁰ En efecto, quien adopta una decisión constitutiva sobre el Derecho existente no sólo resuelve acerca del significado de las normas materiales, sino también sobre las normas formales de manera que un órgano se convierte en competente por un acto de voluntad que él mismo ha realizado. *Vid.* esta idea en GUIBOURG, R., *Derecho, sistema y realidad*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 59, y DICCIOTTI, E., «Operative Interpretation and Systemic Validity», cit., p. 76.

⁹¹ ASÍS ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 127.

⁹² ESCUDERO ALDAY, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente», cit., p. 317.

⁹³ JIMÉNEZ CANO, R., *op. cit.*, pp. 238 y 239, y ESCUDERO ALDAY, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente», cit., p. 318, y *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*, cit., pp. 236 y ss. Este último autor señala que «el positivismo excluyente no cree que las llamadas a la moral sean siempre y en todo caso decisiones discrecionales» y entre los elementos que limitan la discrecionalidad menciona los enunciados lingüísticos y el consenso o acuerdo que exista en la comunidad acerca del significado de tales términos lo que, a su modo de ver, permite mantener «inalterada» la tesis de las fuentes sociales, ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo...», cit., p. 410. En todo caso, parece que también si se vulneran estos límites Escudero considera que la decisión tendría que considerarse válida, *vid. ídem*, p. 403.

hecho, con las normas que vulneran los criterios formales⁹⁴. Para mantener su coherencia esta concepción tendría entonces que admitir que el criterio formal, que hace referencia a la creación de una norma por un órgano competente, tampoco «añade nada» a la determinación de la validez jurídica⁹⁵. La identificación de las «autoridades» dependería entonces no de las normas de competencia, sino de la eficacia de sus mandatos⁹⁶, de tal manera que la validez del Derecho se apoyaría exclusivamente en la «capacidad de coacción psíquica o psicológica» de quien lo impone⁹⁷.

En este punto el positivismo jurídico se enfrenta a un dilema, o bien asume esta visión escéptica radical, o bien admite que el Derecho se configura, también en última instancia, como un sistema normativo mixto. La primera opción, además de incurrir en un error de tipo conceptual, implica manejar una descripción errónea de lo que opera y puede operar socialmente como Derecho. Optar por el segundo cuerno del dilema implica afirmar que las decisiones irregulares, que trasgreden el significado mínimamente determinado de los criterios de validez *formales o materiales*, ya se trate de decisiones provisionales o definitivas, tienen que considerarse inválidas⁹⁸. Ciertamente, ello obliga a admitir, como indica el positivismo excluyente, que existen normas inválidas que funcionan en la realidad jurídica *como si* de normas válidas se tratasen⁹⁹. En todo caso, creo que esta consideración ni «confunde más que ayuda», ni convierte «en inútil» «toda la explicación de la validez jurídica», ni supone una deficiente descripción del funcionamiento del Derecho¹⁰⁰, sino más bien todo lo contrario.

⁹⁴ Apunta JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 242: «también es posible que una autoridad a la hora de producir una norma jurídica, vulnerase un criterio formal y que, pese a ello, los operadores jurídicos consideraran a dicha norma como parte del sistema». ESCUDERO ALDAY, R., «Incorporacionismo...», *cit.*, p. 404, advierte que también podría ocurrir «que un juez vulnerase un requisito de competencia y, que, aun así, la sentencia fuera jurídicamente válida». La pregunta que se plantea es de acuerdo con qué criterio. Creo que, desde un planteamiento positivista, tal criterio tendría que ser el de la eficacia asumiéndose, así, una teoría fáctica de la validez.

⁹⁵ *Vid.* en relación con el criterio material ESCUDERO ALDAY, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente», *cit.*, p. 317.

⁹⁶ Tiene razón JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 242, en que el problema aquí radica en si «la calificación de una norma o de un acto jurídico dependen del hecho de que éstos se ajusten a las normas de competencia o de si, en cambio, dependen de otro tipo de hecho».

⁹⁷ Así ROIG, R. de, *El Juez y la motivación en el Derecho*, *cit.*, p. 109. Se trata de una crítica que afecta a la doctrina de la cláusula alternativa tácita y a las concepciones que tratan de resolver el problema de las normas irregulares a partir de la comprensión de las normas de competencia como normas constitutivas.

⁹⁸ En efecto, el positivismo jurídico «no puede aceptar que sea Derecho cualquier norma, ni que valga cualquier decisión», *ídem*, p. 127.

⁹⁹ JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 239, y ESCUDERO ALDAY, R., *Los Calificativos...*, *cit.*, p. 238.

¹⁰⁰ *Ídem*, p. 239. En términos similares JIMÉNEZ CANO, R. M., *op. cit.*, p. 239. En lo que sí coincido con el positivismo excluyente es en que distinciones como las establecidas entre validez y vigencia o validez y aplicabilidad no resultan apropiadas

A mi modo de ver, la existencia de normas irregulares expresa un conflicto entre el Derecho sistemáticamente válido y el Derecho efectivo que se aplica y se obedece¹⁰¹. Este conflicto pone de relieve que el concepto de sistema no sirve para identificar todas las normas que en el terreno de los hechos cuentan como jurídicas¹⁰². Desde estas premisas, el Derecho válido es, a veces, no el Derecho *que es*, sino el Derecho *que debería ser*. En este sentido, una concepción sistemática de lo jurídico sólo sirve para describir el funcionamiento regular del Derecho, planteándose como un modelo teórico normativo en relación con la praxis jurídica irregular¹⁰³. En estas coordenadas se pone de manifiesto el doble rostro del Derecho¹⁰⁴. Pues bien, a mi juicio, una teoría jurídica integral capaz de explicar la realidad de Derecho en toda su complejidad tiene que dar cuenta de estas dos caras.

Como se ha señalado, la idea de sistema –mixto– funciona en ocasiones como un modelo normativo. No obstante, se trata de un modelo normativo exento de dimensiones de moralidad, lo que mantiene su compatibilidad con la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral¹⁰⁵; y que se apoya en la eficacia como cumplimiento y en la eficacia como aceptación, lo que confirma su relevancia práctica. En efecto, el funcionamiento regular del Derecho del que da cuenta el modelo de sistema mixto es, además, su funcionamiento ordinario o cotidiano. Los criterios de validez formales y materiales son *de hecho* utilizados y aceptados como pautas de identificación de las normas jurídicas y, por tal razón, son respetados con carácter general. E incluso las decisiones patológicas que los vulneran intentan presentarse *como si* fuesen normas válidas apelando conjuntamente a ambos tipos de criterios¹⁰⁶.

para explicar el estatus de las normas irregulares, pero no por su falta de relevancia práctica o porque, al final, lo decisivo sea la vigencia o la aplicabilidad determinada por criterios formales –ESCUADERO ALDAY, R., *Los Calificativos del Positivismo jurídico*, *cit.*, pp. 239-241– sino porque, según se dijo, el problema de la irregularidad puede plantearse, igualmente, en relación con los criterios formales que determinan la vigencia o la aplicabilidad de las normas jurídicas. Critica este modo de resolver el problema de las normas irregulares CELANO, B., *op. cit.*, p. 419.

¹⁰¹ Se trata de un conflicto del que Kelsen, condicionado en este punto por su neokantismo, no puede dar cuenta, DELGADO PINTO, J., «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 101-161, p.154.

¹⁰² Esto no significa alejar el concepto de validez de todo lo que tenga que ver con la identificación del Derecho –ESCUADERO ALDAY, R., «Incorporacionismo...», *cit.*, p. 404– aunque sí supone su limitación en este ámbito.

¹⁰³ CARACCILO, R., *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 23.

¹⁰⁴ MERKL, A., *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁵ En efecto, la praxis irregular se juzga inválida atendiendo no a criterios morales externos sino a criterios internos prefijados en el propio Derecho positivo.

¹⁰⁶ Indica TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, *cit.*, p. 149, «la tesis de la prevalencia del principio dinámico sólo sería verdadera si el tribunal ante el que se hubiera interpuesto una demanda de anulación afirmara simultáneamente que el contenido de la norma es contrario al de la norma superior y que esa norma es no obstante válida porque ha sido producida por el órgano competente».

A partir de aquí, una teoría jurídica integral tendría que plantearse, de un lado, por qué la práctica jurídica se adecua normalmente a la idea de sistema mixto y, de otro lado, por qué las normas irregulares que no se ajustan a este modelo se reconocen como jurídicas y, por ello, se obedecen. Aunque excede con mucho de las pretensiones de este estudio resolver estos problemas, intuyo que el primero tiene que ver con factores psicológicos, que pondrían de relieve que los poderes jurídicos reconocen la vinculatoriedad de las normas formales y materiales que se orientan a limitar su actuación y se sienten obligados por ellas, posiblemente, «sobre el trasfondo» de factores sociológicos, esto es, porque «la sociedad» y el propio entramado institucional reaccionarían contra un poder que incurriera en desviaciones masivas o selectivas, si se trata de preceptos considerados básicos, respecto de lo que debe ser su actuación conforme a Derecho¹⁰⁷. Y, en relación con lo anterior, el segundo tendría que ver con la confianza de la comunidad jurídica hacia el papel de los detentadores del poder; confianza que depende, en su sentido esencial, de que su actuación se mantenga, con carácter general, dentro de los límites del Derecho. De esta forma, el Derecho puede «tolerar» decisiones irregulares siempre y cuando se trate de decisiones esporádicas y que no pongan en juego bienes y valores en los que descansa su aceptación por parte de los operadores jurídicos y de los ciudadanos. La trasgresión de estos límites supondría una disminución de la confianza hacia el papel de los detentadores del poder y, por ende, redundaría en una pérdida del reconocimiento «del valor social del Derecho», lo que terminaría, finalmente, afectando a su validez¹⁰⁸.

En definitiva, considero que la concepción mixta del sistema jurídico constituye la mejor descripción del modo en el que *opera y se contempla* socialmente el fenómeno jurídico y que el iuspositivismo puede ser esa teoría jurídica integral, a la que he venido haciendo referencia, capaz de analizar los hechos, las «creencias compartidas» y las «actitudes y expectativas interdependientes»¹⁰⁹ que explican la importancia de la idea de sistema mixto para el funcionamiento práctico del Derecho.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

¹⁰⁷ GARCÍA AMADO, J. A., «Hablando de Kelsen con Delgado Pinto» en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, cit., pp. 1199-1209, p. 1207.

¹⁰⁸ ASÍS ROIG, R. de, «Sobre el razonamiento jurídico correcto», *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, núm. 45, 2000, pp. 153-167, p. 167.

¹⁰⁹ BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo...», cit., p. 49.

