

## CAPÍTULO 25

### VALIDEZ

Maris KÖPCKE TINTURÉ\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Validez y conceptos afines.* III. *Criterios de validez.* IV. *¿Qué es la validez?* V. *Bibliografía.*

#### I. INTRODUCCIÓN

Todo aquel que razona de acuerdo a derecho utiliza el concepto de validez: tanto quien ejerce el derecho, como quien lo estudia, como quien simplemente vive de acuerdo con sus reglas. Cada día se imponen sentencias penales por la contravención de reglas que consideramos válidas; dedicamos costosos procesos judiciales a establecer la validez de resoluciones administrativas, de testamentos o de matrimonios; los manuales de derecho detallan las causas invalidez de sendos negocios jurídicos; y el pasajero comprueba que su título de transporte sea válido antes de subir al autobús. El concepto de validez es omnipresente. Y, sin lugar a dudas, es importante: pues en su nombre constantemente se sacrifican los intereses y las expectativas de muchas personas.

Pero a pesar de la importancia y centralidad del concepto, y de la mucha literatura dedicada a él, está relativamente poco entendido. La doctrina jurídica y la teoría del derecho predominantemente estudian la validez de un modo *indirecto*. Por un lado, estudian la diferencia (y relación) entre la validez y conceptos afines, como la eficacia o (desde un ángulo más teórico) el valor moral o la NORMATIVIDAD del derecho. Por otro lado, tanto la doctrina como la teoría del derecho estudian los factores con que comprobamos la validez de un acto o negocio: los llamados criterios de validez. Ambas líneas de investigación son importantes, pero en última instancia evitan preguntarse directamente: ¿qué es la validez? El contraste con conceptos afines nos demuestra, sobre todo, *qué no es* la validez, y el estudio de

\* Fellow and Tutor in Law, Worcester College, University of Oxford

*Encyclopedie de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 947-978.

los criterios de validez nos informa de *cómo se comprueba* la validez. Esto último por sí mismo dice poco acerca del concepto de validez: el hecho de que un testamento válido requiera tres firmas en lugar de dos sugiere que los criterios de validez son muchas veces arbitrarios, pero no nos revela qué significa la validez. No nos explica qué estamos diciendo cuando, una vez comprobados los criterios, afirmamos que un contrato o un reglamento son *válidos*.

La ausencia de una detallada investigación directa sobre la validez es un hecho curioso. La pregunta “¿qué es la validez?” suele parecerle ociosa tanto al profesional como al ciudadano. Nos da la impresión de que entendemos perfectamente lo que significa que un contrato sea válido – nos parece que la respuesta es obvia – y que por tanto las cuestiones de interés son las que van más allá, como la diferencia entre la validez y otros conceptos, o la naturaleza de los criterios de validez. Y si bien es cierto que uno puede operar perfectamente en el sistema jurídico sin plantearse qué significa la validez, no es menos cierto que la respuesta no es tan obvia como podría parecer. En efecto, si uno formula esta pregunta a varias personas, muy posiblemente reciba un catálogo de respuestas distintas (todas ellas supuestamente “obvias”). Con frecuencia se le responderá que lo que es válido está hecho “conforme a derecho”. Y es verdad que los actos válidos, por ejemplo los que dan lugar a la conclusión de un contrato, suelen ser actos conformes a derecho. Pero de ello no se sigue que los todos los actos conformes a derecho sean también actos válidos. Cuando nos paramos en un semáforo rojo realizamos un acto conforme a derecho, pero no un acto válido (ni inválido). Tiene sentido hablar de la validez de un contrato o testamento, pero no de la validez de una “parada en rojo”. Y es que cuando realizamos un acto válido, creamos un objeto: nuestro acto da lugar a una entidad (el contrato, el testamento, etc.) que en cierto modo tendrá una existencia propia y persistirá más allá del momento de su creación, y a veces durante generaciones. Por ello, otra respuesta recurrente a la pregunta sobre la validez es que aquello que es válido ha sido “creado siguiendo los criterios establecidos”. El problema, nuevamente, es que muchas cosas que no son válidas también se crean siguiendo los criterios establecidos: por ejemplo, los canalones que cocinamos siguiendo una receta. Pero los canalones no tienen consecuencias jurídicas, mientras que los contratos y los testamentos sí las tienen. ¿Habrá que decir, entonces, que lo que es válido es aquello que tiene consecuencias jurídicas? Al igual que las anteriores respuestas, ésta también es insuficiente. Pues hay muchos actos e incluso acontecimientos naturales que tienen consecuencias jurídicas –por ejemplo,

los asesinatos y los terremotos— y no por ello se les tilda de válidos. Y la combinación de las dos respuestas anteriores tampoco corre mejor suerte. No es válido todo aquello creado siguiendo los criterios establecidos y que tiene consecuencias jurídicas. De lo contrario sería válida una pintada de un *graffiti* en un coche oficial.

Esta artículo examinará en primer lugar las aproximaciones indirectas al concepto de validez, que no por ser indirectas carecen de importancia e interés teórico. La sección II tratará de la distinción teórica entre validez y conceptos afines, y la sección III considerará el análisis teórico de los criterios de validez. A lo largo de estas dos secciones, supondremos (al igual que hace la literatura) que tenemos una idea aproximada de lo que es la validez, sin intentar detallarla. Con esta información sobre la mesa, estaremos en condiciones de preguntarnos directamente en qué consiste la validez. Daremos este paso en la sección IV, mediante una reflexión acerca de la *razón de ser* de la validez. Trataremos de entender qué función desempeña el concepto de validez en el sistema jurídico, y de este modo comprenderemos mejor qué es. Se verá que esta explicación directa engloba y transciende las explicaciones indirectas: nos revela por qué la validez difiere de conceptos afines y por qué los criterios de validez tienen la naturaleza que tienen. Y, de paso, nos ayuda a comprender por qué una pregunta tan importante es sistemáticamente descuidada.

## II. VALIDEZ Y CONCEPTOS AFINES

Estudiar las diferencias entre la validez y conceptos afines es, en cierto modo, explicar el concepto de validez por contraposición. El derecho positivo y la doctrina se sirven de la distinción entre validez y otros conceptos, en especial el concepto de eficacia. La teoría del derecho busca generalizar estas distinciones y darles una base más firme (o, por el contrario, cuestionarlas y en algún caso disolverlas). Asimismo, la teoría del derecho ha añadido otras distinciones que no se plantean de modo explícito en el derecho positivo, pero que subyacen al método y razonamiento jurídicos: en especial, las distinciones entre validez y valor moral, entre validez y verdad, y entre validez y normatividad.

### 1. *Validez y eficacia*

La validez de una regla jurídica, dice Hart, depende exclusivamente de su conformidad con los criterios establecidos en la regla de reconocimiento del ordenamiento en cuestión.<sup>1</sup> No depende de la frecuencia con que la regla es invocada o aplicada en la práctica; incluso una regla caída en desuso puede permanecer válida mientras no haya sido revocada de acuerdo con un método establecido por la regla de reconocimiento. El hecho de que una regla se utilice o no concierne a su eficacia; la validez de la regla no se mide por su eficacia, sino por su conformidad en forma y contenido con otras reglas, en última instancia con la regla de reconocimiento. Hart recalca la distinción entre la validez de una regla individual y la existencia misma del sistema jurídico. La existencia del sistema jurídico sí depende directamente de su eficacia, explica Hart: si la mayoría de las reglas del sistema no fueran observadas ni invocadas por la mayoría de la población, en especial por los oficiales, el sistema no podría existir.

Esta es, a grandes rasgos, la posición ortodoxa (es decir, la más extendida) en la teoría del derecho contemporánea sobre la relación entre validez y eficacia. Es la posición que también encontramos en Kelsen, quien la formula con especial nitidez.<sup>2</sup> Kelsen insiste en que el “fundamento” de la validez de una regla<sup>3</sup> sólo puede derivar de otra regla, nunca de un mero hecho. Dado que la eficacia es un hecho, hay una suerte de barrera conceptual y lógica que separa la validez de la eficacia. Kelsen, sin embargo, apunta –en la línea de Hart– que un sistema jurídico no sería tal si no fuera “eficaz en términos generales”.<sup>4</sup> La eficacia del sistema es, por tanto, condición indirecta de la validez de una regla, pues es condición de la existencia del sistema al que la norma pertenece. Validez y eficacia son realidades distintas, pero hay una relación semi-causal que va de la eficacia a la validez.

Las escuela del REALISMO JURÍDICO AMERICANO niega la distinción entre validez y eficacia. Según Oliver Wendell Holmes, el padre de esta

<sup>1</sup> Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 3a ed., Oxford University Press, Oxford, 2012 [1961], pp. 103 y 116 (véase, además, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO).

<sup>2</sup> Por ejemplo, Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*. (Wedberg, trad.) Russell, Nueva York, 1945, p. 110 y ss.; y Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*. (Roberto Vernengo, Traductor) México, Porrúa, 1998 [1960], pp. 205 y ss.

<sup>3</sup> Kelsen habla de “normas”, no de “reglas”, pero la distinción es irrelevante a los efectos de este artículo.

<sup>4</sup> Kelsen, *Teoría Pura*, op. cit., nota 2, p. 209, *passim*.

escuela, el sistema jurídico no consiste de reglas.<sup>5</sup> Es una ilusión, dice Holmes, creer que existen reglas jurídicas válidas que regulan situaciones concretas antes de que éstas sucedan y de que sean juzgadas. El verdadero derecho sale por boca del juez cuando éste decide un caso concreto: no hay derecho antes de la decisión; sólo cabe la predicción de lo que el juez decidirá. Esa predicción (“profecía”) es el derecho. En el ideario de Holmes (y del realismo americano) no existe la distinción entre una regla válida y una regla eficaz. Para empezar no existen reglas, pues su característica generalidad escapa a la lógica del caso concreto. Sólo lo que el juez *hace* es derecho. El derecho es aquel mero hecho que la posición ortodoxa denominaría la aplicación de la regla válida al caso concreto. El derecho es la colección de comportamientos sentenciadores de los jueces o, mejor dicho, las predicciones que podamos hacer de estos comportamientos. La de Holmes es una posición radical, que elimina la validez y la reduce a la eficacia entendida solamente como la acción sentenciadora del juez. Laquietud de Holmes y los demás realistas americanos tiene un núcleo comprensible: Holmes y sus colegas luchaban contra una imagen excesivamente idealizada del derecho, entonces extendida (en los EEUU de finales del s. XIX), según la cual el derecho válido carecía de lagunas y los jueces por ende no tenían más que “descubrir” la solución en las reglas preexistentes.<sup>6</sup> Esta imagen distorsionada dio lugar a más de una escandalosa sentencia en que los jueces del tribunal supremo americano supuestamente enmascaraban su ejercicio de discreción refugiándose en una retórica deductiva, y así evitaban afrontar la tarea de argumentar y justificar moralmente su decisión de fuerte carga ideológica. Para desmantelar esta falsa concepción “deductiva” de la labor del juez, Holmes se afina en el otro extremo: no es que las reglas a veces tengan lagunas que requieran discreción – es que no hay reglas.

A pesar de su valor histórico, la posición del realismo americano es difícilmente sostenible como teoría del derecho. Tal como apuntaron Hart y otros, la posición sufre de incoherencias internas. Si el derecho es la predicción del comportamiento de los jueces, ¿cómo identificaremos a los jueces? Sin reglas de competencia que identifiquen a los jueces, se evapora la institución del poder judicial. Además, decir que el derecho es la predicción de lo que hará el juez no da cuenta del razonamiento *por parte del juez*. Sin du-

<sup>5</sup> Holmes, Oliver Wendell, Jr., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, pp. 457 y ss.

<sup>6</sup> Kennedy, Duncan, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Beard Books, Washington DC, 2006 [1975]. Más recientemente, Dworkin afirma también – aunque sobre otra base – que el derecho no tiene lagunas (sección II.3).

da, un juez no decide en función de lo que predice que él mismo va a decidir. Y más allá, la posición del realismo americano no deja espacio lógico al error de derecho judicial, algo que no encaja con nuestra concepción de la naturaleza del proceso judicial, incluida la posibilidad de apelación.

Debemos preferir, por tanto, una posición menos radical. La distinción entre validez y eficacia, esbozada más arriba, da cabida a la existencia de reglas: reglas válidas que regulan la mayoría de situaciones antes de que éstas sean juzgadas, y reglas que determinan (entre otras cosas) quién ocupa la posición del juez. La existencia de reglas da sentido al paradigmático razonamiento del juez y de otros operadores del derecho, un razonamiento que pasa por buscar en el pasado decisiones válidas que regulen los hechos sobre los que se debe decidir. El juez, al resolver el caso, puede equivocarse de varios modos, y terminar por no dar efecto a las reglas válidas pertinentes: con lo que una regla válida pertinente podría no ser eficaz (en ese caso).

Con todo, hay una parte de verdad en la exageración del realismo americano. Y es importante no perderla de vista. Todo sistema jurídico tiene mecanismos para poner fin a las disputas, con o sin error judicial. Una vez resuelta la apelación en última instancia, o transcurrido el periodo de apelación sin interponer recurso, una decisión jurídica deviene firme: *res judicata* (cosa juzgada). A efectos jurídicos debe tratarse como correcta, a pesar de que contenga un error que en circunstancias normales afectaría a su validez. La decisión deviene válida más por el hecho de ser firme, no por cumplir con los criterios de validez. “*Here all that succeeds is success*”<sup>7</sup> decía Hart aptamente en alusión a fenómenos como este, que tiene paralelismos en otras instituciones jurídicas, como el estatus de ciertas inscripciones registrales o de ciertas situaciones de anulabilidad no impugnadas. Y tiene paralelismos también con situaciones de cambio constitucional por revolución o golpe de estado.<sup>8</sup> Todas estas realidades, grandes y pequeñas, ponen de manifiesto que la relación entre validez y eficacia es más rica y compleja de lo que una lectura simple de la posición ortodoxa podría sugerir. El mismo Kelsen incluyó la caída en desuso de una regla jurídica individual (*desuetudo*) como causa de invalidez de esa regla.<sup>9</sup> Y remarcó que los tribuna-

<sup>7</sup> Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, nota 1, p. 153. Hart critica la lectura Kelseniana de estos fenómenos por no atribuir la importancia debida al hecho social de aceptación (Hart, HLA., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford University Press, Oxford, 1983, cap. 15: “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”).

<sup>8</sup> Finnis, John, *Philosophy of Law: Collected Essays Volúmen IV*. Oxford University Press, Oxford, 2011, cap. 21: “Revolutions and Continuity of Law” [1973].

<sup>9</sup> Kelsen, *General Theory*, *op. cit.*, nota 2, p. 119; Kelsen, *Teoría Pura*, *op. cit.*, nota 2, p. 24.

les de última instancia tienen un sorprendente poder (poco utilizado, según Kelsen) de introducir casi cualquier cambio en el sistema jurídico valiéndose del *res judicata*.

Conviene, pues, separar conceptualmente validez y eficacia, pero al tiempo reparar en su importante interdependencia que autores como Hart y Kelsen acaso apuntaron algo tímidamente.<sup>10</sup>

## 2. *Validez y valor moral*

Lo que es jurídicamente válido puede no ser moralmente correcto. Validez jurídica y valor moral no coinciden necesariamente. Una regla no es jurídicamente válida por el hecho de ser moralmente correcta. Y una regla puede de ser jurídicamente válida a pesar de ser moralmente incorrecta. La validez de una regla depende de la adecuación del acto que la crea a los criterios de validez establecidos por otras reglas del sistema, reglas que a su vez son válidas porque cumplen con sus correspondientes criterios de validez. He aquí otra posición ortodoxa en la teoría del derecho contemporánea: el derecho es positivo. Dicho de otro modo: el contenido normativo del sistema jurídico está en función solamente del significado jurídico de *actos* humanos de creación de derecho. Actos de creación de derecho son actos (normalmente intencionales) que dan lugar o bien a reglas jurídicas o bien a negocios jurídicos (dependiendo de la generalidad de su alcance y de la naturaleza pública o privada del actor).<sup>11</sup> Puesto que los actos son humanos, y los humanos somos moralmente falible, existe la posibilidad de que aquello que es jurídicamente válido sea inmoral.

Esta posición, que afirma la positividad del derecho, tiene dos principales alternativas. La primera alternativa es la que sostiene que el valor moral de una regla es condición *suficiente* de su validez jurídica. Según esta posición, hay reglas jurídicas que no tienen su origen en un acto de creación de derecho, sino que son jurídicamente válidas por el mero hecho de ser reglas

<sup>10</sup> En este sentido, resulta interesante el trabajo del REALISTA JURÍDICO escandinavo Alf Ross, que desarrolló el concepto de vigencia del derecho como algo distinto a la eficacia y a la validez: Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*. (Genaro Carrión, trad.) Buenos Aires, Universitaria, 1994 [1953], cap. 2.

<sup>11</sup> Para una articulación de la diferencia entre la creación de una regla y la creación de un negocio, Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1980 [1970], pp. 162 y ss.; Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*. Hutchinson, Londres, 1975, pp. 103 y ss. Comoquiera que se trace, la diferencia entre regla y negocio es solamente una distinción de grado, aunque útil y muy arraigada en la tradición jurídica civilista.

morales. La versión extrema de esta posición sostendría que el valor moral es también condición necesaria de la validez: es decir, que ninguna regla jurídica tiene su origen en un acto de creación del derecho, sino que el conjunto de reglas jurídicas es idéntico al conjunto de reglas morales. No sé de ningún autor que haya sostenido la versión extrema de esta posición. La versión moderada (el valor moral es condición suficiente pero no necesaria de la validez) quizá podría atribuirse al primer Dworkin, quien mantuvo —contra Hart— que el sistema jurídico consiste no sólo de reglas que tienen su origen en un acto humano de creación (como decía Hart) sino que también consiste de principios morales cuya juridicidad depende de su corrección moral (y de su encaje con las reglas existentes).<sup>12</sup>

La segunda alternativa a la afirmación de la positividad del derecho sostiene que el valor moral es condición *necesaria* (aunque no suficiente) de la validez jurídica. Esta posición no niega que las reglas tengan su origen en un acto de creación humana, pero sí niega que su validez dependa solamente de su conformidad con los criterios de validez establecidos por otras reglas. Según esta posición, una supuesta regla correctamente creada pero inmoral no es, en realidad, una regla jurídica válida. El corolario de esta posición es que toda regla jurídica válida es moralmente valiosa o al menos moralmente tolerable. Radbruch explícitamente adoptó esta posición, y más adelante le siguieron Alexy y MacCormick.<sup>13</sup> Según estos autores (salvando los matices de cada uno), la inmoralidad extrema de una regla impide de que ésta sea jurídicamente válida. En cierto modo, el Dworkin más reciente (el de *Law's Empire*) también adopta esta posición.<sup>14</sup> Según él, las proposiciones de derecho son verdaderas si encajan con las “decisiones políticas pasadas” y están moralmente justificadas. Si una proposición no cumple con alguno de los dos requisitos no es jurídicamente verdadera. (Se apreciará que el Dworkin más reciente no habla ni de reglas ni de validez, y por ello su asimilación a la posición que aquí examinamos es sólo aproximada: sección II.3.)

La posición que sostiene que el valor moral es condición necesaria de la validez se ha atribuido erróneamente a la escuela clásica del derecho natu-

<sup>12</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Duckworth, London, 1977, caps. 2-4. (véase, además, DERECHO COMO INTERPRETACIÓN).

<sup>13</sup> Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristenzeitung*, núm. 1, 1946, pp. 105 y ss.; Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*. Karl Alber, München, 1992, pp. 70 y ss.; MacCormick, Neil, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford University Press, Oxford, 2007, cap. 15.

<sup>14</sup> Dworkin, Ronald, *Law's Empire*. Hart Publishing, Oxford, 1986, *passim*.

ral. El origen del error quizá sea una lectura equivocada, sacada de contexto, del adagio de Santo Tomás de Aquino “*lex injusta non est lex*” (una ley injusta no es una ley).<sup>15</sup> En realidad, con esta frase o eslogan Aquino no hace más que resumir un argumento que ha elaborado con anterioridad. El argumento es que es útil distinguir dos sentidos de “derecho”. Un sentido es el de la validez, del derecho considerado válido en un ordenamiento dado. En este sentido, una regla no deja jurídica por el mero hecho de ser inmoral: el valor moral no afecta a la validez. Sin embargo, cabe hablar de derecho también en un sentido más rico. El propósito o razón de ser del derecho, dice Aquino, es promover el bien común (sección IV.1). Por ello, el derecho moralmente valioso es – en este segundo sentido – más propiamente derecho que el derecho injusto. Tal como apunta Finnis, la distinción entre estos dos sentidos de “derecho” se corresponde con una distinción que realizamos a menudo en el habla cotidiana, por ejemplo cuando decimos que un mal argumento no es propiamente un argumento, o que un cuchillo desafilado no es propiamente un cuchillo, o que un placebo no es propiamente una medicina. El eslogan “*lex injusta non est lex*” combina ambos sentidos de “derecho” (“ley”) en una sola frase: una ley (válida en un ordenamiento) injusta no es propiamente una ley (no cumple con la razón de ser del derecho).

Es importante entender que la tesis del DERECHO NATURAL CLÁSICO sobre el primer sentido de derecho, el de la validez, no es una mera concepción a la práctica jurídica que *de hecho* trata de “válidos” determinados actos y reglas independientemente de su valor moral. Por supuesto, es importante que una teoría jurídica refleje en la medida de lo posible la práctica del derecho (al fin y al cabo, la teoría del derecho trata de explicar una realidad social). Pero la afirmación de la positividad del derecho por parte de la escuela clásica tiene un fundamento aún más fuerte. No se trata tampoco del argumento esgrimido por Bentham y Hart,<sup>16</sup> de que la distinción entre el derecho que es y el que debe ser facilita la crítica del primero (es dudoso que posiciones cuidadosas como las de Radbruch o el primer Dworkin verdaderamente dificulten la crítica del derecho). La escuela clásica afirma, incluso celebra, la positividad del derecho *porque considera que es moralmente necesaria*: es imprescindible que el derecho sea positivo – y por tanto moralmente fálible – para que éste pueda cumplir con su razón de ser moral, que

<sup>15</sup> En este sentido, Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2011 [1980], cap. 12.

<sup>16</sup> Hart, HLA, *Essays on Bentham*. Oxford University Press, Oxford, 1982, cap. 1; Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, nota 7, cap. 2: “Positivism and the Separation of Law and Morals” [1958].

es la de hacer justicia. Es una tesis fundamental del pensamiento clásico que *es moralmente necesario que la validez del derecho no dependa (principalmente) de su valor moral*. En la sección IV tendremos ocasión de explicar y defender esta tesis, aparentemente paradójica, que es clave para entender la función y el funcionamiento de la validez.

A efectos presentes, basta con decir que debemos preferir la afirmación de la positividad (en el sentido explicado) por encima de sus diversas negaciones, puesto que es la posición que mejor encaja con la práctica jurídica y además responde al argumento clásico de por qué el bien común de una comunidad humana requiere la existencia de un ordenamiento jurídico. Con todo, conviene no hacer una lectura demasiado rígida y simplista de esta posición. Al igual que dijimos acerca de la relación entre eficacia y validez (II.A), es importante comprender todos los matices de la posición ortodoxa para no quedarnos con una caricatura. La afirmación de la positividad es compatible con una serie de debates acerca del posible carácter moral o no de algunos criterios de validez (establecidos por una regla positiva). Quienes participan en estos debates aceptan que el derecho es positivo, pero debaten sobre si una regla positiva puede o no establecer criterios de validez que impliquen juicios morales. Trataremos estos debates en la sección III, dedicada a los criterios de validez.

### *3. Validez y verdad (de proposiciones jurídicas)*

Como hemos apuntado más arriba, el Dworkin más reciente (desde *Law's Empire*) rechaza utilizar el concepto de validez e incluso el concepto de regla jurídica, como sí había hecho en trabajos anteriores. Su teoría del derecho como integridad (*law as integrity*) concibe el contenido del derecho como un todo unitario, un todo que no se subdivide en reglas o principios u otros estándares jurídicos. Dworkin nos explica cómo identificar el derecho aplicable a un determinado tipo de situación. Esto debe hacerse, nos dice, mediante el “juicio interpretativo”. Este juicio, a grandes rasgos, consiste en determinar qué respuesta i) mejor encaja con otras decisiones ya tomadas en el ordenamiento y ii) es moralmente superior. Según Dworkin, esta fórmula nos llevará a descubrir en cada caso una única respuesta moral y jurídicamente correcta. Cuando enunciemos esta respuesta – por ejemplo, “está legalmente prohibido consumir marihuana” – nuestro enunciado será verdadero. Dworkin denomina a los enunciados sobre el derecho aplicable “proposiciones

jurídicas” (*propositions of law*).<sup>17</sup> Las proposiciones jurídicas serán verdaderas o falsas en función de que se cumplan o no los dos elementos del juicio interpretativo (véase, DERECHO COMO INTERPRETACIÓN).

El concepto de validez, entendido tal y como ha sido esbozado en las secciones anteriores, es extraño a la teoría del derecho como integridad, por dos motivos. En primer lugar, no cabe hablar en esa teoría de la validez de reglas porque la teoría no concibe la existencia de *reglas* u otros estándares jurídicos. En segundo lugar, no cabe hablar de actos válidos de creación de derecho porque, en sentido escrito, el derecho no es *creado* sino descubierto: en concreto, surge de la interacción entre “decisiones políticas pasadas” y consideraciones morales.

Por tanto, lo que Dworkin denomina la verdad de las proposiciones jurídicas no equivale a lo que otras teorías denominan la validez de las reglas. Lo interesante de este contraste no es la distinción entre regla y enunciado. Esta distinción la manejan muchos autores, pues es aplicable a cualquier teoría del derecho que conciba la existencia de reglas jurídicas. Así, Kelsen y Raz, entre otros, recalcan que una regla es susceptible de ser válida o inválida (no verdadera o falsa), mientras que un enunciado jurídico es susceptible de ser verdadero o falso (no válido o inválido).<sup>18</sup> La peculiaridad de la teoría de Dworkin es que en ella no tiene cabida la validez (sólo la verdad de enunciados) porque la teoría rechaza subdividir el contenido del derecho en unidades denominadas “reglas” creadas respectivamente por actos. Y este modo de ver las cosas tiene un punto de verdad.

En efecto, es sin duda una simplificación entender que cada acto de creación de derecho da lugar a una regla jurídica, como si hubiera una correspondencia de 1:1 entre actos de creación y reglas creadas. Con frecuencia, el contenido de una regla jurídica – por ejemplo, de obligación – deriva de múltiples actos de creación de derecho, que incluso se han realizado con gran distancia temporal. (Pongamos que la obligación contractual de un determinado tipo de vendedor se deriva de una combinación de varios artículos del Código Civil y del Código de Comercio, de regulación regional, y de varias líneas de jurisprudencia del Tribunal Supremo, interpretados a la luz de una directiva europea y de la costumbre comercial local.) Dworkin tiene razón en que el *sistema* y el razonamiento jurídicos son más complejos de lo que la mayoría de transacciones jurídicas cotidianas podrían sugerir. Esa complejidad se aprecia especialmente en los casos controvertidos, plagados de ambigüedades e intereses incommensurables,

<sup>17</sup> Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, nota 14, p. 4.

<sup>18</sup> Kelsen, *Teoría Pura*, *op. cit.*, nota 2, pp. 84 y ss.; Raz, *Practical Reason*, *op. cit.*, nota 11, pp. 170 y ss.; Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Oxford University Press, Oxford, 1979, cap. 8.

que son los casos que suelen llegar a los tribunales de última instancia. Pero Dworkin distorsiona la realidad del derecho al centrarse únicamente en este último tipo de caso y dejar de lado la gran proporción de cuestiones legales rutinarias que se resuelven con una simple ojeada a un par de textos creados respectivamente por actos válidos datables (por ejemplo, un acta notarial y la Ley de Sociedades). De este modo, Dworkin descuida la función de *necesaria simplificación* que desempeña el concepto de validez en el día a día del derecho (sección IV).

Debe rechazarse también la negación de la positividad del derecho por parte de Dworkin (por las razones expuestas en la sección II.2), así como su tesis de la única respuesta correcta (por razones que exceden el cometido de este artículo).<sup>19</sup>

#### *4. Validez y normatividad*

El concepto de la NORMATIVIDAD DEL DERECHO tiene más de un significado. Es un concepto ambiguo, además de vago. A veces incluso se utiliza como comodín. Mi intención no es desglosar todos sus significados, sino incidir en aquellos que presentan una relación relevante con el concepto de validez.

En sentido amplio, la normatividad del derecho es simplemente su cualidad de consistir de normas – de reglas. Todas las reglas jurídicas son válidas. Pero hay un tipo de reglas jurídicas especialmente relacionadas con la validez. Hart trazó una importante distinción entre reglas de obligación y reglas que confieren poderes. Las reglas que confieren poderes son las reglas que establecen los criterios de validez de todo de creación de derecho. Ejercitar los poderes conferidos por este tipo de regla es exactamente lo mismo que realizar un acto válido. El poder que confieren estas normas es poder jurídico. Es la capacidad de alterar nuestras relaciones jurídicas o las de otras personas mediante un acto por el que expresamos nuestra voluntad de alterar nuestras relaciones jurídicas a través de esa misma expresión de voluntad (“os declaro marido y mujer”, “doy mi voto a X”, etc.: sección IV.3).

En sentido más estricto, la normatividad del derecho es su obligatoriedad: su capacidad de imponer OBLIGACIONES. Hay que distinguir aquí entre obligatoriedad jurídica y obligatoriedad moral. Hemos tocado la segunda al tratar de la relación entre validez y valor moral (sección II.2). Si lo

<sup>19</sup> Una crítica contundente se encuentra en Finnis, *Philosophy of Law*, *op. cit.*, nota 8, cap. 12 [1987].

que es válido no es necesariamente moralmente correcto, tampoco es necesariamente moralmente obligatorio. Cabe añadir que hay circunstancias en que puede ser moralmente obligatorio o tolerable cumplir con una regla inmoral (por ejemplo, para evitar la desestabilización de un sistema generalmente justo), pero en tales casos sería un abuso del lenguaje decir que es el derecho (inmoral) el que impone la obligación moral.

La relación entre validez y obligatoriedad jurídica es más estrecha. Incluso se ha llegado a afirmar que validez significa obligatoriedad.<sup>20</sup> Pero esta asimilación omite un paso intermedio algo reduccionista: supone que todas las reglas imponen obligaciones. Esto no es el caso. Aunque sólo sea por esto, debemos rechazar una explicación de la validez que la identifique sin más con la obligatoriedad del derecho, y seguir en busca de una explicación directa de la validez.

### III. CRITERIOS DE VALIDEZ

Para operar en el derecho, como ciudadano y especialmente como profesional, debemos conocer los criterios de validez. Esto es esencial a fin de poder identificar cuál es nuestra posición jurídica (o la de nuestro cliente) respecto a cualquier tipo de situación: es decir, cuáles son los deberes, derechos y poderes jurídicos que nos corresponden. Es por ello que los estudios de derecho versan en gran medida sobre los criterios de validez de sendos negocios jurídicos y actos jurídicos públicos. La doctrina sistematiza los criterios de validez para cada institución jurídica, y tiende a clasificarlos de diversas formas (por ejemplo, como requisitos cuya ausencia conlleva o bien nulidad de pleno derecho o bien anulabilidad).

La teoría del derecho da un paso más en el terreno de la abstracción: busca determinar cuál es la naturaleza de los criterios de validez. Es decir, se pregunta qué tienen en común todos los criterios de validez, o si no hay un denominador común, qué *tipos* de criterios de validez hay. La principal división aquí está entre quienes consideran que la validez depende solamente de “fuentes sociales” y quienes consideran que depende también (o incluso únicamente) de cuestiones morales. Estamos ante el mismo debate que apuntamos en la sección II.2: el debate entre quienes afirman y quienes niegan la positividad del derecho. Ya indicamos allí las razones por las que debe preferirse la primera posición y cómo debe entenderse. Quienes

<sup>20</sup> Kelsen, *Teoría Pura*, *op. cit.*, nota 2, en especial partes I y V; Raz, *Authority of Law*, *op. cit.*, nota 18, p. 150.

consideran que la validez depende solamente de “fuentes sociales” consideran que todos los criterios de validez son establecidos por actos humanos de creación de derecho.

Esta posición genérica, sin embargo, engloba varias posiciones específicas que, a su vez, pugnan entre sí. Podríamos decir la pugna concierne no la *fuente* de los criterios de validez sino su *contenido*. La fuente de un criterio de validez es un acto humano de creación de derecho. Pero ¿cuál puede ser el contenido de un criterio de validez? En especial, ¿puede una fuente social establecer un criterio de validez que suponga un juicio *moral*? Si, por ejemplo, un artículo de una ley establece que “las cláusulas contractuales injustas no son válidas”, y esa ley no define legalmente al término “injustas”, ¿debemos decir que la justicia es uno de los criterios de validez de un contrato?

A simple vista, eso parecería. Pero una serie de autores sostienen que, por motivos conceptuales (que comentaremos más abajo), los criterios de validez no pueden implicar juicios morales. Estos autores no niegan que el contenido de los criterios de validez puede ser muy diverso: en efecto, puede de hacer referencia a cuestiones procedimentales, temporales, de forma, de competencia, y por supuesto también sustantivas. Según estos autores, cualquier requisito que establezca (válidamente) una fuente social será criterio de validez – con excepción de las consideraciones morales. Como afirma Raz, “los criterios para identificar el contenido del derecho y determinar su existencia dependen exclusivamente de hechos relativos al comportamiento humano, capaces de ser descritos en términos moralmente neutros y de ser aplicados sin recurrir a un razonamiento moral”.<sup>21</sup> Esta posición se ha denominado “positivismo excluyente”.<sup>22</sup> De acuerdo con el positivismo excluyente, el término “injustas” en el ejemplo anterior no hace que la validez de los contratos dependa de su justicia, sino que implícitamente confiere discreción a los jueces para que determinen la validez de futuros contratos según lo que ellos consideren que es una cláusula injusta. Por ende, las cláusulas injustas no son inválidas antes de que un juez dicte

<sup>21</sup> Raz, *Authority of Law*, *op. cit.*, nota 18, pp. 38-9.

<sup>22</sup> Por ejemplo, Marmor, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Coleman, J. y Shapiro, S. (ed.) Oxford Handbooks Series, Oxford University Press, Oxford, 2002, cap. 3 (véase, además, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO).

sentencia, y si un juez decide que son válidas no incurre en error de derecho (sino sólo en error moral).<sup>23</sup>

Frente al positivismo excluyente se halla el llamado “positivismo incluyente”.<sup>24</sup> En su concepción más plausible, el positivismo incluyente sostiene que es posible (aunque no ocurra necesariamente en todo sistema jurídico) que una fuente social establezca un criterio de validez que, al referirse a consideraciones morales, las “incorpore” en el derecho haciendo así que la validez dependa de un juicio moral. En nuestro ejemplo, ello significaría que la disposición sobre las cláusulas contractuales “incorpora” en el derecho las consideraciones morales referentes a la justicia de los contratos, de manera que la validez de futuros contratos dependerá de su justicia. Por consiguiente, una cláusula injusta será inválida *ab initio*, y el juez que así no lo declare cometerá un error de derecho (y no sólo un error moral).

¿Cómo adjudicar entre el positivismo excluyente y el incluyente? Uno de los principales argumentos esgrimidos a favor del positivismo excluyente está basado en la teoría de Raz sobre la AUTORIDAD. Muy sucintamente, según Raz:

- (i) es conceptualmente cierto que todo sistema jurídico pretende tener autoridad;
- (ii) dado lo pretende, es capaz de tener autoridad;
- (iii) dado que es capaz de tener autoridad, es posible identificar el contenido de sus directrices sin recurrir a juicios morales.<sup>25</sup>

La justificación de (iii) se halla en la concepción raziana de la autoridad. Según esta concepción, quien tiene autoridad ofrece a sus sujetos “razones de segundo orden” que reflejan y *reemplazan* las razones (morales) de primer orden por las que el sujeto debería regirse en ausencia de la autoridad. La autoridad tiene mejor acceso que el sujeto a esas razones, y menor margen de error al ponderarlas, por lo que el sujeto que obedezca a la autoridad logrará una mayor conformidad con esas razones que si intenta ponderarlas por su cuenta. Para que la autoridad pueda desempeñar este “servicio” de mediación entre el sujeto y sus razones de primer orden, es esencial –

<sup>23</sup> Gardner, John, “Justification under Authority”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23 núm. 1, 2010, pp. 71-2.

<sup>24</sup> Por ejemplo, Himma, Kenneth, “Inclusive Legal Positivism”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Coleman, J. y Shapiro, S. (ed.) Oxford Handbooks Series, Oxford University Press, Oxford, 2002, cap. 4; Waluchow, Wil, *Inclusive Legal Positivism*. Oxford University Press, Oxford, 1994; y, Kramer, Matthew, *Where Law and Morality Meet*. Oxford University Press, Oxford, 2004 (véase, además, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO).

<sup>25</sup> Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1995 [1994], pp. 215 y ss.

dice Raz – que el sujeto pueda identificar la directriz de la autoridad (las razones de segundo orden) sin tener para ello que ponderar las razones que la directriz busca reemplazar. De ahí el positivismo excluyente de Raz.

Cabe cuestionar este argumento en cada uno de sus pasos. Aquí solamente apuntaremos dos posibles puntos débiles del positivismo excluyente como lo hemos presentado aquí. En primer lugar, la concepción de la autoridad del derecho en que se basa el paso (iii) puede tacharse de demasiado rígida. En la sección IV presentaremos una concepción algo distinta de la razón de ser del derecho, es decir, del fundamento de su autoridad. Es una concepción inspirada en la tradición clásica de pensamiento jurídico, que ya anticipamos en la sección II.2. Según esta concepción, para que el derecho pueda cumplir con su cometido moral sólo es necesario que la validez no dependa *principalmente* de juicios morales. La presencia de juicios morales no tiene por qué eliminarse *por completo*, y de hecho es importante que el sistema retenga (sobre todo a través de instituciones especializadas) la capacidad de evaluar la validez de cualquier acto jurídico a la luz – directamente – de su valor moral. Ello ocurre, por ejemplo, cuando un tribunal constitucional revisa la compatibilidad de una ley ordinaria con la parte material de la constitución interpretando para ello conceptos morales, como referidos a derechos fundamentales. Podemos añadir, además, que la presencia ocasional de criterios de validez morales no compromete la eficacia del sistema jurídico. No hay duda de que un sistema jurídico no puede existir si la mayoría de sus reglas no son regularmente cumplidas e invocadas por una parte importante de la población, especialmente los oficiales. Para que el derecho sea eficaz, es preciso que personas muy diversas generalmente identifiquen los mismos actos humanos como actos válidos creadores de derecho. Es obvio que si la IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO generalmente involucrara juicios morales y políticos, sobre los que cabe esperar poco consenso en una gran población, no habría suficientes criterios de identificación comunes para la subsistencia del sistema. Pero ello no significa que la eficacia del sistema requiera la ausencia *total* de criterios morales. De hecho, es posible que la ausencia total de criterios morales merme la eficacia tanto como su presencia excesiva.

El segundo punto débil del positivismo excluyente radica en su difícil adecuación a la práctica y razonamiento jurídicos, dada su concepción poco natural de las lagunas en el derecho. Según el positivismo excluyente, y volviendo al ejemplo anterior, el término “injustas” en la ley sobre cláusulas contractuales crea una laguna en el derecho. Es un concepto moral no legalmente definido, y por tanto no forma parte del contenido de la regla

jurídica. En consecuencia, la validez de las cláusulas permanece indeterminada hasta el momento en que decide el juez. Esta posición sin duda recuerda al REALISMO JURÍDICO (sección II.1), por lo demás tan desacreditado por los defensores del positivismo excluyente. Nótese que el positivismo excluyente realiza esta concesión al realismo solamente en lo que respecta a los conceptos morales. Si, en lugar de decir “injustas”, la ley de nuestro ejemplo dijera o “relativas a órganos humanos” o “manuscritas” o “añadidas después de la firma”, el positivismo excluyente no tendría inconveniente en sostener que las cláusulas que pertenecen a estas categorías son inválidas *ab initio*, con independencia de la decisión del juez.<sup>26</sup> La excepción concierne solamente los conceptos *morales*, y la razón de esta excepción se encuentra en la concepción de la autoridad comentada más arriba. Más allá de la rigidez posiblemente innecesaria de esta concepción de la autoridad, es importante señalar que el razonamiento jurídico ordinario no la refleja. A muchos profesionales del derecho les sorprendería la afirmación de que los conceptos morales en el derecho equivalen a lagunas – de que, por tanto, una ley según la cual “las cláusulas contractuales injustas no son válidas” no invalida las cláusulas contractuales injustas. Esta lectura artificiosa pierde gran parte de su fundamento si resulta que la razón de ser del derecho (y por tanto su autoridad) es compatible con la presencia restringida de criterios de validez morales. Abordamos la razón de ser el derecho en la próxima sección.

#### IV. ¿QUÉ ES LA VALIDEZ?

En la introducción a este artículo sugerimos que para comprender realmente qué es la validez debíamos preguntarnos cómo funciona y para qué sirve. Tal como sostienen Aristóteles y la tradición clásica del derecho natural, en el estudio de fenómenos sociales la pregunta fundamental es el *por*

<sup>26</sup> Es importante recordar la diferencia entre la vaguedad de un concepto y su carácter moral. Todo concepto jurídico vago genera lagunas con respecto a los casos fronterizos (“vehículo”, “posesión”, etc.). Los conceptos morales son especialmente vagos, y por tanto casi siempre generarán lagunas con respecto a los casos fronterizos. Por tanto, aunque rechacemos el positivismo excluyente, deberemos entender que la ley sobre cláusulas contractuales no determina el estatus jurídico de las cláusulas ligeramente injustas. Pero esto es porque el término “injustas” es vago; no porque sea moral. Para la visión raziana de las lagunas, que incluye los conceptos morales como una categoría independiente de lagunas, Raz, *Authority of Law*, *op. cit.*, nota 18, pp. 70 y ss.

qué, antes del qué o el cómo.<sup>27</sup> El por qué nos revelará el qué. Las aproximaciones indirectas al concepto de validez que hemos comentado en las secciones II y III eluden plantearse directamente para qué sirve la validez. Sin embargo, muchas de estas aproximaciones se basan, aun implícitamente, en una concepción de la razón de ser del derecho y de la validez jurídica. Así, por ejemplo, una versión del positivismo excluyente sostiene que no hay criterios de validez morales porque de otro modo el derecho no podría funcionar como una autoridad (sección III). Y Dworkin, por su parte, entiende que la función del derecho (y de la teoría del derecho) es justificar la fuerza sancionadora del sistema, y que su justificación pasa por demostrar que viene requerida, en cada extremo y ocasión, por razones morales preexistentes (de ahí la negación de la positividad del derecho y la afirmación de la tesis de la única respuesta correcta). A lo largo de las secciones anteriores, hemos expuesto y evaluado las aproximaciones indirectas al concepto de validez a la luz tanto de la práctica jurídica como de la razón de ser del derecho. En la presente sección ampliaremos esta última cuestión. En especial, buscaremos entender qué función desempeñan en un sistema jurídico el concepto de validez y los criterios de validez. El resultado será una explicación directa de la validez, una explicación que entre otras cosas dotará de un fundamento más firme a los argumentos sobre la relación de la validez con conceptos afines y sobre la naturaleza de los criterios.

### 1. La razón de ser del derecho

Cuando nos preguntamos por la razón de ser del derecho no nos preguntamos para qué fines puede utilizarse el sistema jurídico (o parte de él). Es evidente (y la historia lo corrobora) que los fines a los que *de hecho* se puede destinar la actividad jurídica son múltiples, y muchos de ellos perversos. Cuando nos preguntamos por la razón de ser del derecho, en la línea de la tradición clásica del pensamiento jurídico, nos preguntamos si un sistema jurídico, por el hecho de serlo, tiene una *mayor capacidad* para lograr un fin moralmente necesario de la que tiene cualquier alternativa al derecho. La cuestión, por tanto, consiste de (i) un juicio sobre la adecuación de un medio a un fin (¿tiene el derecho la *capacidad* de lograr un fin moralmente necesario?) y (ii) un juicio comparativo entre varios medios potencialmente

<sup>27</sup> Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, nota 15, cap. 1; Finnis, John, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*. Oxford University Press, Oxford, 1998, cap. 2; Finnis, *Philosophy of Law*, *op. cit.*, nota 8, cap. 1.

adecuados al mismo fin (¿es la capacidad del derecho *mayor* que la de medios alternativos?).

Ambas preguntas deben responderse afirmativamente, por razones que aquí sólo podemos esbozar.

#### A. *La capacidad del derecho de promover el bien común*

Un sistema jurídico tiene la *capacidad* de lograr gran variedad de fines moralmente necesarios, fines que podemos englobar en la promoción de la justicia y la garantía de los derechos humanos en una comunidad – o, dicho otro modo, la promoción del bien común (donde “común” significa “de cada miembro de la comunidad”). Promover el bien común de una comunidad requiere, fundamentalmente, dos cosas. Requiere, en primer lugar, que los principios morales (de justicia, derechos humano, etc.) abstractos se transformen en directrices concretas que puedan guiar la conducta de un gran número de personas de forma más o menos uniforme y previsible. En segundo lugar, requiere que estas directrices concretas sean efectivamente cumplidas. Concreción y cumplimiento – esos son los dos grandes pasos que (por así decir) separan la mera existencia de principios morales abstractos de la promoción efectiva del bien común en una comunidad de personas de carne y hueso.

Decir que los principios morales en muchos casos necesitan ser concretados antes de poder servir como guías efectivas de conducta colectiva implica que los principios morales por sí mismos no resuelven muchas de las cuestiones que requieren solución en la vida de una comunidad. Esta posición meta-ética entiende que si bien existen verdades y principios morales objetivos y cognoscibles, éstos son tan generales que no dan respuesta a numerosas situaciones concretas.<sup>28</sup> Por ejemplo, toda persona está moralmente obligada a contribuir de modo equitativo a los gastos de su comunidad, pero los principios morales de equidad no especifican exactamente de qué modo debe contribuir, con qué regularidad y mediante qué procedimiento. También está moralmente prohibido lesionar a otra persona de modo negligente o ponerla en peligro, pero los principios morales guardan silencio sobre cómo exactamente debe regularse el tráfico de una ciudad, por qué lado debe conducirse, y cuál es el límite de velocidad en cada tramo. También es moralmente necesario poder probar ante terceros la ad-

<sup>28</sup> Influyentes desarrollos de esta posición en teoría del derecho: Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, nota 15, pp. 111-8; Finnis, John, *Fundamentals of Ethics*. Georgetown, Washington, 1983, pp. 86-94; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*. Oxford University Press, Oxford, 1986, cap. 13.

quisición de un inmueble, pero los principios morales no determinan qué forma debe revestir una inscripción registral para servir a tal fin. Los ejemplos son inacabables, y en muchos casos suponen problemas de incompatibilidad (¿deben prohibirse las armas? ¿debe ayudarse a los pensionistas o a los parados?). En todos estos casos, hay más de una forma razonable de responder a las cuestiones concretas que se plantean. Los principios morales son vagos con respecto a esas cuestiones. Sin embargo, es imperativo que escojamos *una* de las opciones y la llevemos adelante, descartando las demás. Si no, todos estos problemas de justicia permanecerán sin solución.

Este tipo de problemas se han llamado problemas de coordinación.<sup>29</sup> Estamos ante un problema de coordinación cuando la consecución de un fin moralmente necesario requiere una conducta colectiva uniforme, y hay más de un patrón de conducta colectiva que en principio podría razonablemente servir a ese fin si fuera generalmente adoptado. Para que ese fin pueda verse realizado, debemos *concretar* públicamente el patrón de conducta y hacerlo *cumplir*. Estos son los dos aspectos en que puede consistir la *solución* de un problema de coordinación.

Como se desprende de los ejemplos anteriores, la promoción del bien común de una comunidad da lugar a numerosos y complejos problemas de coordinación. El derecho tiene la capacidad de promover el bien común solamente si tiene la capacidad de solucionar problemas de coordinación.

Y en efecto, tiene esa capacidad. Un sistema jurídico, por el hecho de serlo, tiene la capacidad de concretar patrones de conducta a gran escala y de hacerlos cumplir. Su capacidad de concretar patrones de conducta de modo público y ampliamente accesible deriva de la positividad (sección II.2). Esta concreción – que Aquino llamó *determinatio* – supone dar respuestas más detalladas de las que ofrecen los principios morales por sí mismos: supone, por así decirlo, *suplementar* los principios morales abiertos. Obviamente, para suplementar estos principios morales no puede recurrirse a consideraciones morales, que por hipótesis se han agotado, sino que son precisos actos humanos de decisión: esta es una razón por la que el derecho

<sup>29</sup> Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, nota 15, cap. 9; Finnis, *Philosophy of Law op. cit.*, nota 8, cap. 2; Raz, *Morality of Freedom*, *op. cit.*, nota 28, pp. 30, 49 y ss; Raz, Joseph. “Facing Up: A Reply”, *Southern California Law Review*, núm. 62, 1989, pp. 1189 y ss. Como se indica en este literatura, no debe confundirse esta concepción de un problema de coordinación con la concepción homónima desarrollada en la teoría de juegos: Schelling, Thomas, *The Strategy of Conflict*. Oxford University Press, New York, 1963, pp. 81 y ss.; Lewis, David, *Convention: A Philosophical Study*. Blackwell, Oxford, 2002 [1969], pp. 8 y ss.; Ullmann-Margalit, Edna, *The Emergence of Norms*. Oxford University Press, Oxford, 1977, pp. 78 y ss.

debe ser positivo. La otra razón es que los principios morales, además de ser abiertos, son controvertidos: con frecuencia las personas no nos ponemos de acuerdo sobre su contenido, incluso cuando su contenido ofrece solamente una respuesta correcta. Si la identificación del patrón de conducta a seguir por cada persona en cada ocasión dependiera de un juicio moral, difícilmente lograríamos los múltiples patrones de conducta colectiva uniforme necesarios para la promoción del bien común.

La positividad también influye en la capacidad de un sistema jurídico de hacer cumplir las directrices así concretadas. De hecho, la capacidad de concretar y la capacidad de hacer cumplir se refuerzan mutuamente. Cuanto más precisa y públicamente accesible una directriz, más probable su seguimiento voluntario y más eficaz y justa su aplicación por la fuerza. A la inversa, cuanto más probable el seguimiento general de una directriz (voluntariamente o por la fuerza), más sentido tiene tratarla de regla común capaz de establecer un patrón de conducta colectiva.<sup>30</sup> Una directriz que no es eficaz no puede solucionar un problema de coordinación. La eficacia del derecho (sección II.1) está directamente relacionada con su razón de ser.

Por tanto, un sistema jurídico, por el hecho de serlo, tiene la capacidad de promover el bien común porque tiene la capacidad de solucionar problemas de coordinación concretando patrones de conducta colectiva a gran escala y haciéndolos cumplir de modo justo.

### B. *La capacidad mayor del derecho*

Debemos preguntarnos ahora si esta capacidad del sistema jurídico es *mayor* que la de cualquier otro mecanismo de organización social no jurídico, como por ejemplo la costumbre, las exhortaciones *ad hoc* o la propaganda. Sólo si la capacidad del derecho es mayor podremos afirmar propiamente (de acuerdo con lo establecido antes) que la razón de ser del derecho es la solución de problemas de coordinación para el bien común. Para defender este punto es necesario profundizar en el mecanismo central a través del cual un sistema jurídico soluciona problemas de coordinación, lo que nos lleva a exponer la razón de ser de la validez.

<sup>30</sup> Sobre el concepto relacionado de “*salience*”, Lewis, *Convention*, *op. cit.*, nota 29, p. 35; Finnis, *Philosophy of Law*, *op. cit.*, nota 8, pp. 59, 60, 63-4, 67, 70, 150, 256; también en este sentido Schelling, *Strategy*, *op. cit.*, nota 29, pp. 111 y ss., 293.

## 2. La razón de ser de la validez

¿Qué hace que un sistema jurídico sea especialmente apto para solucionar los problemas de coordinación de grandes comunidades humanas? Los problemas de coordinación que surgen en grandes comunidades humanas son, como hemos apuntado, muchos y complejos. Su ámbito cubre temáticas muy diversas: la protección de la integridad física y la salud, el uso y la distribución de recursos naturales, la educación, las formas y medios de comunicación, la resolución de conflictos, y un largo etcétera. Dada la dimensión de una comunidad de este tipo, las personas y grupos que conviven en ella también son diversos y la mayoría no se conocen entre sí. Para que la organización de la comunidad sea eficaz y – lo que es más importante – adecuada al bien común, es esencial que las soluciones que se adopten para los problemas de coordinación en cada ámbito sean *coherentes* entre sí y relativamente *estables* en el tiempo. Sólo si, por ejemplo, la resolución de conflictos responde a las directrices públicas previamente establecidas, sólo si la contribución de cada uno a los gastos comunes es proporcional a sus recursos, sólo si la ayuda y protección a la persona es independiente del estatus social, sólo si existe igualdad de oportunidad en el ámbito público y privado, puede la organización de una comunidad aspirar a ser justa. Es necesario, por tanto, que los patrones de conducta colectiva en cada ámbito sean consistentes y complementarios, no independientes entre sí y sujetos a fluctuaciones y abusos constantes. Sólo un *sistema jurídico* tiene la capacidad de efectuar una distribución de beneficios y cargas a gran escala de un modo equitativo y razonablemente estable. Y lo que convierte un amálgama de acciones individuales en un *sistema* capaz de este cometido es, esencialmente, el concepto de validez.

Para explicar este punto, conviene distinguir entre dos niveles de coordinación. El nivel primario es el cometido principal del sistema jurídico: es la coordinación de la vida social en las formas y para los fines que venimos indicando. Esta coordinación requiere concretar y publicitar patrones de conducta a gran escala y hacerlos cumplir de modo universal. Acabamos de ver que es esencial que haya consistencia entre todas estas soluciones de problemas de coordinación primarios. Para ello, debe ser la misma entidad – la misma “voz” – la que concrete las pautas a seguir en cada ámbito, de manera que todos la podamos reconocer como tal y actuar en consecuencia (tanto quienes la debemos obedecer como quienes la deben hacer cumplir). Pero, ¿cómo hacer que la “voz” del derecho sea públicamente identificable en tan diversos ámbitos y a los ojos de tantas personas distintas? Sin

duda hay más de un método razonable y factible de identificar públicamente los actos de creación de derecho (y así distinguirlos, por ejemplo, de las promesas electorales o las meras declaraciones de intenciones). La identificación, para ser efectiva, no debe depender principalmente de juicios de valor que no sean compartidos por la mayoría de personas, pues de ser así nunca nos pondríamos de acuerdo en qué es derecho. Pero esto deja abiertas muchas posibilidades: ¿votación por mayoría y publicación en el boletín oficial? ¿escritura pública? ¿ceremonia e inscripción registral? ¿las firmas de tres testigos? En efecto, como el lector habrá advertido, la identificación del derecho da lugar, en sí misma, a un problema de coordinación, un problema de segundo nivel pues no trata directamente de la coordinación de la actividad social sino de una condición necesaria para que esta coordinación primaria se desarrolle: la existencia de un método público y común de reconocimiento de las directrices del derecho.<sup>31</sup>

La solución a este problema de coordinación de segundo nivel, el de la identificación del derecho, viene dada por los criterios de validez. Como explicó Hart, en todo sistema jurídico al menos los oficiales identifican el derecho de acuerdo con unos mismos criterios de validez.<sup>32</sup> Esta práctica oficial consistente determina lo que podríamos llamar los criterios de validez últimos: la identificación de las fuentes últimas del sistema y de los principales procedimientos de creación de derecho. En este escalón máximo de la jerarquía normativa, la solución al problema de coordinación de segundo nivel surge de modo espontáneo (contrariamente a los problemas de coordinación primarios, cuya solución requiere mecanismos de concreción y cumplimiento). Sin embargo, conforme descendemos en la jerarquía normativa del sistema, vemos que los criterios de identificación de actos subordinados de creación de derecho no surgen espontáneamente de una práctica social sino que son establecidos mediante actos deliberados. Así, por ejemplo, el legislador ordinario promulgará una ley que determine el procedimiento para crear válidamente una orden ministerial. Esta ley del legislador ordinario será un acto deliberado de creación de derecho que, a su vez, determinará cómo realizar e identificar otros actos de creación de derecho. Dicho de otro modo, esta ley del legislador ordinario será una regla que confiere poderes (sección II.4). Ello pone de relieve una importante verdad: el derecho es reflexivo. Como decía Kelsen, el derecho regula su propia creación. Por eso hay una jerarquía normativa y por eso el poder

<sup>31</sup> Se hace eco de estos dos niveles de coordinación en Endicott, Timothy, “The Subsidiarity of Law and the Obligation to Obey”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 50, 2005, pp. 237-8.

<sup>32</sup> Hart, *Concept of Law*, op. cit., citado en nota 1, caps. 5 y 6.

de crear y modificar el derecho puede distribuirse entre tantas instituciones y personas sin que el sistema pierda esa coherencia fundamental que lo distingue del caos y la anarquía. Pues es el derecho mismo el que determina qué actos son derecho (salvo en el escalón máximo de la jerarquía normativa), y su forma de hacerlo son los criterios de validez, establecidos por reglas jurídicas válidas. El mecanismo de la validez, por tanto, permite que numerosas personas e instituciones, pasadas y presentes, participen en la concreción pública de patrones de conducta colectivos. El segundo nivel de coordinación, de esta manera, constituye un apoyo decisivo al primer nivel de coordinación: la existencia de un mecanismo universal para la identificación del derecho permite que haya consistencia y complementariedad entre las soluciones a problemas de coordinación establecidas en cada ámbito y situación.

Resulta evidente, pues, que un sistema jurídico tiene una *mayor* capacidad de coordinar la vida social por el bien común de la que tienen formas de ordenación social informales. Éstas carecen de un segundo nivel de coordinación y por tanto de las cualidades sistémicas y de estabilidad (y por ende justicia) de un sistema jurídico. Podemos afirmar, por tanto, que la razón de ser del derecho es la coordinación de la vida social por el bien común, y la que razón de ser de la validez es la de ser una pieza clave en la capacidad del derecho de alcanzar este cometido.

### *3. El funcionamiento de la validez*

Cabe profundizar algo más en el funcionamiento de la validez. ¿Exactamente cuáles son las características de la validez que le permiten desempeñar la tarea que acabamos de describir? Retomamos aquí el argumento sobre cómo la positividad del derecho influye en su capacidad de solucionar problemas de coordinación (sección IV.1.A). El argumento tiene dos aspectos. (i) Por un lado, la positividad es necesaria porque son necesarios *actos de decisión* para suplementar y así concretar los principios morales abiertos. (ii) Por otro lado, la positividad es necesaria porque son necesarios criterios de identificación del derecho que puedan gozar de amplio *consenso* entre una población diversa, y los principios morales (incluso cuando ofrecen una respuesta correcta) gozan de menor consenso que consideraciones no morales relativas al procedimiento, la forma o el contenido de un acto de decisión. Vamos a comentar cada uno de estos aspectos a fin de entender mejor cómo funciona la validez y cuál es la naturaleza de sus criterios.

### A. *Los actos de creación de derecho*

El contenido del sistema jurídico se crea, no se descubre: las posiciones jurídicas de cada persona en cada momento están en función solamente del significado jurídico de *actos* humanos de creación de derecho. Esto viene corroborado por la práctica del derecho y además tiene un claro por qué. Cualquier parte del contenido normativo del sistema – por ejemplo, nuestras obligaciones bajo un determinado régimen contractual – puede reconducirse en última instancia a *actos* de creación de derecho. Tanto pueden ser actos generales (la promulgación del código civil) o como particulares (la celebración de un contrato, una sentencia); tanto pueden ser actos recientes como remotos en el tiempo y sujetos a sucesivas enmiendas. Con frecuencia hablamos de la validez de una “ley”, de un “contrato”, de un “matrimonio”, incluso de un “ticket” o de una “regla”. Estas realidades no son en sí mismas actos humanos. Son, podríamos decir, *resultados* o *productos* más o menos remotos de actos humanos, y con frecuencia un mismo “producto” derivará de más de un acto de creación (como vimos en la sección II.3). Y aun así usamos el apelativo “válido” (o alguna de sus variaciones equivalentes)<sup>33</sup> para referirnos a estos productos, los tratamos de entidades (“el contrato”, “el código”...), en lugar de hablar siempre exclusivamente de las posiciones normativas que se desprenden del conjunto de estas entidades en tanto que son aplicables a una situación concreta (“tus obligaciones [derivadas del contrato, la ley, la jurisprudencia...] son...”).<sup>34</sup> La razón por la que tiene sentido fragmentar el contenido normativo del sistema en sendas entidades es doble. Por un lado, denota la conexión genética de estas entidades con actos de decisión: una conexión jurídicamente relevante porque el contenido de estas entidades dependerá (entre otras cosas) de ciertas características de sus actos de creación. Por otro lado, la subdivisión del contenido del derecho en pequeñas unidades supone una simplificación del razonamiento jurídico que resulta crucial para el desarrollo de las operaciones jurídicas cotidianas. Como apuntamos en la sección II.3, cabe reprochar a la teoría de Dworkin su falta de atención a estas consideraciones.

Los actos de decisión que dan lugar a cambios en el contenido normativo del sistema tienen una naturaleza peculiar. Paradigmáticamente, son

<sup>33</sup> Entre las variaciones equivalentes encontramos, por ejemplo, las expresiones de que algo “es” o “no es” un contrato, de que un acto administrativo es “ultra vires” o no, de que una patente ha “expirado”, etcétera.

<sup>34</sup> Estas observaciones encajan en cierto modo con la concepción del último Kelsen de la validez como “existencia ideal”, aunque esta concepción se refería a normas jurídicas solamente: Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*. (Hartney, trad.) Oxford University Press, Oxford, 1991 [1979], Epígrafes 8 y 57-9.

actos intencionales por los que el agente expresa su intención de realizar un cambio en las posiciones jurídicas de sí mismo o de otros. La expresión de dicha intención es a veces literal y explícita (“por la presente acepto arrendar este inmueble...”, “concedo mi voto a...”, “os declaro marido y mujer”), a veces es completamente implícita (un apretón de manos, un silencio), y a veces está a medio camino (la firma de un documento de condiciones generales, una “x” en una papeleta). En todos estos casos, es la expresión misma de la intención – explícita o implícita – la que produce el efecto deseado. La expresión de la intención, por así decirlo, tiene un carácter “performativo”.<sup>35</sup> La mayoría de expresiones de intención que hacemos las personas en nuestra vida no tienen este carácter. Cuando decimos “sí, quiero estudiar derecho”, esa mera expresión de intención no nos sitúa al final de la carrera. Sin embargo, cuando decimos “sí, quiero casarme contigo” en el transcurso de una ceremonia de boda, nuestra expresión de intención *produce* el resultado que *describe*. ¿Qué distingue ambos tipos de expresión? Las expresiones de intención del segundo tipo, las que tienen un efecto performativo, se realizan de acuerdo con unos criterios preexistentes que establecen cómo expresar la intención para que produzca el efecto jurídico deseado. La misma expresión, efectuada sin cumplir estos criterios (por ejemplo, durante una conversación de bar), no tendrá efecto jurídico alguno. Es, por tanto, el cumplimiento de los criterios establecidos por el derecho lo que nos otorga el poder de alterar nuestras relaciones jurídicas mediante la expresión de nuestra intención de que así sea. Esos criterios no son otros que los criterios de validez, establecidos por reglas que confieren poderes: que nos confieren, en última instancia, el poder de participar en la tarea de coordinación social de un modo que respeta nuestra autonomía individual al tiempo que la hace compatible con la de otros.

Esta última consideración es importante. No todo lo que decidimos que sea derecho acabará siendo derecho. De otro modo, el caos sería completo. Las normas que confieren poderes (especialmente poderes privados) suelen dejar un amplio margen de discreción al que los ejerce. Pero la libertad no es completa, ni en cuanto a la forma ni en cuanto al contenido del ejercicio

<sup>35</sup> Sobre el uso “performativo” del lenguaje, Austin, J.L., *How To Do Things With Words*. (Urmson y Sbisa, Editores) Harvard University Press, Cambridge MA, 1975[ 1955]; Searle, John, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge University Press, Cambridge, 1969. A pesar de que tanto J.L. Austin como Hart intuyeron la importante conexión entre el estudio de los poderes jurídicos y lo que Austin llamaba el uso “performativo” del lenguaje, ninguno de los dos desarrolló esta conexión (Hart, *Essays on Bentham*, *op. cit.*, nota 16, p. 217; Austin, *How to do Things*, *op. cit.*, esta nota, p. 4 nota 2, y p. 19).

del poder. Por ejemplo, a pesar de la existencia del principio de libertad contractual, es posible que ciertas cláusulas que queramos incluir en un contrato nunca lleguen jurídicamente a formar parte de él porque estén en conflicto con alguna prohibición, o porque deban ser expresadas por escrito, o de cualquier otro modo vulneren un criterio de validez. El sistema jurídico funciona bien cuando encuentra un equilibrio justo entre la autonomía individual (y también la de instituciones públicas) y la necesidad de coherencia y consistencia entre los elementos del sistema. Demasiada coherencia supondría criterios de validez estrictos y costosos, y así poca relación entre lo que realmente queremos hacer y lo que jurídicamente logramos hacer. Demasiada libertad de forma y contenido supondría mucho margen para llevar a cabo jurídicamente nuestros deseos, pero un “sistema” tan poco coherente que sería ineficaz, incapaz de garantizar la consecución de los propósitos de los más débiles.

Hemos visto por qué el contenido del derecho es, y debe ser, determinado por *actos* humanos, actos de una naturaleza peculiar que permiten que la coordinación por parte del derecho se adapte con flexibilidad a los deseos de individuos y grupos sin perder por ello la coherencia necesaria para subsistir y garantizar igualdad y predictibilidad. Por ello, la validez es en primera instancia una cualidad de actos humanos, y derivadamente una cualidad que predicamos de los productos de esos actos, productos que agrupamos en “entidades” normativas para simplificar el razonamiento jurídico. Los criterios de validez establecidos por las reglas que confieren poderes son, y deben ser, relativos a características de los actos en cuestión, tanto de forma como de contenido, y no deben comprometer en exceso ni la autonomía individual ni, por otro lado, la coherencia y eficacia del sistema. De ahí la naturaleza de los criterios de validez defendida en la sección III.

### B. *La necesidad de consenso*

Pasamos al argumento, relacionado, sobre el *consenso* necesario para la eficacia del sistema. La necesidad de consenso es otra razón por la que el contenido del derecho debe determinarse por actos, no directamente por juicios morales, y a ser posible por características de esos actos que sean fáciles de reconocer y no susciten gran disenso entre la población. Lo observamos en la práctica del derecho: cuanto mayor la importancia de certeza respecto a la ocurrencia y contenido de un acto jurídico, más “formales” los criterios de validez a fin de facilitar la identificación del acto en cuestión por terceros, en el tiempo y el espacio, y de restringir las posibilidades de impugnación. El fortalecimiento puede ser tal que el cumplimiento de cri-

terios procedimentales compense errores sustantivos, como ocurre con las sentencias firmes o con ciertas inscripciones registrales y otros documentos públicos. Aun en el caso de actos jurídicos que no requieren esta certeza extrema, los criterios de validez frecuentemente incluirán firmas, formularios, sellos, declaraciones públicas, o presencia de testigos. Son todos ellos elementos cotidianos en la práctica del derecho y tienen una razón de ser, una razón de ser moral.

¿Moral?, puede uno preguntarse. ¿Qué hay de moral en el requisito de que haya tres firmas en lugar de dos, o de que se emita la resolución hasta las 23.59h de un día determinado? Es cierto que muchos criterios de validez que encontramos diariamente son, en cierto sentido, arbitrarios. Son arbitrarios en el sentido de que podrían razonablemente haber sido diferentes. Si la ley dijera dos en lugar de tres testimonios, y todos siguieran este requisito, incluidos los tribunales, el efecto de la regla en cuestión seguramente sería el mismo. Pero la ley dice tres, y por ello lo jurídicamente correcto es que sean tres. Y, si la ley es razonable, también es lo moralmente correcto. Pues así se sigue de la lógica de los problemas de coordinación. La IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO, como ya indicamos (sección IV.2), da lugar a problemas de coordinación de segundo orden. La exacta combinación de criterios de validez no suele estar moralmente determinada: de entrada no hay una sola combinación que sea moralmente superior a las demás. (Las consideraciones morales incluyen, por supuesto, las consideraciones de eficacia, pues es moralmente necesario que el sistema funcione sin retrasos ni dilapidación de recursos). El razonamiento moral sí *descarta* sendas posibilidades: son generalmente inadecuados los criterios morales, que suscitan disenso; los criterios demasiado sofocantes de la autonomía individual; los criterios desproporcionadamente costosos, etc. Pero una vez descartadas las opciones inadecuadas, permanecen sobre la mesa muchas posibilidades, y es esencial que se encoja *una* y que gane aceptación general. En la medida que una combinación de criterios es ampliamente seguida, tenemos una razón – ahora sí – para considerarla moralmente superior a sus alternativas.

Nada de lo que se ha dicho en estas dos secciones (IV.2.A y IV.2.B) sobre el funcionamiento de la validez excluye la presencia ocasional de criterios de validez morales (sección III). Si una regla establece que ciertos actos no serán válidos si infringen determinado principio moral, ello deja intacta – incluso refuerza – la positividad del derecho y su aptitud para coordinar y generar el consenso necesario para ello.

#### 4. *La naturaleza de la validez*

¿Qué es, entonces, la validez? En esencia, la validez es un sofisticado mecanismo de coordinación. Ofrece la solución a lo que hemos llamado el problema de coordinación secundario de todo sistema jurídico: el problema de la IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO. La razón de ser del derecho es la coordinación de la actividad social para el bien común. El derecho tiene la capacidad única de desempeñar esta tarea en gran medida gracias al mecanismo de la validez. Mediante la validez el derecho regula su propia creación. Lo hace de tal manera que da cabida a las decisiones de muy diversas personas y grupos, englobándolas en un marco institucional que ofrece coherencia, estabilidad, y *pro tanto* IGUALDAD y justicia.

Como hemos visto, esta manera de entender la validez como mecanismo de coordinación explica por qué la validez es distinta de la eficacia aunque está íntimamente relacionada con ella (sección II.1). Explica también por qué es moralmente necesaria la positividad del derecho y, en concreto, por qué es moralmente necesario que la validez de un acto no dependa principalmente de su valor moral (sección II.2). Hemos señalado, además, que la validez logra coordinar porque simplifica el razonamiento jurídico facilitando su subdivisión en unidades manejables (“regla”, “contrato”...) y que más o menos remotamente retienen su conexión con uno o más actos de creación (sección II.3). La validez no es, por tanto, lo mismo que la obligatoriedad del derecho (sección II.4): son las reglas que confieren poderes las que establecen los criterios de validez, y de este modo nos confieren el “poder” de contribuir responsablemente a dar forma al modo de vida que devendrá obligatorio en nuestra comunidad. En este sentido, decir que un acto es válido equivale a decir que el acto participa (o es capaz de participar) en la tarea de coordinación de la actividad social en interés del bien común.

Nos queda por resolver el interrogante con que abrimos el artículo. Si la validez es tan omnipresente en nuestras vidas y tan moralmente importante, ¿cómo es que tan pocas veces nos preguntamos para qué sirve, cómo funciona, y qué es? La respuesta a esta aparente paradoja viene dada por el funcionamiento mismo de la validez. El concepto de validez aísla del RAZONAMIENTO JURÍDICO las cuestiones controvertidas, incluida la reflexión sobre la razón de ser del derecho y sobre los méritos del acto en cuestión. De esta manera, la validez permite que actos jurídicos pasados mantengan su relevancia en el presente y futuro, y sean reconocidos como tales por quienes no presenciaron el acto y están en desacuerdo moral con su contenido. La función de la validez es la de suspender, apartar, relegar a un segundo plano cuestiones relativas al por qué, y concentrar toda la atención en los criterios: aquello que debemos

comprobar para saber qué es derecho. No es de extrañar, por tanto, que el razonamiento jurídico ordinario deje de lado cuestiones sobre la razón de ser de la validez misma. Ni es de extrañar que la doctrina haga lo propio. Esta omisión no es más que un síntoma de la operación de la validez. Un síntoma del que, por cierto, la teoría del derecho no debería contagiarse.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### 1. *Bibliografía citada*

- ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*. Karl Alber, München, 1992.
- AUSTIN, J.L., *How To Do Things With Words*. 2a. ed., Urmson y Sbisa (eds.) Harvard University Press, Cambridge MA, 1975 [1955].
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Duckworth, London, 1977.  
\_\_\_\_\_, *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1986.
- ENDICOTT, Timothy, “The Subsidiarity of Law and the Obligation to Obey”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 50, 2005.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*. 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2011 [1980].  
\_\_\_\_\_, *Fundamentals of Ethics*, Georgetown, Washington, 1983.  
\_\_\_\_\_, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998.  
\_\_\_\_\_, *Philosophy of Law: Collected Essays Volúmen IV*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- GARDNER, John. “Justification under Authority”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23, núm. 1, 2010.
- HART, HLA, *The Concept of Law*, 3a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012 [1961].  
\_\_\_\_\_, *Essays on Bentham*, Oxford University Press, Oxford, 1982.  
\_\_\_\_\_, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983.
- HIMMA, Kenneth. “Inclusive Legal Positivism”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.) Oxford Handbooks Series, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- HOLMES, Oliver Wendell, Jr. “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, (Wedberg, trad.) Russell, Nueva York, 1945.

- \_\_\_\_\_, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., (Roberto Vernengo, trad.) México, Porrúa, 1998 [1960].
- KELSEN, Hans, *General Theory of Norms*. (Hartney, Traductor) Oxford University Press, Oxford, 1979 [1991].
- KENNEDY, Duncan, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beard Books, Washington DC, 2006 [1975].
- KRAMER, Matthew, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- LEWIS, David, *Convention: A Philosophical Study*, Blackwell, Oxford, 2002 [1969].
- MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MARMOR, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.) Oxford Handbooks Series, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- RADBRUCH, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristenzeitung*, núm. 1, 1946.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1995 [1994].
- \_\_\_\_\_, “Facing Up: A Reply”, *Southern California Law Review*, núm. 62, 1989.
- \_\_\_\_\_, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres, 1975.
- \_\_\_\_\_, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- \_\_\_\_\_, *The Concept of a Legal System*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1980 [1970].
- \_\_\_\_\_, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*. (Genaro Carrió, trad.) Buenos Aires, Universitaria, 1994 [1953].
- SCHELLING, Thomas, *The Strategy of Conflict*, Oxford University Press, New York, 1963.
- SEARLE, John, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969.
- ULLMANN-MARGALIT, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1977.
- WALUCHOW, Wil, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

## 2. *Bibliografía seleccionada*

- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*. Hart Publishing, Oxford, 1986.
- ENDICOTT, Timothy. “Adjudication and the Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, 2007.

- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2011 [1980].
- \_\_\_\_\_, *Philosophy of Law: Collected Essays Volúmen IV*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- HART, HLA. *The Concept of Law*, 3a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012 [1961].
- HOLMES, Oliver Wendell, Jr. “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*. (Wedberg, trad.) Russell, Nueva York, 1945.
- \_\_\_\_\_, *Teoría Pura del Derecho*. 2a. ed., (Roberto Vernengo, trad.) México, Porrúa, 1998 [1960].
- KÖPCKE TINTURÉ, Maris, “Finnis on Legal and Moral Obligation” en John Keown y Robert George, eds., *Reason, Morality, and Law: The Jurisprudence of John Finnis*. Oxford University Press, Oxford, 2013.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- \_\_\_\_\_, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- \_\_\_\_\_, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1995 [1994].
- ULLMANN-MARGALIT, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1977.

### 3. Lecturas de apoyo

- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2006, cap. 7.
- GARDNER, John, “Legal Positivism: 5 V 2 Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001. “GARDNER”, “*American Journal of Jurisprudence*”
- \_\_\_\_\_, “Some Types of Law” en D. Edlin (ed.) *Common Law Theory*. Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- GREEN, Leslie. “Legal Obligation and Authority” en *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2003, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-obligation/>.
- SIMMONDS, Nigel, *Central Issues in Jurisprudence*, 3a. ed., Sweet&Maxwell, London, 2008 [1986].