

9. *Tres criterios de valoración*

El estudio de las reglas de conducta, particularmente de las reglas jurídicas, presenta muchos problemas interesantes, de gran actualidad, no sólo para la teoría general del derecho (sobre todo después de Kelsen), sino también para la lógica y para la filosofía contemporáneas. En lo que sigue examinaremos algunos de estos problemas.

A mi juicio, si se quiere establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas, el primer punto que hay que tener bien claro es si toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones, y si estas valoraciones son independientes entre sí. En efecto, frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es *justa* o *injusta*; 2) si es *válida* o *inválida*; 3) si es *eficaz* o *ineficaz*. Se trata de tres diferentes problemas: de la *justicia*, de la *validez* y de la *eficacia* de una norma jurídica.

El problema de la justicia es el problema de la más o menos correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico. No tocamos por ahora el problema de si existe un ideal del bien común, idéntico en todo tiempo y lugar. Nos es suficiente comprobar que todo ordenamiento jurídico persigue algunos fines, y aceptar que estos fines representan los valores para cuya realización el legislador, más o menos conscientemente, más o menos adecuadamente, dirige su propia obra. Cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores. Pero también en el caso de quien no crea en

valores absolutos, el problema de la justicia de una norma tiene un sentido: equivale a preguntarse si esa norma es apta para realizar los valores históricos que inspiran ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado. El problema de si una norma es o no justa es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: norma justa es lo que debe ser; norma injusta es lo que no debería ser. Plantear el problema de la justicia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal. Por eso el problema de la justicia se conoce comúnmente como el problema *deontológico* del derecho.

El problema de la *validez* es el problema de la existencia de la regla en cuanto a tal, independientemente del juicio de valor sobre su contenido de justicia. Mientras el problema de ésta se resuelve con un juicio de valor, el problema de la validez se resuelve con un juicio de existencia o de hecho. Esto es, se trata de comprobar si una regla jurídica existe o no, o mejor si aquella determinada regla, así como es, es una regla jurídica. Validez jurídica de una norma equivale a existencia de esa norma como norma jurídica. Mientras que para juzgar la justicia de una norma es necesario medirla según un valor ideal, para juzgar su validez se requiere realizar investigaciones de carácter empírico-racional, investigaciones que se hacen cuando se trata de establecer la entidad y la dimensión de un suceso. Particularmente, para decidir si una norma es válida (esto es, si existe como regla jurídica que pertenece a un determinado sistema) con frecuencia es necesario realizar tres operaciones:

1. Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el *poder legítimo para expedir normas jurídicas*, es decir, normas vinculantes en ese determinado ordenamiento jurídico (esta investigación conduce inevitablemente a remontarse a la norma fundamental, que es la base de la validez de todas las normas de un determinado sistema).

2. Comprobar si no ha sido derogada, comoquiera que una norma puede *haber sido* válida, en el sentido de haber sido promulgada por un poder autorizado para hacerlo, pero esto no quiere decir *que lo sea todavía*, lo que sucede cuando una norma posterior en el tiempo la ha derogado expresamente o ha regulado la misma materia.

3. Comprobar que no sea *incompatible* con otras normas del sistema (lo que también se llama *derogación implícita*), particularmente con una norma jerárquicamente superior (una norma constitucional es superior a una ley ordinaria en una constitución rígida) o con una norma posterior, comoquiera que en todo ordenamiento jurídico rige el principio de que dos normas incompatibles no pueden ser válidas a un mismo tiempo (así como en un sistema científico dos proposiciones

contradictorias no pueden ser válidas). El problema de la validez jurídica presupone que se haya dado respuesta a la pregunta: ¿qué se entiende por derecho? Se trata, queriendo adoptar una terminología familiar entre los filósofos del derecho, del problema *ontológico* del derecho.

El problema de la *eficacia* de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto. Que una norma exista en cuanto norma jurídica no implica que también sea constantemente cumplida. No es nuestro objetivo investigar ahora cuáles pueden ser las razones para que una norma sea más o menos cumplida. Nos limitamos a comprobar que hay normas que son cumplidas universalmente de manera espontánea (y son las más eficaces); que otras se cumplen, por lo general, sólo cuando van acompañadas de coacción; otras no se cumplen a pesar de la coacción, y las hay que son violadas sin que ni siquiera se aplique la coacción (y son las más ineficaces). La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma como de la típicamente jurídica acerca de su validez. También aquí, para usar la terminología docta, aunque en un sentido diferente del acostumbrado, se puede decir que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema *fenomenológico* del derecho.

#### 10. Los tres criterios son independientes

Estos tres criterios de valoración de una norma crean tres clases distintas de problemas, independientes entre sí, en cuanto que la justicia no depende ni de la validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez. Para explicar estas diversas relaciones de independencia, formulamos las siguientes seis proposiciones:

1. *Una norma puede ser justa sin ser válida.* Para dar un ejemplo clásico, los teóricos del derecho natural formulaban en sus tratados un sistema de normas sacadas de principios jurídicos universales. Quien formulaba estas normas, las consideraba justas porque las concebía coherentes con principios universales de justicia. Pero estas normas, mientras quedaran solamente escritas en un tratado de derecho natu-



ral, no eran válidas. Adquirían validez sólo en la medida en que fueran receptadas en un sistema de derecho positivo. El derecho natural puede ser considerado el derecho justo por excelencia; pero por el solo hecho de ser justo no es también válido.

2. *Una norma puede ser válida sin ser justa.* En este punto no es necesario hacer grandes esfuerzos para encontrar ejemplos. Ningún ordenamiento jurídico es perfecto: entre el ideal de justicia y la realidad del derecho hay siempre un vacío más o menos grande según los regímenes. En verdad el derecho que, en todos los regímenes de un cierto período histórico y en algunos regímenes que hoy consideramos de civilización atrasada, admitía la esclavitud, no era justo, pero no por esto menos válido. Hasta hace poco existieron normas racistas que ninguna persona racional puede considerar justas y, sin embargo, eran válidas. Un socialista difícilmente considera justo un ordenamiento que reconoce o protege la propiedad privada; así como un reaccionario difícilmente reconocerá como justa una norma que considera lícita la huelga y, sin embargo, ni el socialista ni el reaccionario dudarán del hecho de que en un ordenamiento positivo como el italiano, tanto las normas que regulan la propiedad privada como las que reconocen el derecho de huelga son válidas.

3. *Una norma puede ser válida sin ser eficaz.* El caso de las leyes sobre la prohibición de bebidas alcohólicas en los Estados Unidos de América, que rigieron entre las dos guerras mundiales, se cita como el más sonado. Se dice que el consumo de bebidas alcohólicas durante el régimen de prohibición no fue inferior al consumo del período inmediatamente posterior, cuando se levantó la prohibición. Ciertamente se trataba de leyes «válidas», en cuanto emanaban de los órganos competentes para esta función, pero no eran eficaces. Sin ir muy lejos, muchos artículos de la Constitución italiana no han sido aplicados hasta hoy. ¿Qué significa la tan a menudo deplorada desaplicación de la Constitución? Significa que nos encontramos ante normas jurídicas que, aun siendo válidas, esto es, existentes como normas, no son eficaces.

4. *Una norma puede ser eficaz sin ser válida.* Hay muchas normas sociales que son cumplidas espontánea o habitualmente, es decir, son eficaces, como por ejemplo las reglas de buena educación en algunos círculos sociales. Estas reglas, por el solo hecho de ser cumplidas, no llegan a pertenecer a un sistema jurídico, esto es, no adquieren validez jurídica. Se podría objetar que el derecho común constituye un conspicuo ejemplo de normas que adquieren validez jurídica, es decir, llegan a ser parte de un sistema normativo, sólo mediante su eficacia. ¿No es acaso la eficacia el uso constante, regular, uniforme que se exige a una costumbre para que se vuelva jurídica? Pero a esta objeción se puede

responder que ninguna costumbre se vuelve jurídica por medio del uso, comoquiera que lo que la hace jurídica, lo que la incluye en un sistema, es el hecho de ser acogida y reconocida por los órganos competentes para producir normas jurídicas en ese sistema, como el legislador o el juez. Mientras sea solamente eficaz, una norma consuetudinaria no se vuelve norma jurídica. Se vuelve jurídica cuando los órganos del poder le atribuyen validez. Lo que confirma que la eficacia no se transforma directamente en validez y, por tanto, una norma puede continuar siendo eficaz sin que por esto se vuelva jurídica.

5. *Una norma puede ser justa sin ser eficaz.* Hemos visto que una norma puede ser justa sin ser válida. No debemos dudar en agregar que puede ser justa sin ser eficaz. Cuando la sabiduría popular dice que «no hay justicia en este mundo», se refiere al hecho de que aunque son muchos quienes teóricamente exaltan la justicia, pocos son quienes la practican. Por lo general, para que una norma sea eficaz debe ser también válida. Si es verdad que muchas normas de justicia no son válidas, con mayor razón tampoco son eficaces.

6. *Una norma puede ser eficaz sin ser justa.* El hecho de que una norma sea universalmente respetada no demuestra su justicia, del mismo modo que el hecho de no ser respetada no es prueba de su injusticia. La derivación de la justicia de la eficacia se podría equiparar a uno de los argumentos que de ordinario era discutido entre los iusnaturalistas, al llamado argumento del *consensus humani generis*, o más simplemente, del *consensus omnium*. Se preguntaban los iusnaturalistas si se puede considerar máxima de derecho natural aquella que sea aceptada por todos los pueblos (algunos decían «por todos los pueblos civilizados»). La respuesta de los iusnaturalistas más intransigentes a lo sumo era negativa. Y con razón: el hecho de que la esclavitud, por ejemplo, fuese practicada por todos los pueblos civilizados en un cierto período histórico no transformaba la esclavitud en una institución conforme a la justicia. La justicia es independiente de la validez, pero también es independiente de la eficacia.

#### 11. Posibles confusiones de los tres criterios

Cada uno de los tres criterios examinados hasta aquí determina un campo bien preciso de investigación para el filósofo del derecho. Se puede llegar inclusive a afirmar que los tres problemas fundamentales, de los cuales se ha ocupado tradicionalmente la filosofía del derecho, coinciden con las tres calificaciones normativas: la de la justicia, la de la validez y la de la eficacia. El problema de la justicia da lugar a todas aquellas investigaciones que tratan de precisar los valores supremos



hacia los cuales tiende el derecho; en otras palabras, los fines sociales cuyo instrumento de realización más adecuado son los ordenamientos jurídicos, con su complejo de reglas y de instituciones. De aquí nace la filosofía del derecho como *teoría de la justicia*.

El problema de la validez constituye el núcleo de las investigaciones dirigidas a precisar en qué consiste el derecho como regla obligatoria y coactiva, cuáles son las características peculiares del ordenamiento jurídico que lo hacen diferente de otros ordenamientos normativos (como el moral), y, por tanto, no los fines que deben realizarse, sino los medios dispuestos para el logro de esos fines, o el derecho como instrumento para la realización de la justicia. De aquí nace la filosofía del derecho como *teoría general del derecho*.

El problema de la eficacia nos lleva al terreno de la aplicación de las normas jurídicas, o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del derecho, en su formación, desarrollo, cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico. De aquí nace el aspecto de la filosofía del derecho que lleva a la *sociología jurídica*.

Esta tripartición de problemas es hoy generalmente reconocida por los filósofos del derecho y corresponde en parte a la distinción de las tres funciones de la filosofía del derecho (funciones deontológica, ontológica y fenomenológica) que se ha desarrollado desde comienzos del siglo en la filosofía del derecho italiano, principalmente por obra de Giorgio del Vecchio. Para dar una prueba del consenso general sobre esta concepción tripartita de la experiencia jurídica, cito el testimonio de tres teóricos del derecho contemporáneo, pertenecientes a tres países y a tres diferentes tradiciones culturales. Eduardo García Máynez, profesor de la Universidad de México, seguidor del filósofo español Ortega y Gasset y de su «perspectivismo», en un ensayo, *La definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico* (México, 1948), dice que por «derecho» se entienden generalmente tres cosas: *el derecho formalmente válido, el derecho intrínsecamente válido, el derecho positivo o eficaz*. Con la primera denominación entiende aquellas reglas de conducta que «la autoridad política considera como vinculantes en un determinado territorio o en una determinada época»; con la segunda quiere indicar el derecho justo, esto es, las reglamentaciones de las relaciones de coexistencia entre los hombres que más corresponden al ideal de justicia; y con la tercera indica aquellas reglas de conducta que «determinan efectivamente la vida de una sociedad en un determinado momento histórico».

No hay que hacer mucho esfuerzo para reconocer en estos tres mo-

dos de entender el derecho la distinción entre validez, justicia y eficacia.

Como segundo testimonio citamos a Julius Stone, profesor de la Universidad de Sidney (Australia), alumno del más autorizado filósofo del derecho contemporáneo estadounidense, Roscoe Pound. Stone, en su más sobresaliente obra *The Province and Function of Law as Logic. Justice and Social Control* (Sidney, 1946), afirma que el estudio del derecho, para que sea completo, consta de estas tres partes: 1) *jurisprudencia analítica*, que es lo que nosotros llamaríamos teoría general del derecho, o sea el estudio del derecho desde el punto de vista formal; 2) *jurisprudencia crítica o ética*, que comprende el estudio de los diferentes ideales de justicia y, por tanto, del derecho ideal en sus relaciones con el derecho real, y que coincide con aquella parte de la filosofía del derecho que nosotros llamaríamos teoría de la justicia; 3) *jurisprudencia sociológica*, que estudia, según la expresión preferida por Pound, no el derecho en los textos (*law in books*), sino el derecho en acción (*law in action*), y corresponde a la sociología jurídica, en cuanto estudia el derecho vivo en la sociedad.

El tercer testimonio lo tenemos en Alfred von Verdross, profesor de la Universidad de Viena, quien profesa el iusnaturalismo. En un artículo titulado *Zur Klärung des Rechtsbegriffes* [Por la claridad del concepto de derecho] de 1950, después de haber diferenciado cuidadosamente el problema de la justicia del de la validez, precisa que hay tres modos diversos de considerar el derecho, según se le examine en su valor ideal (que es la justicia), en su valor formal (que es la validez) y en su cumplimiento práctico (que es la eficacia), y se expresa así: «El sociólogo con sus medios puede comprender sólo la eficacia del derecho; el teórico del derecho sólo la forma del derecho y la conexión intrínseca de las normas positivas, mientras el filósofo moral (el teórico del derecho natural) se interesa solamente por la justicia ética de las normas jurídicas y por su obligatoriedad interna» (págs. 98 y 99).

Se entiende que esta distinción de problemas no se debe concebir como una separación en compartimentos estancos. Quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener en cuenta que ella es esa parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de la mejor organización de la vida de los hombres asociados. Si hemos insistido en la distinción e independencia de las tres valoraciones, es porque creemos negativa su confusión, y principalmente porque consideramos inaceptables otras teorías que no hacen esta clara distinción, y que por el contrario tien-



den a reducir alguno de estos tres aspectos a los otros dos, haciendo lo que se llama, con un feo neologismo, obra de «reduccionismo». Creo que se pueden distinguir tres teorías reduccionistas, a cuya crítica dedico los últimos tres párrafos de este capítulo.

Hay una teoría que *reduce la validez a la justicia*, afirmando que una norma es válida sólo si es justa; en otras palabras, hace depender la validez de la justicia. El ejemplo histórico más evidente de este reduccionismo es la doctrina del derecho natural.

Otra teoría *reduce la justicia a la validez*, en cuanto afirma que una norma es justa por el solo hecho de ser válida, haciendo depender la justicia de la validez. El ejemplo histórico de esta teoría lo da la concepción del derecho que se contraponen al iusnaturalismo, la concepción positivista (en el sentido más restringido y estricto del término).

Finalmente hay una teoría que *reduce la validez a la eficacia*, por cuanto afirma que el derecho real no es el que se encuentra enunciado en una Constitución, en un código, o en un cuerpo de leyes, sino que es aquel que los hombres efectivamente aplican en sus relaciones cotidianas; esta teoría hace depender en última instancia la validez de la eficacia. El ejemplo histórico más radical lo ofrecen las corrientes llamadas realistas de la jurisprudencia estadounidense, y sus antecesoras en el continente.

Nosotros consideramos que estas tres concepciones están viciadas por el error del «reduccionismo» que lleva a eliminar o, por lo menos, a confundir uno de los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica, y consecuentemente la mutilan. La primera y la tercera no logran ver la importancia del problema de la validez; la segunda cree poder liberarse del problema de la justicia. A continuación las examinamos separadamente.

## 12. El derecho natural

No es tarea nuestra explicar un problema tan rico y complejo como el del derecho natural. Aquí la corriente del derecho natural es discutida sólo en cuanto existe una tendencia general en sus teóricos a reducir la validez a la justicia. La corriente del derecho natural se podría definir como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe ser conforme a la justicia. Una ley no conforme con esta, *non est lex sed corruptio legis*. Una formulación reciente y ejemplar de esta doctrina la ofrece Gustav Radbruch: «Cuando una ley niega conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, cuando concede arbitrariamente o rechaza los derechos del hombre, adolece de validez... los juristas también deben tener el valor para negarle el carácter jurídico»;

y en otra parte: «Pueden darse leyes de contenido tan injusto y perjudicial que hagan necesario negarles su carácter jurídico... comoquiera que hay principios jurídicos fundamentales que son más fuertes que cualquier normatividad jurídica tanto que una ley que los contradiga carecerá de validez», y más aún, «cuando la justicia no es aplicada, cuando la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es conscientemente negada por las normas del derecho positivo, la ley no solamente es derecho injusto, sino que en general carece de juridicidad». (*Rechtsphilosophie*, 4.<sup>a</sup> ed., 1950, págs. 336-353.)

A este enfoque del problema de las relaciones entre justicia y derecho podemos replicar que es una exigencia, o si queremos un ideal que nadie puede desconocer, que el derecho corresponda a la justicia, pero no una realidad de hecho. Ahora bien, cuando nos planteamos el problema de saber qué es el derecho en una determinada situación histórica nos preguntamos qué es de hecho el derecho y no qué quisiéramos que fuera o qué debería ser el derecho. Pero si nos preguntamos qué es de hecho el derecho, no podemos sino responder que en la realidad vale como derecho también el derecho injusto, y que no existe ningún ordenamiento que sea perfectamente justo.

Podríamos reconocer como derecho únicamente el que es justo a condición de que la justicia fuera una verdad evidente o, por lo menos, demostrable como una verdad matemática, y que, por tanto, ningún hombre pudiera tener dudas sobre lo que es justo o injusto. Ésta en realidad ha sido siempre la pretensión del iusnaturalismo en sus diversas fases históricas.

Con otra definición se podría decir que la teoría del derecho natural es aquella que considera poder establecer lo que es justo y lo que es injusto de modo universalmente válido. Pero, ¿tiene bases esta exigencia? A juzgar por los desacuerdos entre los diferentes seguidores del derecho natural sobre lo que se debe considerar justo o injusto, a juzgar por el hecho de que lo que era natural para algunos no lo era para otros, se debería responder que no. Para Kant (y en general para todos los iusnaturalistas modernos) la libertad era natural; pero para Aristóteles la esclavitud era natural. Para Locke la propiedad privada era natural, pero para todos los utopistas socialistas, de Campanella a Winstanley y a Morelly, la institución más conforme a la naturaleza humana era la comunidad de bienes. Esta diversidad de juicios entre los mismos iusnaturalistas dependía de dos razones fundamentales: 1) El término «naturaleza» es un término genérico que adquiere diferentes significados según la forma como se use. Rousseau ya lo había dicho: «No sin sorpresa y sin asombro se confirma el poco acuerdo que reina sobre esta importante materia entre los diferentes autores que la tratan. Entre los más serios escritores apenas se encuentran dos o tres que



comparten el mismo concepto» (*Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, pref.); 2) Aunque el significado del término fuese unívoco, y todos lo que recurren a él estuviesen de acuerdo en aceptar que algunas tendencias son naturales y otras no, de la comprobación de que una tendencia es natural no se puede deducir un juicio de valor de un juicio de hecho. Hobbes y Mandeville estaban de acuerdo al sostener que una tendencia natural del hombre fuese el instinto utilitario: pero para el primero este instinto llevaba a la destrucción de la sociedad y había que constreñirlo; para Mandeville (el célebre autor de la *Favola delle Api* [*Fábula de las Abejas*]) era ventajoso, y había que darle plena libertad.

Pero, entonces, si la observación de la naturaleza no ofrece apoyo suficiente para determinar lo que es justo y lo que es injusto de modo universalmente válido, la reducción de la validez a la justicia sólo puede llevar a una grave consecuencia: a la destrucción de uno de los valores fundamentales y básicos para el derecho positivo (esto es el derecho válido), el valor de la *certeza*. En efecto, si la distinción entre lo justo y lo injusto no es universal, hay que plantearse este problema: ¿a quién corresponde establecer lo que es justo y lo que es injusto? Hay dos respuestas posibles: a) corresponde a quien o a quienes detentan el poder; pero esta respuesta es aberrante, porque en este caso, si bien se conserva la certeza del derecho, se convierte la doctrina que resuelve la validez en justicia en la doctrina completamente opuesta, esto es, en la que resuelve la justicia en validez, comoquiera que reconoce como justo lo que es ordenado; b) corresponde a todos los ciudadanos; en este caso, puesto que los criterios de justicia son diversos e irreductibles, al ciudadano que desobedeciere la ley por considerarla injusta, y por injusta inválida, los gobernantes no podrían objetar nada, y la seguridad de la convivencia civil dentro de la ley quedaría completamente destruida.

Por otra parte, se puede demostrar, con dos argumentos sacados de la misma doctrina iusnaturalista, que en la doctrina del derecho natural la reducción de la validez a la justicia está más afirmada que aplicada: a) es doctrina constante en los iusnaturalistas afirmar que los hombres antes de entrar en el estado civil (dirigido por el derecho positivo) vivieron en el *estado de naturaleza*, cuya característica fundamental es ser un estado donde rigen sólo las leyes naturales. Y bien, es también doctrina aceptada que el estado de naturaleza es imposible y que es necesario salir de él (para Locke y Hobbes se trata de un cálculo utilitario, para Kant de un deber moral) para fundar el Estado. Esto se debe interpretar como que el derecho natural no cumple con la función del derecho positivo y, por tanto, si llamamos «derecho» al derecho positivo, no podemos considerar «derecho» del mismo modo al derecho natural. Kant, perfectamente consciente de esta distinción, llamó

al derecho natural «provisional» para distinguirlo del derecho positivo que llamó «perentorio», haciendo así entender que sólo el derecho positivo era derecho en el más pleno sentido de la palabra; b) es doctrina común de los iusnaturalistas que el derecho positivo no conforme al derecho natural debe ser considerado injusto, pero no obstante esto debe ser obedecido (es la llamada *teoría de la obediencia*). ¿Pero qué significa precisamente «obedecer»? Significa aceptar una cierta norma de conducta como vinculante, esto es, como existente en un determinado ordenamiento jurídico, y por tanto, válida. Y ¿acaso la validez de la norma no es la exigencia, a lo mejor garantizada por la coacción, de ser obedecida aun por aquellos que se le oponen por considerarla injusta según su personal criterio de valoración? Pues bien, afirmar que una norma debe ser obedecida aun si es injusta, es un camino para llegar, así sea indirectamente, a la misma conclusión de donde hemos partido, esto es, que justicia y validez de una norma son dos cosas diversas; en definitiva, es un camino más largo para llegar a reconocer que una norma puede ser válida (es decir, que debe ser obedecida) aun si es injusta, y que, por tanto, justicia y validez no coinciden.

### 13. El positivismo jurídico

La teoría opuesta al iusnaturalismo es la doctrina que reduce la justicia a la validez. Mientras que para el iusnaturalismo clásico tiene, sería mejor decir debería tener, valor de orden sólo lo que es justo, para la doctrina opuesta es justo sólo lo que es ordenado y por el hecho de ser ordenado.

Para un iusnaturalista, una norma no es válida si no es justa; para la doctrina opuesta, una norma es justo sólo si es válida. Para unos la justicia es la consagración de la validez, para otros la validez es la consagración de la justicia. A esta doctrina la llamamos *positivismo jurídico*, aunque debemos aceptar que la mayor parte de quienes en filosofía son positivistas y en derecho teóricos y estudiosos del derecho positivo (el término «positivismo» se refiere tanto a unos como a otros) nunca han sostenido una tesis tan extrema. Entre los filósofos positivistas del derecho, Levi, por ejemplo, como positivista y relativista que es, no acepta valores absolutos de justicia y, sin embargo, admite que hay que diferenciar lo que vale como derecho de los ideales sociales que llevan continuamente a modificar el derecho establecido, y que, por tanto, el derecho puede ser válido sin ser justo. Entre los juristas tomemos, por ejemplo, a Kelsen: cuando Kelsen afirma que lo que constituye al derecho como derecho es la validez, en absoluto quiere afirmar que el derecho válido sea también justo, aunque para él los



ideales de justicia son subjetivos e irracionales; el problema de la justicia es para Kelsen un problema ético muy diferente al problema jurídico de la validez.

Si queremos encontrar una teoría completa y consecuente del positivismo jurídico, debemos remontarnos a la doctrina política de Thomas Hobbes, cuya característica fundamental me parece que es en verdad haberle dado un vuelco total al iusnaturalismo clásico. Según Hobbes, efectivamente no existe otro criterio de lo justo y de lo injusto que el de la ley positiva, es decir, por fuera de la orden del soberano. Para Hobbes es verdad que es justo lo que es ordenado, por el solo hecho de estar ordenado; es injusto lo que es prohibido, por el solo hecho de estar prohibido. ¿Cómo llega Hobbes a esta conclusión tan radical? Hobbes es consecuente y, como todos los consecuentes, para él lo que cuenta es que la conclusión se desprenda rigurosamente de las premisas. En el estado de naturaleza todos están a merced de los propios instintos y si no existen leyes que aseguren a cada cual lo suyo, todos tienen derecho a todas las cosas (*ius in omnia*), surge la guerra de todos contra todos. Del estado de naturaleza sólo se puede decir que es intolerable y que es preciso salir de él. En efecto, la primera ley de la razón para Hobbes es la que prescribe la búsqueda de la paz (*pax est quaerenda*). Para salir del estado de naturaleza de manera definitiva y estable, los hombres pactan entre sí la renuncia recíproca de derechos que tenían en el estado de naturaleza y su enajenación a favor del soberano (*pactum subiectionis*).

Ahora bien, el derecho fundamental que asiste a los hombres en el estado de naturaleza es el de decidir, cada uno según sus propios deseos e intereses, sobre lo que es justo o injusto, comoquiera que en el estado de naturaleza no existe criterio alguno para hacer esta distinción por fuera del arbitrio y del poder del individuo. En el paso del estado de naturaleza al estado civil, los individuos transmiten todos sus derechos naturales al soberano, como también el derecho de decidir lo que es justo o injusto y, por tanto, desde el momento en que se constituye el estado civil el único criterio de lo justo y de lo injusto es la voluntad del soberano. Esta doctrina hobbesiana está ligada a la concepción de la pura convencionalidad de los valores morales y, por tanto, de la justicia, según la cual no existe lo justo por naturaleza, sino únicamente lo justo de manera convencional (también por este aspecto la doctrina hobbesiana es la antítesis de la doctrina iusnaturalista). En el estado de naturaleza no existe lo justo ni lo injusto porque no existen convenciones válidas. En el estado civil lo justo y lo injusto descansan en el acuerdo común de los individuos de atribuir al soberano el poder de decidir sobre lo justo y lo injusto. Por tanto, para Hobbes la validez de una norma jurídica y de su justicia no se diferencian, porque

la justicia y la injusticia nacen juntas con el derecho positivo, es decir, al tiempo con la validez. Mientras que se vive en estado de naturaleza no hay derecho válido, como tampoco hay justicia; cuando surge el estado nace la justicia pero nace contemporáneamente con el derecho positivo, así que donde no hay derecho tampoco hay justicia y donde hay justicia quiere decir que hay un sistema constituido de derecho positivo.

La doctrina de Hobbes tiene un significado ideológico muy preciso, que no es del caso discutir ahora; ella es la justificación teórica más consecuente del poder absoluto. Para nosotros es suficiente poner en evidencia qué consecuencia estamos obligados a deducir en esta materia, si aceptamos el punto de vista hobbesiano.

La consecuencia es la *reducción de la justicia a la fuerza*. Si no existe otro criterio de lo justo y de lo injusto por fuera de la voluntad del soberano, hay que resignarse a aceptar como justo lo que le agrada al más fuerte, desde el momento en que el soberano, si no es el más justo de los hombres *sí es ciertamente el más fuerte* (y permanece como soberano no en tanto sea justo, sino en cuanto sea el más fuerte). La distinción entre validez y justicia sirve, precisamente, para distinguir la justicia de la fuerza. Cuando esta distinción desaparece y la justicia se confunde con la validez, también se hace imposible distinguir entre justicia y fuerza. De esta forma volveremos a la célebre doctrina sofista, defendida por Trasímaco en el libro I de *La República*, de Platón, y refutada por Sócrates. Trasímaco, preocupado por la discusión sobre la justicia que Sócrates desarrolla con sus amigos, interviene como un animal salvaje —escribe Platón— que quiere destrozar a los presentes, y, después de haber dicho que las afirmaciones de Sócrates son patrañas, enuncia su definición con estas célebres palabras: «Y escuchad bien. Yo afirmo que la *justicia no es otra cosa que lo que es útil para el más fuerte*» (*Repubblica*, 338 c). Y algo semejante había dicho otro sofista, Calicles, quien en otro diálogo platónico (*Gorgias*) lanzó esta condena de los débiles y esta exaltación de los fuertes: «Pero la naturaleza misma en mi opinión demuestra que es justo que el más fuerte esté por encima del más débil y el más capaz por encima del menos capaz. Tal criterio de lo justo aparece también en los demás animales, como entre Estado y Estado y entre pueblo y pueblo, esto es, que el más fuerte domine al más débil y tenga mayores ventajas.» (*Gorgias*, 483 d.)

La doctrina según la cual la justicia es la voluntad del más fuerte ha sido refutada muchas veces en el desarrollo del pensamiento occidental. Pero tal vez las páginas más valiosas son las escritas por Rousseau al comienzo del *Contrato social* en un capítulo intitolado precisamente *Du droit du plus forte*, del cual saco algunas de las frases más incisivas: «La fuerza es una potencia física: no veo qué moralidad pueda



derivarse de ella. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad: cuando más es un acto de prudencia. ¿En qué sentido podría ser un deber?... Aceptando que es la fuerza la que crea el derecho, el efecto cambia con la causa: toda fuerza que supera a la primera tiene derecho a tomar su lugar. Admitir que se puede desobedecer impunemente significa que se puede hacerlo legítimamente, y comoquiera que el más fuerte tiene siempre razón, el problema es tratar de ser el más fuerte... Si por la fuerza hay que obedecer no es necesario obedecer por deber, y si no estamos forzados a obedecer, no estaremos tampoco obligados.»

#### 14. El realismo jurídico

En la historia del pensamiento jurídico en el último siglo ha habido teóricos del derecho que en diversas ocasiones han tratado de descubrir el momento constitutivo de la experiencia jurídica no tanto en los ideales de justicia en que se inspiran los hombres o en que estos dicen inspirarse, no tanto en los ordenamientos jurídicos positivos como en la realidad social en que el derecho se forma y se transforma, y en el comportamiento de los hombres que con su actuación hacen o deshacen las reglas de conducta que los gobiernan.

Siguiendo la terminología adoptada, podemos decir que estos movimientos, entre los diferentes aspectos que presenta el fenómeno jurídico, han considerado de manera especial la eficacia más que la justicia o la validez. Ellos combaten en dos frentes: contra el iusnaturalismo, que tiene una concepción *ideal* del derecho, y contra el positivismo en sentido estricto, que tiene una concepción *formal* del derecho. En antítesis con el primero, estas corrientes se pueden llamar *realistas*; en antítesis con el segundo, «*contenidistas*», en el sentido de que no observan al derecho como debe ser, sino al derecho como efectivamente es, sin considerarlo siquiera como un sistema de normas válidas, sino como un complejo de normas efectivamente aplicadas a una determinada sociedad. Desde su punto de vista pecan por abstracción tanto los iusnaturalistas como los positivistas. Los primeros porque confunden el derecho real con las aspiraciones de justicia, y los segundos porque lo confunden con las reglas impuestas y formalmente válidas, que a menudo son también formas vacías de contenido. Los positivistas observan sólo el conflicto entre derecho válido y derecho justo. Los seguidores de estas corrientes ven también un conflicto entre el derecho impuesto y el efectivamente aplicado, considerando sólo este último como el derecho concreto y, por tanto, el único objeto de investigación

posible para el jurista que no quiera distraerse con fantasmas sin contenido.

Creo que en el último siglo se pueden precisar por lo menos tres momentos en los cuales surge una manera tal de concebir el derecho, para ayudar así a ampliar el horizonte de la ciencia jurídica.

El primer momento lo representa la Escuela histórica del derecho, del jurista alemán Federico Carlos von Savigny, y de su continuador Federico Puchta, que floreció en la época de la Restauración. Esta escuela representa, en el campo del derecho, el transformado clima de pensamiento provocado por la difusión del romanticismo, comoquiera que es la expresión más genuina del romanticismo jurídico. Así como el romanticismo en general combate al racionalismo abstracto de la Ilustración del siglo XVIII (o por lo menos sus degeneraciones), la Escuela histórica del derecho combate ese modo racionalista y abstracto de concebir el derecho del iusnaturalismo, según el cual hay un derecho válido universalmente deducible por la razón de una naturaleza humana siempre igual. Para la Escuela histórica el derecho no se deduce de principios racionales, sino que es un fenómeno histórico-social que nace espontáneamente del pueblo, es decir, que el fundamento del derecho no es, para decirlo con una expresión que se ha vuelto famosa, la naturaleza universal, sino el *espíritu del pueblo* (*Volksgeist*), de donde se desprende que haya tantos derechos cuantos pueblos con sus diferentes características y en sus diversas fases de desarrollo. El cambio de perspectiva en el estudio del derecho se manifiesta principalmente en la consideración del *derecho basado en la costumbre* como fuente primaria del derecho, precisamente porque este derecho surge de manera inmediata de la sociedad y es la expresión genuina del sentimiento jurídico popular contra el derecho impuesto por la voluntad del grupo dominante (la ley) y el derecho elaborado por los técnicos del derecho (el llamado derecho científico). En esta revaluación de la costumbre como fuente del derecho podemos ver un aspecto de esa consideración social del derecho, que se contrapone tanto al iusnaturalismo abstracto como al rígido positivismo estatal generalmente predominante entre los juristas.

El segundo momento de la reacción antiusnaturalista y antiformalista está representado por un vasto y variado movimiento histórico, que comenzó en Europa continental a finales del siglo pasado y que podemos llamar *concepción sociológica del derecho*.

El movimiento surge como efecto del desfase que venía ocurriendo entre la ley escrita de los códigos (el derecho válido) y la realidad social (el derecho eficaz) después de la revolución industrial. El efecto más relevante de esta nueva concepción se manifiesta en la invocación, muy insistente, dirigida no tanto al derecho consuetudinario, cuanto al de-



recho judicial, es decir, al derecho elaborado por los jueces en su obra de permanente adaptación de la ley a las necesidades concretas de la sociedad, que debería haber constituido, según los seguidores de esta corriente, el remedio más eficaz para acoger las instancias del derecho que se elabora espontáneamente en el variado entrelazarse de las relaciones sociales y en la permanente y diversa contraposición de intereses. No podemos seguir aquí las múltiples manifestaciones de esta corriente. Nos limitamos a recordar el movimiento del *derecho libre*, que surgió principalmente en Alemania por obra de Kantorowicz, quien escribió un panfleto en defensa de la libre creación normativa por parte del juez (*La lotta per la scienza del diritto*, publicado en 1906 con el seudónimo Gnaeus Flavius).

Se puede contar entre las obras más notables de este movimiento los cuatro volúmenes de François Gény, *Science et technique en droit privé positif* (1914-1924), obra en la cual se contraponen la técnica del derecho, dirigida como fin secundario y subordinado a adaptar las reglas jurídicas, a las necesidades concretas de la legislación, a la cual corresponde encontrar, teniendo en cuenta los datos históricos, ideales, racionales y reales, las nuevas reglas jurídicas; la obra de Eugenio Ehrlich sobre la lógica de los juristas (*Die juristische Logik*, 1925) que es una de las más documentadas e intransigentes polémicas contra el positivismo estatalista en nombre de la libre investigación del derecho por parte del juez y del jurista, quienes deben buscar las soluciones a las controversias no tanto confiándose en el dogma de la voluntad estatal pasivamente aceptado, sino penetrando en el estudio del derecho vivo, que la sociedad produce estando en permanente movimiento. La polémica contra el rígido estatalismo, junto con la polémica contra la jurisprudencia predominantemente conceptual, la llamada *jurisprudencia de los conceptos* (*Begriffsjurisprudenz*), suscitó como reacción una jurisprudencia realista, cuya tarea debía ser juzgar con base en la valoración de los intereses en conflicto, llamada por su principal exponente, Felipe Heck, *jurisprudencia de los intereses*.

El tercer momento de la revuelta antiformalista, el más violento y radical, lo constituye la *concepción realista* del derecho que ha tenido éxito en estos últimos decenios en los Estados Unidos de América. No hay que olvidar que los países anglosajones están naturalmente más inclinados a las teorías sociológicas del derecho por el lugar que ocupa el derecho consuetudinario *common law* en sus ordenamientos jurídicos, que no conocen las grandes codificaciones. El padre intelectual de las corrientes realistas modernas es un gran jurista, por muchos años juez de la Corte Suprema, Oliver Wendell Holmes (1841-1935), quien fue el primero, precisamente en el ejercicio de sus funciones de juez, en descalificar el tradicionalismo jurídico de las cortes, y en introducir

una interpretación evolutiva del derecho, más sensible a los cambios de la conciencia social. Además, en los Estados Unidos la jurisprudencia sociológica ha tenido su teórico más notable en el filósofo del derecho más importante de ese país en los últimos cincuenta años, Roscoe Pound, quien en una larga serie de escritos, que han influido notablemente en los juristas norteamericanos, se muestra como defensor de la figura del jurista sociólogo, entendiendo con esta expresión el jurista que tiene en cuenta, en la interpretación y en la aplicación del derecho, los hechos sociales de los cuales se deriva el derecho y a los cuales va dirigida su regulación.

De otra parte, la escuela realista, cuyo principal impulsor ha sido Jerome Frank, va mucho más allá de los principios que se pueden deducir de Holmes y de Pound. La tesis principal de la escuela realista es ésta: no existe derecho objetivo, es decir, objetivamente deducible de hechos reales, ofrecidos por la costumbre, por la ley o por los antecedentes judiciales; el derecho es una permanente creación del juez, el derecho es obra exclusiva del juez en el momento que decide una controversia. De este modo desaparece el principio tradicional de la certeza del derecho; en efecto ¿cuál puede ser la posibilidad de prever las consecuencias de un comportamiento —en esto consiste la certeza— si el derecho es una permanente creación del juez? Para Frank, en efecto, la certeza, uno de los pilares de los ordenamientos jurídicos continentales, es un mito que se deriva de una especie de aceptación infantil frente al principio de autoridad (esta tesis fue sostenida en un libro escrito en 1930, *Law and Modern Mind*): un mito que hay que acabar para levantar sobre sus ruinas el derecho como creación permanente e imprevisible.

No obstante el extremismo inaceptable del realismo americano, el mérito de las corrientes sociológicas en el campo del derecho ha sido grande, porque han impedido la cristalización de la ciencia jurídica en una dogmática sin fuerza innovadora. Pero es distinto el razonamiento que aquí nos interesa sobre las relaciones entre validez y eficacia. ¿Puede acaso decirse que si se le da transcendencia al aspecto activo, evolutivo y social del derecho desaparece la diferencia entre validez y eficacia en el sentido de que sólo el derecho válido es el eficaz, es decir, el efectivamente seguido y aplicado? No lo creo. Para circunscribir y limitar la discusión, es preciso tener en cuenta que la crítica de las corrientes sociológicas se ha resuelto a menudo en una revisión de las *fuentes del derecho*, esto es, en una crítica del monopolio de la ley y en la revaluación de otras dos fuentes diferentes a la ley, el derecho consuetudinario y el derecho judicial (el juez legislador). Observemos, por tanto, cómo se presenta la relación entre validez y eficacia en estas dos fuentes:



a) En cuanto respecta al derecho consuetudinario, se ha dicho que es *el derecho en el cual coinciden validez y eficacia*, en el sentido que mientras se puede imaginar una ley válida que no sea eficaz, no se puede imaginar una costumbre que siendo válida no sea eficaz, porque si falta la eficacia, se pierde también la repetición uniforme, constante y general, que es uno de los requisitos esenciales de la costumbre. Pero tal afirmación no es completamente exacta: si es exacto decir que en el derecho común la validez va siempre acompañada de la eficacia, no es igualmente exacta la proposición inversa, es decir, que la *eficacia vaya siempre acompañada de la validez*.

Decir que una costumbre se vuelve válida por causa de su eficacia equivaldría a sostener que un comportamiento se vuelve jurídico por el solo hecho de ser constantemente repetido. Es sabido, en cambio, que no basta que un comportamiento sea efectivamente cumplido por el grupo social para que se vuelva una costumbre jurídica. ¿Qué otra cosa es necesaria? Es necesario precisamente lo que se llama «validez», esto es, que ese comportamiento constante, que constituye el *contenido* de la costumbre, reciba una *forma* jurídica, o que sea acogido en un determinado sistema jurídico, como comportamiento obligatorio, es decir, como comportamiento cuya violación implica una sanción. Esta fórmula jurídica es atribuida al derecho consuetudinario por la ley, en cuanto la invoca, o por el juez en cuanto éste obtenga la materia de su decisión de una costumbre, o de la voluntad concorde de las partes.

Los juristas dicen que para la formación de una costumbre jurídica es necesario, además de la repetición, también el requisito interno o psicológico de la *opinio iuris*. Pero para que se forme la *opinio iuris*, es decir, la convicción de que aquel comportamiento es obligatorio, es necesario que ese comportamiento sea calificado como obligatorio por alguna de las normas válidas del sistema, es decir, en última instancia hace falta que la norma que lo regula no sólo sea eficaz, sino que en ese sistema sea también válida.

b) Por lo que se refiere al nuevo y mayor énfasis que las escuelas sociológicas dan a la figura del juez creador del derecho, aquí nace solamente el problema de si se puede considerar verdadero derecho al derecho viviente o en formación, al derecho que nace espontáneamente de la sociedad, a la cual recurren los teóricos de la corriente sociológica del derecho. A este propósito es necesario distinguir entre *fuentes de conocimiento* y *fuentes de calificación* del derecho. El derecho vivo es pura y simplemente un hecho o una serie de hechos de los cuales el juez saca el conocimientos de las aspiraciones jurídicas que se van formando en la sociedad. Pero para que estas aspiraciones se vuelvan reglas jurídicas, es necesario que el juez las recoja y les atribuya la autoridad normativa que va unida a su función de órgano capaz de

producir normas jurídicas. El derecho viviente no es aún derecho, es decir, norma o conjunto de normas de ese sistema, sino que es solamente eficaz. Lo llega a ser cuando el juez, en cuanto sea reconocido como creador de derecho, le atribuye también la validez. En realidad, se puede hablar de un juez creador de derecho únicamente en cuanto las reglas que él descubre en la realidad social no son todavía reglas jurídicas, y no lo son hasta que él no las reconoce y les atribuye fuerza coactiva. También las famosas opiniones dadas por el juez Holmes, en su actividad como juez, aunque deducidas de la observación de la realidad social, fueron más sensibles al llamado derecho en formación que las sentencias de sus colegas, mas no llegaron a ser derecho positivo de los Estados Unidos, mientras él las defendió sin lograr la mayoría. En el sistema era derecho solamente el reconocido por la mayoría de la Corte. Si el derecho viviente puede ser considerado como fuente de conocimiento jurídico, sólo el juez (y con más razón el legislador) puede ser considerado como fuente de calificación.