

LA DISTINCION ENTRE VIGENCIA (O EXISTENCIA) Y VALIDEZ (o el aporte del garantismo a la teoría de la norma jurídica)

Daniela Accatino

Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Austral de Chile

RESUMEN

Este artículo se ocupa de la propuesta, sostenida por Ferrajoli y otros autores, de distinguir –contra la concepción positivista clásica– entre vigencia o existencia y validez de las normas jurídicas. Una propuesta que, según la autora, constituye un intento de adecuación de la teoría de la norma jurídica a la complejidad estructural de los modernos estados de derechos y que tiene importantes implicaciones en la (auto)comprensión de la tarea tanto de jueces como de juristas, modificando, respecto de los primeros, el alcance de su deber de aplicar la ley y, respecto de los segundos, la imagen de una ciencia jurídica dogmática y acrítica.

INTRODUCCIÓN: ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y TEORÍA DEL DERECHO

La larga historia del constitucionalismo ha registrado en el siglo que termina un nuevo paso hacia la limitación del poder, representado por la incorporación en diversos ordenamientos jurídicos de la matriz europea continental –sobre todo a partir de la segunda posguerra– de nuevos mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes, en muchos casos a través de un tribunal constitucional, para garantizar, junto a la rigidez de la Constitución, la efectividad de su carácter plenamente normativo o vinculante. Las repercusiones de estos cambios en la comprensión del principio de legalidad –redimensionado como exigencia de sometimiento de todos los poderes (también el Legislativo) a derecho– así como en el ámbito de la garantía de los derechos constitucionales –que no se identifica ya con el de la reserva de ley– han llevado a diversos juristas, especialmente italianos y españoles, a hablar de un tránsito del *estado de derecho legislativo o liberal* al *estado constitucional de derecho*¹ una fórmula que tiene el mérito

de captar tanto la línea de continuidad como la ruptura que ha supuesto en Europa el último constitucionalismo, pues si lo que sigue estando en juego es dar efectividad a los valores que inspiraron inicialmente el proyecto del moderno estado de derecho (la garantía de los derechos y el sometimiento de todos los poderes públicos a derecho), lo que pretende dejarse atrás es la “suerte de absolutismo legislativo, o concepción absoluta de la ley, a la que queda finalmente asimilada la propia idea de derecho” que caracterizó al estado de derecho decimonónico y que determinó su “incapacidad para asegurar la indisponibilidad de los valores esenciales del ordenamiento, afectados por los procesos políticos ordinarios” (Peña, 1997: 53, 54 y 57).

La oportunidad de aplicar esta fórmula a la descripción de la evolución constitucional chilena requeriría un estudio detallado que no pretendo emprender en este artículo. Creo, sin embargo, que es posible concordar en la presencia con el ordenamiento jurídico chileno de los rasgos centrales de los denominados estados constitucionales de derecho² –rigidez constitucional, incorporación a la

can mediante el nombre del autor, la fecha de la edición original y la página, pudiendo remitirse el lector para obtener datos adicionales a la bibliografía por orden alfabético de autores que hay al final de este artículo.)

² Esta afirmación es ciertamente compatible con el contemporáneo reconocimiento de los límites del carácter democrático de nuestro sistema

¹ Cfr., entre otros, ZAGREBELSKY, 1992: pp. 21-45; RODOTA, 1993; GARCIA PELAYO, 1991; PEÑA, 1997: 51-63; GARCIA PASCUAL, 1997: 115-147; PRIETO, 1997: 15-23; SASTRE, 1999: 130-137. (Las citas y las referencias bibliográficas se indi-

Constitución de derechos fundamentales y principios ético-políticos, procedimientos de control de constitucionalidad (Prieto, 1997: 15-17)– y, por lo tanto, que es posible reconocer que nuestra cultura jurídica está expuesta (al menos) a las mismas perplejidades que las implicaciones de estos rasgos han despertado y siguen despertando en los juristas europeos. Alexy (1994: 159-161) ha sintetizado esas perplejidades en la tensión entre cuatro pares de opuestos: norma/valor, subsunción/ponderación, independencia del derecho ordinario/omnipresencia de la Constitución, autonomía del legislador democrático/omnipotencia judicial apoyada en la Constitución. En cada pareja de opuestos los primeros términos corresponderían a una imagen “legalista” del derecho y los segundos a una imagen “constitucionalista”, más adecuada a los rasgos del estado constitucional de derecho: una imagen que “parece exigir –como dice Zagrebelsky– una renovación de numerosas concepciones jurídicas que hoy operan en la práctica”³.

De un intento de renovación en las concepciones jurídicas frente al impacto del estado constitucional se ocupará precisamente este artículo: un intento de renovación que, aunque referido a la abstracta teoría de la norma jurídica, puede tener, como veremos, importantes significaciones prácticas en la (auto)comprensión de la actividad tanto de jueces como de juristas. Se trata de la propuesta de una redefinición de la categoría de la validez jurídica sostenida por Ferrajoli en su influyente obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989: 357 ss. y 868 ss.), en el marco de una teoría del derecho que el autor define como “garantista o positivista crítica” (prefiriendo estos términos al de “constitucionalista”: cfr. Serrano, 1999: 14). En los siguientes apartados expondré esa propuesta (i.),

político, pues mientras la pregunta por la *democracia* remite a las reglas que determinan *quién* puede y *cómo* debe decidir (de cuya naturaleza dependerá el carácter democrático o, por el contrario, monárquico, oligárquico o burocrático del sistema político), la pregunta por el *estado de derecho* remite, en cambio, a las reglas sobre *qué* se debe y no se debe decidir (de cuya naturaleza dependerá el carácter de derecho o, por el contrario, absoluto o totalitario del sistema jurídico). Sobre esta diferencia conceptual entre democracia y estado de derecho cfr. FERRAJOLI, 1989: 857 ss.; PEÑA, 1997: 64 ss.; SERRANO, 1999: 109 ss.

³ “Se pone en cuestión –agrega luego ZAGREBELSKY (1992: 9)– lo que hay detrás de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado y que no encuentran justificación en el presente”.

consideraré algunos de sus desarrollos posteriores en trabajos del propio Ferrajoli y de otros autores (ii.), para luego analizar los cambios que la distinción entre validez y existencia proyecta en la comprensión de la obligación del juez de aplicar el derecho válido (iii.) y de la tarea cognoscitiva de los juristas (iv.).

i.

De la identidad a la distinción entre existencia y validez de la norma jurídica

La crítica que Ferrajoli formula a la concepción de la validez compartida por la tradición positivista –que identifica la validez de un precepto con su existencia jurídica, en cuanto producto de un acto normativo conforme con las normas acerca de su producción, y que considera su determinación como resultado de reconocimientos empíricos atentos tan sólo a las formas del acto normativo de producción– es su inadecuación cuando se trata de aplicarla a los modernos estados de derecho:

...esta concepción exclusivamente formal de la validez ciertamente resulta adecuada si se refiere a ordenamientos jurídicos de estructura elemental en los que el legislador es *legibus solutus*, de manera que cualquier norma emanada por los sujetos y en las formas queridos por él es una norma válida. Por el contrario, resulta totalmente insuficiente en los modernos estados constitucionales de derecho, en los que la validez de las normas –así de las leyes como de los reglamentos, sentencias y actos administrativos– reside en su conformidad no sólo formal, sino también sustancial con normas de rango superior, que no sólo regulan las formas, sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo (Ferrajoli, 1989: 355).

Ferrajoli traduce esta “doble sujeción del derecho al derecho” (1992: 23) en la distinción conceptual entre *vigencia o existencia y validez* de una norma jurídica⁴. Con la primera designa la validez sólo *formal* de las normas, que depende de la regularidad formal del acto normativo y reserva la se-

⁴ “Validez y vigencia coinciden en los estados absolutos, que tienen como única norma acerca de la producción el principio de mera legalidad *quod principi placuit legis habet vigorem*; no coinciden, por el contrario, en los modernos estados de derecho, que están dotados de normas acerca de la producción que vinculan la validez de las leyes al respeto de condiciones también sustanciales o de contenido, en primer lugar los derechos fundamentales” (1989: 360).

gunda a la validez también *sustancial* de las normas producidas, que depende de la coherencia del significado o el contenido de los actos normativos con las normas sustanciales sobre su producción. Esta distinción bifurca el juicio de validez en un *juicio de vigencia*, que atiende a los requisitos formales de un acto normativo para establecer la existencia o pertenencia a un determinado ordenamiento jurídico de la norma que produce, y un *juicio de validez*, relativo a la coherencia del contenido de una norma con los valores expresados por las normas superiores a ella: dos juicios cualitativamente diversos: el primero fáctico y verificable (o refutable), el segundo valorativo además de opinable y controvertido (Ferrajoli, 1989: 874-875).

La ruptura de la identidad entre validez y existencia de una norma hace posible dar cuenta de la existencia o vigencia en un determinado ordenamiento jurídico de normas jurídicas que no son válidas –por ejemplo, una ley aprobada regularmente por el Parlamento, promulgada por el Presidente y publicada en el Diario Oficial que, sin embargo, introduce discriminaciones arbitrarias y que, por tanto, puede considerarse como contradictoria con el principio constitucional de igualdad– y que, sin embargo, mientras no sean anuladas, seguirán perteneciendo al ordenamiento jurídico y podrán ser aplicadas por sus operadores. Una afirmación de este tipo –que califique como inválida una norma jurídica (existente)– resulta imposible bajo la concepción positivista-normativista clásica de la validez. Ésta se ve, por tanto, en serios aprietos teóricos al enfrentarse al problema de la eventual contradicción de una norma con otra de jerarquía superior que pretedermine no las condiciones formales de su producción, sino su contenido: se trata de un problema que fue considerado por los teóricos positivistas, aunque, como se verá, las soluciones con que intentaron salvar la aporía de la existencia de normas jurídicas inválidas testimonian la inadecuación de su concepción de validez a la complejidad de la legalidad en el estado de derecho.

Kelsen, por ejemplo, consideró expresamente el caso de las normas legales delimitadas en su contenido por las normas constitucionales sobre derechos y libertades fundamentales (1960: 234) y el de las normas individuales contenidas en las sentencias judiciales cuyo contenido se encuentra determinado por normas legales (1960: 240). Frente al evento de una contradicción (1960: 273 ss.), sin embargo, Kelsen limitó las consecuencias del postulado de la imposibilidad de “un derecho contra-

rio a derecho”⁵ –“una norma jurídica en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna” (1960: 274)– a la insatisfacción de las normas que autorizan el acto normativo, y terminó por construir un complicado artificio para explicar la validez de las normas inferiores contradictorias con normas superiores que predeterminan su contenido. Se trata, como se sabe, de la tesis de la *cláusula alternativa tácita*⁶, que consiste en suponer que las normas que determinan el contenido de otras normas incluyen tácitamente una habilitación para que la autoridad que debe producirlas les atribuya un contenido alternativo al predeterminado, de modo que también en este segundo caso la norma producida será coherente con la norma superior y por tanto válida. De acuerdo a este punto de vista, el único sentido o efecto de la predeterminación sustantiva vendrá dado por la existencia de un mecanismo de anulación de las normas que se aparten de esos límites sustantivos, normas que, mientras aquello no ocurra, deberán considerarse como perfectamente válidas:

Las llamadas leyes ‘inconstitucionales’ –dice Kelsen (1960:280)– son leyes conformes a la Constitución, pero que pueden ser dejadas sin efecto mediante un procedimiento especial. También en estos casos las disposiciones constitucionales reguladoras de la legislación tienen el carácter alternativo arriba señalado; el órgano legislativo tiene la opción por dos caminos: el directamente determinado por la Constitución, o el que el mismo tenga que establecer. La diferencia reposa en que las leyes producidas por la segunda vía son, ciertamente, válidas, pero derogables mediante un procedimiento especial.

Esta artificiosa solución parece, en primer lugar, contradictoria con la propia definición kelseniana de la validez, pues “suponer” en una norma una habilitación tácita para atribuir a la norma que se produzca conforme a ella un contenido alternativo a aquél por ella previsto no es en el fondo, sino suponer la validez de una norma (la que

noce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho” (1960: 315). Para una crítica de esta visión unitaria de los fenómenos estatal y jurídico cfr. PEÑA, 1997: 42ss.

⁶ De esta tesis se ocupan varios estudios incluidos en el capítulo IV del volumen colectivo *Cognition and interpretation of law*, editado por GIANFORMAGGIO y PAULSON (1995).

⁵ Una tesis que debe relacionarse con otra bien conocida del mismo autor que identifica estado y derecho (1960:291) y considera como pleonástica la expresión “Estado de derecho”: “si se reco-

autorizaría la producción de la norma inferior con un contenido alternativo al predeterminado por la norma superior) que no ha sido producida por ningún órgano autorizado por una norma superior o, dicho de otro modo, “producir una norma superior *ad hoc* y *ex post facto*” (Gianformaggio, 1993: 32). Ese procedimiento –además de ser contradictorio con el carácter descriptivo y no productivo de derecho que Kelsen atribuye a la ciencia jurídica– deja sin representación o expresión la *inefectividad de la norma superior* que condiciona el contenido de otras normas y oculta la *ilegitimidad jurídica latente* en los ordenamientos jurídicos positivos (que es la que permite por lo demás explicar la diferencia entre anulación y derogación, diferencia que resulta oscurecida por la teoría kelseniana), clausurando la divergencia entre *ser* y *deber ser* “*en*” el derecho (otra cosa es el deber ser “*del*” derecho predicable desde un punto de vista externo o de justicia) que en los modernos ordenamientos complejos corresponde a la diferenciación entre los diversos niveles normativos, cada uno de los cuales se configura como fáctico en relación con el superior y como normativo respecto del inferior⁷.

La misma incapacidad de dar cuenta de las implicaciones de la complejidad de los ordenamientos jurídicos actuales se descubre en las soluciones propuestas por otros autores positivistas al problema de la contradicción sustantiva entre normas de diverso grado, aunque debe reconocérseles al menos el mérito de haber intentado superar las incoherencias internas de la teoría de la cláusula alternativa tácita. Es el caso de la concepción de Hart, quien, al definir los límites constitucionales materiales impuestos a la función legislativa como “incompetencias” (1961: 87), los incluye entre las condiciones de validez(existencia) de las normas legales, y también de la postura de Bobbio, quien, tras distinguir entre reglas de validez formal y reglas de validez material (1955: 285; 1960: 34) llega a una

⁷ La estructura de los ordenamientos jurídicos modernos se caracteriza por una “doble artificialidad” representada por el carácter positivo de sus normas –de modo que el “ser” o la “existencia” del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es “puesto” por los hombres– y por la regulación de la producción jurídica por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo, de modo que también el “deber ser” del derecho positivo resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan la producción de las normas inferiores mediante el establecimiento de los valores ético-políticos por los que se acuerda que ellas deben ser informadas (cfr. FERRAJOLI, 1992: 19).

conclusión similar, considerando que las normas incompatibles en su contenido con una norma jerárquicamente superior no son válidas (existentes), pues deben entenderse “derogadas implícitamente” (1960: 34). Lo que estas concepciones dejan en la sombra es el fenómeno de la *efectividad de las normas inválidas*, pues las normas de contenido incompatible con una norma superior, que califican como nulas o inexistentes, pueden ser aplicadas y producir efectos mientras no sean anuladas: la imagen que se proponga de un ordenamiento jurídico a partir de esta concepción resultará idealizada y no considerará, nuevamente, su *ilegitimidad jurídica latente*.

Sólo la introducción de una diferencia conceptual entre vigencia o existencia y validez permite representar adecuadamente los fenómenos –propios de un ordenamiento jurídico complejo, típicamente el de un Estado constitucional– que, como hemos visto, quedan en la oscuridad bajo la concepción positivista clásica de la validez⁸: se vuelve posible dar expresión a las discrepancias entre “ser” y “deber ser” *en* el derecho, tomando en cuenta la posible *invalidéz* de normas *vigentes* y la consiguiente *inefectividad* de las normas superiores del ordenamiento que establecen limitaciones sustantivas a la producción normativa⁹.

ii.

Algunas aclaraciones y precisiones

Me interesa reseñar brevemente en este epígrafe algunos aportes que han contribuido a precisar y dar mayor claridad a la distinción entre vigencia o existencia y validez de las normas jurídicas, completando la formulación que Ferrajoli

⁸ La crítica de inadecuación es extensible también a las concepciones realistas e iusnaturalistas de la validez, con otros argumentos que no serán, con todo, analizados en esta oportunidad. Remito para ello a algunas indicaciones de FERRAJOLI (1989: 361) y más extensamente a SERRANO (1999: 36 ss.).

⁹ “Toda norma jurídica –señala a propósito FERRAJOLI (1989:357)– puede ser contemplada (...) como *hecho* respecto de las normas que regulan su producción y como *derecho* respecto a las normas y prácticas cuya producción regula. En el primer caso (que es el único caso posible si se trata de actividades ejecutivas no normativas a su vez) se valorará su *validez* o *invalidéz* respecto a las normas de rango superior a ella; en el segundo caso (que es el único caso posible si se trata de normas de máximo rango como las constitucionales) se valorará su *eficacia* o *ineficacia* respecto a las normas de rango inferior al suyo”.

hiciera de ella, y que se refieren fundamentalmente a dos cuestiones: la frontera existencia-inexistencia, y la diferencia cualitativa entre juicio de validez y juicio de vigencia.

(a) El umbral de la existencia de una norma jurídica

En un texto colectivo dedicado a comentar y criticar la obra de Ferrajoli, Guastini (1993: 62) avanzaba una crítica que toca, me parece, un punto débil o dudoso en su forma de definir la diferencia entre vigencia y validez: “La teoría de Ferrajoli –dice– no logra dar cuenta de la ‘existencia’ (o vigencia) en el sistema jurídico no sólo de normas inválidas desde el punto de vista material, sino también de normas inválidas desde el punto de vista formal. Esto parece sugerir la oportunidad de redefinir la noción de vigencia”. Efectivamente, es imaginable que una norma satisfaga algunas de las condiciones formales para su producción pero contravenga otras (pensemos, por ejemplo, en una ordenanza municipal correctamente promulgada que, sin embargo, se refiera a materias que son competencia de la autoridad regional) y su descripción como “norma inexistente” –que podría derivarse de la identificación que Ferrajoli parece establecer entre vigencia y satisfacción de las condiciones formales de producción¹⁰ – parece insatisfactoria, porque no permitiría dar cuenta de su eventual efectividad (sea su aplicación o la interposición y tramitación de recursos en su contra): más adecuado parece describirla como una norma jurídica vigente, pero inválida.

Aunque esta objeción no altera, me parece, el conjunto de la propuesta de Ferrajoli –quien, por lo demás (1993: 473), admite que “es una cuestión de derecho positivo, que no puede ser resuelta por la teoría, la de la cantidad y la calidad de los vicios que impiden a un acto normativo existir o, en otras palabras, la de los requisitos necesarios para su existencia”– creo que su mayor interés reside en des-

plazar hacia la frontera entre existencia-inexistencia el punto de vista desde el que preguntarse por la distinción entre vigencia y validez. De ese modo la atención se dirige no tanto a la diferencia entre condiciones formales y condiciones materiales que disciplinan la producción de normas –que parece estar al centro de la distinción entre vigencia y validez en la formulación de Ferrajoli–, sino a la diferencia entre un texto que no es reconocible como norma jurídica (una sentencia dictada en una clase práctica de derecho penal por un alumno de licenciatura, o una declaración de guerra acordada por la Corte Suprema, son los ejemplos que proponen Atienza y Ruiz Manero [1996: 50]) y una norma jurídica que, siendo reconocida como tal en un ordenamiento jurídico, es irregular, porque se ha apartado de alguna de las normas que regulan su producción (como una sentencia dictada con infracción de normas procedimentales o una ley que afecte el contenido esencial de un derecho fundamental)¹¹. Desde este punto de vista la “existencia” (o vigencia) pasa a designar un *umbral mínimo*, representado por la satisfacción de las *condiciones formales mínimas* establecidas por un ordenamiento jurídico para el reconocimiento del significado de un acto como norma jurídica, y la “validez” pasa a comprender los diversos aspectos, materiales y también procedimentales, de la regularidad de esa norma jurídica. En otras palabras –semejantes a las que emplea Guastini en trabajos posteriores (1995: 130-131; 1996: 294)–, la “validez” designa la relación de conformidad de una norma con *todas* las normas que regulan su producción (formales y sustantivas), mientras la “existencia” (o vigencia) designa la relación de pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico y supone la conformidad no con todas, sino con *algunas* normas sobre la producción jurídica. Esta redefinición de la frontera entre los términos de la distinción supone distinguir, dentro de la categoría de la “vigencia” tal como la emplea Ferrajoli, los problemas de “existencia” (vigencia en sentido estricto) y de “validez formal”.

¹⁰ En su respuesta a las críticas (1993: 459 ss.) FERRAJOLI se defiende, sin embargo, señalando que “no he sostenido jamás que cualquier vicio de forma de un acto normativo por inobservancia de cualquier norma formal conlleve su inexistencia y, por tanto, la no vigencia de la norma producida. Sólo he sostenido la implicancia inversa: que la inexistencia (o la no vigencia) se deriva de vicios de forma, es decir de la inobservancia de normas formales, y que, por lo tanto, inversamente, la ausencia de vicios de forma, es decir, la observancia de las normas formales, conlleva la vigencia”.

¹¹ Este es la perspectiva que asume GASCÓN (1997: 138-139) cuando señala que “una cosa es que la norma exista (pertenzca al ordenamiento o sea reconocible como parte de él), pero esté ‘viciada’, y otra diferente es que la norma no exista en absoluto, porque no haya modo de reconocerla como parte del ordenamiento”. También comparten este punto de vista los ya citados ATIENZA y RUIZ MANERO (1996: 54 y 61) al distinguir entre un “uso irregular de un poder normativo” y aquello que “no constituye en absoluto uso de un poder normativo”.

Un problema pendiente –al que sólo me referiré someramente¹²– es, claro está, el de establecer *qué* normas sobre la producción jurídica indican las condiciones mínimas de pertenencia al ordenamiento jurídico o, dicho de otro modo, determinar dónde se sitúa el umbral de la existencia. A diferencia de Ferrajoli que, como veíamos, califica este problema como una cuestión de derecho positivo y no de teoría del derecho, Guastini (1995: 146-150) intenta elaborar una respuesta general, siguiendo el camino de analizar las diversas clases de normas sobre la producción jurídica para determinar cuáles de ellas pueden ser interpretadas como (pueden tener el significado de) una definición del tipo de fuente normativa al que se refieren; por ejemplo, en el caso de la una ley ordinaria, qué normas sobre la producción jurídica pueden ser interpretadas como definición o como una parte de la definición del término “ley ordinaria”. La conclusión a la que llega es que de las cinco clases de normas sobre la producción jurídica que distingue¹³ son dos las que podrían ser interpretadas en relación a cada fuente normativa como fragmentos de su definición y, por lo tanto, como condiciones de su existencia, de su reconocimiento como pertenecientes a un ordenamiento jurídico.

En primer lugar se refiere Guastini a las normas que confieren una competencia normativa, es decir, las que atribuyen a un determinado sujeto el poder de crear una específica fuente del derecho (identificada con un *nomen iuris* propio); normas que *siempre* pueden ser interpretadas como parte de la definición de esa fuente normativa y cuyo cumplimiento es condición necesaria para que una determinada disposición pueda considerarse norma jurídica existente. Las segundas son las normas que disciplinan el ejercicio de una competencia normativa, estableciendo procedimientos para la creación de un determinado tipo de fuente, las que *sólo en ciertos casos o en cierto grado* pueden ser interpretadas como parte de la definición de ese tipo de fuente y como condición necesaria de existencia: así, por ejemplo, si un mismo órgano estatal es competente para crear dos o más tipos de fuentes, el procedimiento de formación que las diferencie podrá ser interpretado como parte de su definición (así

por una “ley orgánica” podría entenderse un texto normativo no sólo aprobado por el Congreso, sino también aprobado según el procedimiento del artículo 63 de la Constitución); fuera de casos como éste, el límite entre inexistencia e invalidez por vicios formales se vuelve, dice Guastini, incierta, de modo que “no parece posible establecer por vía general cuáles y cuántas normas procedimentales deban ser violadas para que la fuente en cuestión sea no sólo inválida, sino sin duda inexistente” y lo único que podría afirmarse es que la violación de *una sola* norma de procedimiento constituirá un vicio de validez, mientras la (improbable) violación de *todas* las normas de procedimiento dará seguramente lugar a la inexistencia de la fuente de que se trate.

- (b) La diferencia cualitativa entre juicio de vigencia y juicio de validez

Otra crítica que recibió la tesis de la distinción entre vigencia y validez en el mismo volumen colectivo dedicado a comentar el libro de Ferrajoli, en los artículos de Guastini (1993: 61) y especialmente de Jori (1993: 81-91), se refiere a la diferencia cualitativa entre las dos clases de juicios relativos a una norma y apunta a matizar la radicalidad de la calificación de los juicios de vigencia como puramente fácticos o empíricos. El punto fundamental a reconocer es que también en las normas formales sobre la base de las cuales se formula un juicio de vigencia¹⁴ puede haber indeterminaciones semánticas que amplíen el campo de interpretaciones posibles y lo vuelvan incierto. Ferrajoli (1993: 472), acogiendo la precisión, reformula la diferencia de estatuto de ambas clases de juicio ligándola al “irreductible ‘componente factual’ del vigor, predicable (de la forma) del acto normativo, y a la exclusiva normatividad de la validez, predicable de la norma que constituye su significado”, de modo que, mientras “los juicios sobre la vigencia son *tanto de hecho como de derecho*”, “los juicios de validez son *únicamente de derecho*”. Ambos suponen, por lo tanto, interpretación de la norma en base a la cual se formula el juicio, aunque –agrega Ferrajoli– “debemos reconocer que los juicios de invalidez de las normas, sobre todo si se refieren, como en el caso de las leyes, a valores constitucio-

¹² Para un desarrollo más amplio cfr. PEÑA, 1999.

¹³ (1) Normas que confieren una competencia normativa; (2) normas que disciplinan el ejercicio de una competencia normativa; (3) normas que circunscriben el objeto de una competencia normativa; (4) normas que reservan una competencia normativa; (5) normas que limitan el posible contenido normativo de una competencia (1995: 136 ss).

¹⁴ Recordemos que, aceptando la primera de las críticas que han sido analizadas, lo que FERRAJOLI denomina “juicio de vigencia” comprende tanto el juicio de existencia, o vigencia en sentido estricto, como los juicios de validez formal (en el sentido de conformidad con *todas* las reglas formales que regulan su producción).

nales ('igualdad', 'libertad', 'dignidad de la persona' y otros similares), son usualmente bastante más opinables e indecidibles que los juicios sobre la vigencia, formulados usualmente mediante términos dotados de denotación"¹⁵. Hay, se podría decir, un *plus* de valoratividad en los juicios de validez que no tiene que ver *sólo* con la indeterminación semántica de las normas sobre la base de las cuales se formulan –y que puede estar presente también en las normas que determinan la vigencia–, sino con que las normas que actúan como parámetros de validez, en especial de validez constitucional, se refieren a *valores*. Este es un punto al que volveremos luego, al considerar las implicancias de la distinción entre vigencia y validez en la comprensión de la tarea de los juristas.

iii.

Implicaciones de la distinción entre vigencia y validez: la sujeción del juez a la ley

Creo que las críticas, precisiones y matizaciones que he recibido la formulación que Ferrajoli hizo de la diferencia entre vigencia o existencia y validez dejan intacto en ella el mérito de destacar la *complejidad del juicio de validez en un estado constitucional de derecho*: un juicio que debe mirar no sólo a la satisfacción de las condiciones formales establecidas por las normas sobre la producción jurídica de ese ordenamiento, sino también a la coherencia con las condiciones sustantivas de validez que establecen las normas superiores del ordenamiento y especialmente las normas constitucionales. Apuntar a la importancia de este segundo nivel de juicio implica, como ha destacado Gianformaggio (1993: 28), cuestionar el alcance con que puede hablarse, en un estado constitucional de derecho, de una *presunción de regularidad de los actos del poder*. Una presunción –descrita por Schmitt (1932: 239) como “el premio supralegal a la posesión legal del poder legal”– que, sin embargo, ha operado –y tiende a seguir operando– como *dogma*, especialmente en relación a los actos

del Poder Legislativo, determinando en jueces y juristas una actitud acrítica frente a la ley que, al clausurar la posibilidad de verificación de su regularidad, especialmente sustantiva, termina por transformar el *fumus iuris en jus*, confundiendo la mera *vigencia* con la *validez*.

Tomar en serio el modelo del Estado constitucional de derecho y aceptar la distinción entre vigencia y validez de las normas jurídicas supone, por lo tanto, una comprensión diferente tanto de la tarea del juez –de la que se ocupará este epígrafe– como de la tarea del jurista, a la que se referirá el siguiente epígrafe: una comprensión que no permanezca anclada al dogma de la presunta regularidad de los actos del poder y que incorpore la dimensión de la crítica interna (es decir, según los parámetros de validez, especialmente sustantivos, *internos* al propio ordenamiento jurídico).

En relación a la función judicial, la presencia de diversos niveles normativos y en especial de un nivel normativo constitucional jerárquicamente superior al nivel legal –propia como hemos visto de los ordenamientos jurídicos que se construyen según el modelo del estado constitucional de derecho– y el consiguiente redimensionamiento del principio de legalidad, transforma el sentido de la sujeción del juez a la ley en el de sujeción “a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella” (como dice el artículo 6° de la Constitución chilena refiriéndose a todos los órganos del Estado). Esto significa, como explica Ferrajoli (1992: 26), que “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”. Esta reformulación del principio de sujeción del juez a la ley tiene una serie de consecuencias en relación a la imagen clásica del deber del juez de aplicar la ley:

(a) En primer lugar, si por sujeción del juez a la ley debe entenderse sujeción a la ley en cuanto válida, en cuanto coherente con la Constitución, entonces sólo respecto de ésta –de la ley coherente con la Constitución– cabe hablar de un deber de aplicación respecto del juez. Ello supone introducir una distinción, paralela a la distinción entre vigencia y validez, entre *posibilidad* que una norma legal sea *aplicada* y *deber de aplicarla*. Cuando se reconoce la *vigencia* de una norma se reconoce que es *posible* que sea aplicada (ese es precisamente el contenido del concepto de existencia); pero el juez, enfrentado a un caso, no debe limitarse a constatar la vigencia de las posibles normas aplicables, sino que debe valorar su validez, pues, recordemos, “debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”: eso significa que tiene el deber de aplicar las normas legales dicta-

¹⁵ Así, “podemos exigir, al formular en sede teórica un modelo garantista de legislación, la taxatividad de las normas constitucionales sobre la formación [de leyes] y, en general, de todas las normas formales sobre la vigencia: desde la precisión de los requisitos de forma y de las esferas de competencia, hasta la univocidad de todos los procedimientos. Mientras sería vana una pretensión análoga respecto de todas las normas constitucionales sustanciales, algunas de las cuales se expresan inevitablemente en términos tanto vagos como valorativos” (FERRAJOLI, 1993: 472).

das conforme a la Constitución y *sólo ellas*. Si el juez aplica una norma legal vigente pero inconstitucional, infringe su deber de sujeción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas: se podría decir que tiene el deber constitucional de *no* aplicarlas (aunque –como precisa Ferrajoli (1989: 873)– se trataría de un deber puramente potestativo, es decir, dependiente del juicio de invalidez formulado por él mismo).

(b) Que el modelo del Estado constitucional de derecho suponga que el juez tiene el deber de aplicar *sólo* las normas válidas y la potestad consiguiente de *no aplicar* las normas legales inconstitucionales no significa que deba reconocérsele necesariamente la potestad de *inaplicarlas* al caso concreto o, aun, de *anularlas* (con efectos generales). Esta es una cuestión que deberá resolverse atendiendo a cada concreto ordenamiento jurídico y su regulación constitucional: así, por ejemplo, en el ordenamiento constitucional de Estados Unidos –caracterizado, como se sabe, por la opción por un sistema de control de constitucionalidad difuso– se reconoce a cada juez ordinario la potestad de *inaplicar* al caso las normas legales que juzga inconstitucionales; en España, en cambio, como en la generalidad de los ordenamientos europeos continentales –que optan por un sistema de control de constitucionalidad concentrado–, el juez que considera que una norma legal aplicable al caso es inconstitucional debe plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que será el que decidirá acerca de su validez *anulándola* (o *invalidándola*) si resuelve que es inconstitucional. Nótese que también en este segundo caso el juez debe formular un juicio de validez al definir la norma aplicable: si el juicio de validez es positivo la aplicará al caso; si el juicio de validez es negativo, o tiene dudas acerca de la validez, planteará la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Cual sea el régimen que el ordenamiento constitucional chileno –dada su opción por un sistema de control de constitucionalidad bastante peculiar– establece en relación a la sede de decisión y los efectos del juicio de inconstitucionalidad de una norma legal vigente es algo que no resulta demasiado claro. Dado que la intervención del Tribunal Constitucional respecto de norma legales es sólo preventiva o *a priori* y que la facultad de la Corte Suprema de declarar inaplicable un precepto legal puede ejercerse sólo de oficio o a petición de parte, me parece que en el caso de un juez que se encuentre frente a un caso al que sea aplicable una norma legal que juzgue inconstitucional, sin que ni las partes interpongan recurso de inaplicabilidad ni la Corte Suprema se avoque de oficio a conocer esa cuestión, debería entenderse que ese mismo juez

tiene la facultad de *inaplicar* esa norma legal (si no consigue, como veremos enseguida, *interpretarla* de modo que resulte coherente con la Constitución)¹⁶. Lo que no es posible aceptar –si tomamos en serio el artículo sexto de la Constitución y el modelo del Estado constitucional de derecho– es que el juez, que debe “someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas”, se vea obligado a aplicar una norma legal inconstitucional, si es que las partes no interponen un recurso de inaplicabilidad o la Corte Suprema no la declara de oficio.

(c) Al hablar de “normas vigentes” y del deber del juez de aplicar sólo las “normas” conformes con la Constitución, puede dar la impresión que la “norma” sea una especie de mónada o entidad externa con la que el juez se encontrara como dato: sin embargo, la relación que el juez establece con la norma a través de la interpretación de ciertos textos o disposiciones jurídicas se parece más a la construcción que al descubrimiento. Este matiz es importante, porque permite dar cuenta de una dimensión más amplia del deber del juez de someterse a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella: el *deber de interpretar* los textos jurídicos *en conformidad con la Constitución*¹⁷. De este

¹⁶ Esta es también, si no me equivoco, la posición que sostiene CEA (1988:288) cuando expresa: “Creo que al conocer de las materias de casación y, por ende, de interpretación de las normas positivas, se abrirá una amplia opción en favor de la supremacía constitucional, aunque con alcances relativos. Cabe esperar que *todos los jueces* asuman con imaginación y coraje estos cometidos, obrando con cabal distinción entre la declaración de inaplicabilidad que incumbe sólo a la Corte Suprema, de un lado, y la *prescindencia en sus fallos de preceptos legales inconstitucionales* invocados por las partes, facultad que siempre han tenido y que los artículos 6°, 7° y 19 N° 26° ahora confirman” (las cursivas han sido agregadas). Sobre esta cuestión puede consultarse, también en esta revista, el artículo de BORDALI, “Tribunal Constitucional chileno: ¿Control jurisdiccional de supremacía constitucional?”.

¹⁷ El Tribunal Constitucional español ha desarrollado una interesante jurisprudencia en relación a este deber de interpretación conforme a la Constitución: así, por ejemplo, ha señalado –resolviendo en un caso de amparo (el equivalente aproximado de nuestro “recurso de protección”) “si la *aplicación literal* de dicha norma, realizada por el órgano judicial, resulta constitucionalmente procedente”; que “la interpretación de las normas, aunque no adolezcan de oscuridad, ha de realizarse

modo, al coincidir el juicio de validez con el proceso de interpretación-construcción de la norma válida, el juez puede encontrarse en dos situaciones diversas: (1) frente a una disposición legal que interpretada conforme a la Constitución permite la construcción de una norma válida (aunque interpretada de otro modo pudiera traducirse en una norma inconstitucional) que aplicará al caso; (2) frente a una disposición legal que resulte absolutamente incompatible con la Constitución, sin que haya posibilidad de corregir esa incompatibilidad por vía interpretativa, resultando el juicio de validez negativo (con las consecuencias que, según hemos visto, cada ordenamiento prevea para el caso). A esta dimensión más amplia del juicio de validez se refiere Ferrajoli (1992: 26) cuando señala que “la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas”.

iv.

Implicaciones de la distinción entre vigencia y validez: una dogmática crítica

Así como altera la comprensión de la tarea del juez, en especial de su forma de relacionarse con la ley, la aceptación de la distinción entre vigencia o existencia y validez modifica también la imagen de la actividad de los juristas al destacar su dimensión crítica. El jurista que pretenda “describir” un ordenamiento jurídico complejo (o alguna parte de él) tendrá que tomar en serio su estructura escalonada en diversos niveles normativos, así como la inclusión en el nivel más alto de condiciones sustanciales de validez, y dar cuenta de la posible divergencia entre “ser” y “deber ser” en el derecho: pertenece a su tarea “científica” –y no sólo a su tarea cívica o política– el valorar la validez o la invalidez de las normas vigentes (y eventualmente efectivas) y la correlativa efectividad o ineffectividad de las normas jurídicas de rango superior que establecen los parámetros de validez tanto formales como sustanciales. Esta es la traducción a nivel de metateoría del derecho de la teoría garantista de la validez: la ciencia jurídica no debe limitarse al análisis del “deber ser” (según una teoría positivista normativista de la validez a la Hart o

Bobbio) ni a la pura observación de lo que sucede “de hecho” (según una teoría realista), sino considerar ambos puntos de vista –normatividad y efectividad– como perspectivas complementarias y parciales desde las cuales aproximarse a los fenómenos jurídicos normativos. Como puede leerse en la siguiente cita, lo que está en juego tras estas prescripciones no es (sólo) una mejor “cientificidad” de la ciencia jurídica, sino una alternativa a la justificación dogmática del derecho vigente inválido.

...una aproximación exclusivamente normativista, al limitarse al análisis (del significado) de las normas, permite solamente describir el “deber ser” normativo de los fenómenos jurídicos regulados, pero no su “ser” efectivo. A la inversa, una aproximación exclusivamente realista, al limitarse a la observación de lo que sucede de hecho, permite sólo describir los fenómenos jurídicos tal como “son” efectivamente, y no como normativamente “deben ser”. En ambos casos resultan favorecidos modelos unidimensionales de ciencia jurídica: en el primero, la visión acrílica y edificante de la imagen legal (pero desgraciadamente a veces irreal) que con sus normas un sistema jurídico da de sí mismo y su identificación con el “ser” del derecho; en el segundo caso, la constatación acrílica y resignada de sus modos de funcionamiento reales (pero desgraciadamente a veces ilegales) y su identificación con el “deber ser” del derecho. El resultado común es la legitimación ideológica del derecho inválido vigente: ya porque resulta ignorado como no vigente, o bien porque resulta acreditado como válido. (Ferrajoli, 1989: 871-872)

La tarea cognoscitiva del jurista adquiere de este modo una dimensión de *crítica interna* del derecho vigente y una función garantista tendiente a impedir el vaciamiento de las garantías jurídicas (Gianformaggio, 1993: 35). Esta tarea de crítica interna –de acuerdo a los parámetros jurídicos de validez, especialmente sustanciales– es diferente de la tarea –ahora sí política, pero no por eso menos pertinente– de *crítica externa* del derecho válido (y también, por supuesto, de la Constitución), de acuerdo a parámetros ético-políticos o de justicia externos al ordenamiento jurídico¹⁸. De acuerdo a

conforme a los preceptos constitucionales, lo que no sólo es posible, sino que resulta obligado tras la entrada en vigor de la Norma Fundamental, cuya primacía se impone a la totalidad del ordenamiento jurídico” (STC 253/88 de 20 de diciembre).

¹⁸ La tarea cognitiva (con su dimensión de crítica interna) y la tarea política o de crítica externa no agotan, sin embargo, las posibles funciones de la ciencia jurídica: otra tarea importante –que de alguna manera se sitúa a medio camino entre la crítica interna y la crítica externa– es la de imagi-

una concepción positivista normativista, en cambio, estas dos dimensiones críticas resultan indiscernibles y en cualquier caso prescritas como “valorativas” por el principio metodológico de la neutralidad. Con esto conectamos con un punto importante al que quisiera referirme brevemente antes de cerrar este epígrafe y este artículo: la compatibilidad o no de la teoría garantista de la ciencia jurídica con el principio de neutralidad o avaloratividad característico del positivismo metodológico¹⁹, que, como se sabe, forma parte de la importante tesis de la separación entre derecho y moral.

Creo que una aproximación adecuada a esa cuestión supone, antes que nada, distinguir dos aspectos que suelen aparecer entrelazados en las referencias a la tesis de la neutralidad sostenida por el positivismo metodológico. Así ocurre, por ejemplo, en la siguiente definición de esa tesis (Sastre, 1999: 141):

Esta manera de concebir el Derecho permite distinguir los hechos de los valores, el Derecho real del ‘Derecho’ ideal, el Derecho como hecho del ‘Derecho’ como valor, el Derecho que ‘es’ del Derecho que ‘debe ser’. El positivismo metodológico defiende que la ciencia jurídica debe ocuparse del primer tipo de Derecho y que por ello es posible realizar una aproximación científica al mismo. El conocimiento jurídico puede ser objetivo, porque el Derecho aparece a partir de ciertos hechos y, por tanto, el jurista puede describir el Derecho absteniéndose de emitir juicios de valor.

En esta caracterización de la tesis de la neutralidad se reúnen en realidad dos tesis que, de acuerdo a los postulados del positivismo metodológico, se implican recíprocamente: la tesis de la posibilidad de describir el derecho absteniéndose de emitir *juicios de valor* y la tesis de la distinción entre el *derecho que ‘es’* y el *derecho que ‘debe ser’*. La primera tesis del positivismo metodológico se refiere a la posibilidad de un conocimiento *científico*

nar y diseñar nuevas y mejores técnicas de garantía para los derechos fundamentales, una tarea que los juristas ilustrados (FILANGERI, 1783: 57) denominaban “ciencia de la legislación” o “ciencia de la Constitución”.

¹⁹ Cfr. la distinción que propone BOBBIO (1961: 238) entre positivismo jurídico como teoría (o teórico), positivismo jurídico como método (o metodológico) y positivismo jurídico como ideología (o ideológico).

tfico del derecho, sujeto a la condición que el jurista se limite a *describir* mediante *juicios de hecho* el derecho tal como efectivamente se manifiesta en la realidad histórico-social. Sólo este conocimiento puramente descriptivo y avalorativo puede alcanzar, de acuerdo al positivismo, la *objetividad* que corresponde a la verdadera ciencia²⁰. La segunda tesis afirma la distinción entre el derecho real, o que es, y el derecho ideal, o que debe ser (de acuerdo a una determinada concepción de la justicia) y limita al primero el objeto de estudio de la ciencia jurídica. El núcleo de esta segunda tesis es la distinción entre juicios de *validez* y juicios de *justicia*, según la cual la calificación como injusta de una norma jurídica (o de un ordenamiento jurídico en general) no tiene consecuencias en el ámbito de su validez o existencia como norma jurídica (o, si el juicio se refiere al ordenamiento en general, su calificación como derecho)²¹.

Los planteamientos positivistas unificaban estas dos tesis en una única tesis relativa a la neutralidad avalorativa de la ciencia jurídica, porque identificaban todo juicio de valor relacionado con el derecho con un juicio acerca de su justicia, es decir, con el recurso a la comparación con un derecho ideal²². Si, en cambio, se tiene en cuenta—como hace Villa (1999: 231ss.)— que no todas las valoraciones relacionadas con el derecho son formuladas a partir de un derecho ideal, es posible separar la tesis positivista de la neutralidad en dos: una relativa a la *posibilidad de un conocimiento objetivo y puramente descriptivo del derecho*, que no incluya siquiera juicios de valor orientados al conocimiento del derecho positivo; y otra tesis relativa a la *separación entre derecho y justicia* (o *entre validez y justicia* o *entre derecho y moral crítica*), según la cual el conocimiento del derecho debe realizarse con independencia de juicios de

²⁰ “El positivismo jurídico surge—dice BOBBIO (1961: 145)— como consecuencia del esfuerzo por convertir el derecho en una auténtica ciencia que posea los mismos caracteres que las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales. Ahora bien, el rasgo fundamental de la ciencia, según las diferentes corrientes del positivismo filosófico, consiste en su *neutralidad valorativa*, o sea, en la distinción entre *juicios de hecho* y *juicios de valor*, y en la rigurosa exclusión de estos últimos del horizonte del científico, quien debe formular únicamente juicios de hecho”.

²¹ BOBBIO, 1961: 146-147.

²² Cfr. BOBBIO, 1961: 147-148: “La distinción entre juicio de validez y juicio de valor no es más que un caso particular (relativo al Derecho) de la distinción entre juicio de valor y juicio de hecho”.

valor formulados a partir de un modelo ideal de derecho²³.

La compatibilidad de la teoría garantista de la ciencia jurídica con la primera tesis del positivismo metodológico, relativa a posibilidad de un *conocimiento puramente descriptivo* del derecho, que no incluya siquiera *juicios de valor con función cognoscitiva*, parece resultar negada por el carácter *valorativo* que se reconoce a los juicios de validez sustancial que es tarea de la dogmática formular: puesto que en los estados constitucionales de derecho se han positivado a nivel constitucional principios ético-políticos que actúan como parámetros de validez de todas las normas del ordenamiento, el juicio de validez sustancial pone en juego las capacidades valorativas del intérprete y no puede ser asimilado a un juicio de hecho puramente descriptivo²⁴ (Ferrajoli, 1989: 872-874; Prieto, 1997: 65-66; Palombella, 1998: 20-25; Villa, 1999: 282-283)²⁵.

²³ Tanto VILLA en un trabajo anterior (1997: 239) como SASTRE (1999: 216) denominan a los primeros *juicios de valor débiles* y a los segundos *juicios de valor fuertes*. FERRAJOLI (1989: 874) realiza una distinción análoga entre “valoraciones desde el punto de vista interno o jurídico de la validez” y “valoraciones desde el punto de vista externo de la justicia”.

²⁴ En realidad, como dice SASTRE (1999: 213), “el constitucionalismo no ha hecho más que subrayar algo que ya se sabía”, no sólo porque también respecto de los juicios de vigencia o validez formal pueden plantearse problemas interpretativos, sino, además, porque ya en el contexto del Estado legislativo la dimensión interpretativa de la tarea de identificación del derecho —particularmente en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados— había puesto de relieve la imposibilidad de llevarla a cabo sin el auxilio de juicios de valor. Tal vez la mayor contribución del constitucionalismo ha sido la de demostrar que el intento del positivismo de establecer, frente a esa ineludible dimensión interpretativa del derecho, una frontera nítida entre juicio descriptivo —la tarea de la ciencia jurídica— y juicio de valor —política del derecho (KELSEN, 1960: 356), no da cuenta adecuadamente de la complejidad del razonamiento jurídico y, en particular, del juicio de ponderación entre principios constitucionales (así como, respecto del juez, la tesis del positivismo teórico de la discrecionalidad no logra dar cuenta adecuadamente de la vinculación de su decisión y, sobre todo, de la motivación que propore para justificarla, a límites jurídicos).

²⁵ Si la “valoratividad” en este sentido de la ciencia jurídica implica o no la imposibilidad de calificar a la actividad de los juristas como *verdadera ciencia*, creo que es algo hoy puede dejarse

El reconocimiento del carácter valorativo —en función cognoscitiva— de la ciencia jurídica no implica, en cambio, necesariamente, una contradicción con la segunda tesis del positivismo metodológico, relativa a la separación entre derecho y justicia o moral crítica, en la medida se mantiene la distinción entre juicios de validez y juicios de justicia. La metateoría del derecho garantista mantiene —como señala Ferrajoli (1989:358)— una definición de derecho válido “ideológicamente neutral”: “es válida aunque sea injusta, cualquier norma o prescripción que sea conforme a las normas acerca de su producción. Lo que ocurre es que entre las normas acerca de la producción de normas el moderno estado constitucional de derecho ha incluido múltiples principios ético-políticos o de justicia, que imponen valoraciones ético-políticas de las normas producidas y actúan como parámetros o criterios de legitimidad no ya externos, o iusnaturalistas, sino internos o iuspositivistas”. En este sentido, la teoría garantista de la ciencia jurídica se diferencia de otras posiciones —como las sostenidas por Nino, Alexy o Dworkin— que parecen proponer un *modelo de jurista comprometido*, que implica la aceptación o el reconocimiento moral por parte del jurista del derecho que constituye su objeto de estudio: en tanto desconocen la posibilidad de una crítica externa, estas posiciones, al tiempo que niegan la segunda tesis del *positivismo metodológico*, se alejan del *garantismo* y se aproximan en cambio peligrosamente al *positivismo ideológico*.²⁶

tranquilamente de lado. No sólo porque los principios constitucionales y la relevancia de las circunstancias del caso concreto en el proceso interpretativo aproximen el conocimiento del derecho —como dice ZAGREBELSKY (1992: 122ss.)— más bien al ideal de una *juris prudentia* que de una *scientia juris*. También porque el celo obsesivo del positivismo filosófico por la pureza y la objetividad tiende a ser cuestionado o relativizado aun en el terreno de la epistemología de los saberes paradigmáticamente científicos, como ocurre, por ejemplo, con la epistemología constructivista.

²⁶ Dice FERRAJOLI (1989: 887) al respecto que “el rechazo de todo positivismo ético y, por tanto, no sólo del legalismo, sino también del constitucionalismo, excluye en efecto ser como ideológico el aplastamiento del deber ser político por el ser jurídico, aunque sea normativo y constitucional, tanto como el deber ser jurídico por el ser efectivo del derecho. El deber ser político, o más sencillamente la política, permanece de forma irreductible como punto de vista externo, o desde abajo, que legitima la crítica y el cambio no sólo del funcionamiento de hecho, sino también de los modelos de derecho de las instituciones vigentes”.

EPÍLOGO

Mi propósito a través de este artículo ha sido el de dar cuenta de una discusión actual en teoría del derecho y espero haberlo conseguido con alguna claridad. Me ha interesado sobre todo destacar el impacto que tiene frente a las concepciones jurídicas tradicionales –como la concepción positivista-normativista clásica de la validez– el tomar *en serio* el modelo del Estado constitucional de derecho que recoge nuestro ordenamiento jurídico. Y también hacer notar cómo un cambio en esas concepciones tradicionales, que son en gran medida el aire que siguen respirando jueces y juristas, tiene importantes connotaciones prácticas. No me he referido, por cierto, a todas las implicancias de la aceptación de la distinción entre vigencia (o existencia) y validez de las normas jurídicas²⁷, pero sí a dos muy importantes: el redimensionamiento del deber del juez de aplicar la ley y la asunción por la ciencia jurídica de una tarea de crítica interna del derecho positivo.

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, N. 1955. “Sul ragionamento del giuristi”, en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Turín, 1989.
- BOBBIO, N. 1958. “Teoría de la norma jurídica”, en Id., *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1996.
- BOBBIO, N. 1961. *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1998.
- FERRAJOLI, L. 1989. *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, L. 1992. “El derecho como sistema de garantías”, en Id., *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- FILANGERI, G. 1783. *La scienza della legislazione*, en *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Bruselas, 1841.
- GARCÍA PASCUAL, C. 1997. *Legitimidad democrática y poder judicial*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia.
- GARCÍA PELAYO, M. 1991. “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, en Id., *Obras Completas*, CEC, Madrid.
- GASCÓN, M. 1997. “Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes”, *Doxa*, 20.
- GIANFORMAGGIO, L. 1993. “Diritto e ragione tra essere e dover essere”, en Id. (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín.
- GIANFORMAGGIO, L. y PAULSON, S.L. (eds.). 1995. *Cognition and interpretation of law*, Giappichelli, Turín.
- GUASTINI, R. 1993. “I fondamenti teorici e filosofici del garantismo”, en Gianformaggio, L. (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín.
- GUASTINI, R. 1995. *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Turín.
- GUASTINI, R. 1996. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Turín.
- HART, H.L.A. 1961. *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- JORI, M. 1993. “La cicala e la formica”, en GIANFORMAGGIO, L. (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín.
- KELSEN, H. 1960. *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México DF, 1995.
- PEÑA, A. 1997. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid.
- PEÑA, A. 1999. “Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XVI, 1999.
- PALOMBELLA, G. 1998. “Si possono conoscere i valori nel diritto? Per un modello epistemologico e pratico”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XVI, N° 1-2.
- PRIETO, L. 1997. *Constitucionalismo y positivismo*, Fontanamara, México DF.
- RODOTÀ, S. 1993. “Verso lo stato costituzionale”, en *L'indice dei libri del mese*, 3.
- SASTRE, S. 1999. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid.
- SCHMITT, C. 1932. “Legalità e legittimità”, en Id., *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bolonia, 1972.
- SERRANO, J.L. 1999. *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Trotta, Madrid.
- VILLA, V. 1997. “Teorie giuridiche e giudizi di valore”, en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e Diritto* 1997.
- VILLA, V. 1999. *Construttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Turín.
- ZAGREBELSKY, G. 1992. *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995.

²⁷ Ha quedado pendiente, por ejemplo, considerar el impacto de esa distinción en los dogmas positivistas de la *coherencia* y *plenitud* del ordenamiento jurídico, en cuanto ellas dejan de aparecer como propiedades efectivas del derecho *vigente* –caracterizado, al contrario, por la presencia de antinomias (normas vigentes inválidas) y lagunas (normas que, de acuerdo a las prescripciones constitucionales sustantivas, deberían encontrarse vigentes y que, sin embargo, no lo están)– y se configuran, en cambio, como “ideales-límite del derecho *válido*” (FERRAJOLI, 1989:878).