

# VALIDEZ DEL DERECHO: ANÁLISIS CONCEPTUAL A PARTIR DE LOS MODELOS TEÓRICOS DE KELSEN Y ALEXY

Tatiana Díaz Ricardo

**Fecha de Recepción:** Enero xx/2011

**Fecha de Aceptación:** Enero xx/2011

El concepto de validez en la contemporaneidad denota una complejidad teórica que despertará gran debate en la teoría del derecho a partir de la puesta en escena de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Desde entonces hasta la actualidad, la validez jurídica obedece a una serie de criterios que varían de acuerdo a los diferentes modelos teóricos que intentan explicar el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos.

El criterio de validez del derecho se reviste de importancia, porque del mismo se desprende la posibilidad de que las normas jurídicas generen efectos. Desde luego que el derecho genere efectos implica relaciones imbricadas cuyos criterios varían según el enfoque en el que nos ubiquemos. La validez del derecho entonces, nos lleva a los tópicos para indicar cuándo se puede decir que el derecho realmente existe, y en consecuencia, genera efectos. Lo anterior implica precisar cuál es el órgano competente para crear derecho, cuál es el procedimiento establecido para su creación, cuál

es la jerarquía de cumplimiento de las diferentes normas jurídicas y en algunos casos, verificar si el derecho es moral o socialmente correcto, y en consecuencia de ello, puede generar efectos.

Como puede observarse, los interrogantes planteados con anterioridad, constituyen cada uno de ellos parte de las polémicas contemporáneas del derecho. Y exponemos la polémica, porque las respuestas variarán de acuerdo al modelo conceptual desde el que me ubico para responder.

### **LA VALIDEZ EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO**

El genio de la obra de Hans Kelsen dividió la Teoría del Derecho en antes y después de su existencia.

Para la Kelsen la validez de una norma implica: a) que la misma existe; b) que es vinculante para sus destinatarios o sea que los mismos deben realizar la conducta establecida en la norma. Que es obligatoria. La existencia de la norma es una existencia ideal, no real como la de los entes físicos o naturales. De igual forma se entiende que la validez es la "fuerza vinculante del derecho positivo, la idea de que debe ser obedecido por los individuos cuya conducta regula" (Delgado Pinto, 1990). También es vital el hecho de monopolización de producción del derecho en el órgano legislativo del estado.

### **Validez y ciencia jurídica**

La ciencia jurídica es la encargada de describir objetivamente las normas jurídicas, esto es, el derecho. Cumple una función cognoscitiva y descriptiva de las normas jurídicas.

Es menester recordar que la teoría pura del derecho deviene de la tendencia moderna de la objetivación y matematización de las ciencias. Por tanto la ciencia jurídica, en parte justifica su existencia contra una teoría del derecho natural, basado en preceptos morales, intrínsecos a la naturaleza humana y originado por la idea de la existencia divina. Es así como en la misma "se halla entrañada la siguiente objeción contra la existencia del derecho natural, o sea, de un derecho universalmente válido: "El derecho natural, según el iusnaturalismo, está fundado en Dios (...). Pero si Dios es su fundamento, dado que muchos no admiten que Dios existe, este derecho natural sería algo dependiente de las opiniones sobre Dios (...) Si es dudoso que Dios existe, *no se puede fundar el derecho natural. O bien, el derecho natural "existe" sólo para los hombres que sean religiosos, esto es, creyentes en Dios*" (Tale, 2006).

Ferrajoli de forma histórica, caracteriza el derecho premoderno e indica con nitidez que las fuentes del mismo eran variadas y se carecía del monopolio estatal del cual se gozará a partir de la teoría de Kelsen: "En el derecho premoderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes —el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones—, ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica. El derecho «común» por tanto estaba, así, asegurado por el desarrollo y la actualización de la vieja tradición romanística, es decir, por las elaboraciones doctrinales y

jurisprudenciales cuya validez dependía, obviamente, no ya de la forma de su producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos” (Ferrajoli).

Asimismo se considera que “la teoría de Kelsen busca sólo conocer lo que es y lo que puede ser el Derecho, y no si es justo o podría serlo. Consecuentemente, la norma es una relación de imputación y no de causalidad, pues la ciencia del derecho no pretende dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas, sino que expresa un 'deber ser' donde la voluntad de alguien atribuye a un hecho una consecuencia” (Bostiancic, 2008).

En gran parte, a partir de Kelsen, el derecho será derecho objetivo, positivo, válido, aclarando que esta validez es temporalmente y geográficamente restringida al territorio estatal. Obsérvese entonces que el modelo iuspositivista kelseniano concibe al sistema jurídico desde una perspectiva puramente formal, en el que las relaciones normativas son escalonadas jerárquica y formalmente. Lo anterior implica que “Kelsen reconstruye la unidad del orden jurídico sobre la base de la existencia de una relación de regulación de la producción entre sus normas exponente del carácter institucionalizado que singulariza al Derecho frente a otros fenómenos normativos. De esta forma, la unidad del sistema se trata de una unidad formal que afecta el modo en el que las normas han sido establecidas y no a su contenido” (*Op. Cit.*).

Tal como se había enunciado anteriormente se hace énfasis en despojar los criterios de validez del derecho de contenidos morales o ideológicos que invoquen cualquier contenido de justicia, el derecho positivo será válido en función de su proceso creador, esto es su validez deviene de la formalidad y acatamiento al proceso de creación del mismo: “la concepción Kelseniana del derecho maneja una visión estrictamente formal de la validez de las normas jurídicas que depende exclusivamente de criterios formales tales como su creación por una voluntad autorizada a través del procedimiento establecido en una norma superior. Así, la validez normativa se define por la operatividad de criterios en los cuales o bien no están presentes contenidos materiales, o bien tal presencia se considera irrelevante, de manera tal que una norma será válida si ha sido creada por un órgano competente a través del procedimiento establecido al efecto en una norma superior. Consecuentemente, la elaboración de las normas jurídicas refleja un proceso donde la voluntad del legislador no está sometida a exigencia racional alguna respecto del contenido de lo mandado, arrojando como resultado un sistema jurídico que se articula como un entramado de delegaciones de poder en el que cada autoridad queda libre para decidir el contenido de las normas que impone” (*Op. Cit.*).

Lo anteriormente explicado deviene en una de las principales características del derecho del siglo XIX y principio del XX: la visión legalista del mismo y en consecuencias la catalputación del principio de legalidad que aún pervive en el artículo 230 de la Constitución Política de 1991, en este sentido señala Ferrajoli, que existe a partir del positivismo formal la “afirmación del monopolio estatal de la producción jurídica y, por tanto, del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido y antes aún existente”. En coherencia con lo anterior se explica que: “el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del derecho sobre el principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a

la arbitrariedad. El estado de derecho moderno nace, con la forma del *estado legislativo de derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa. De aquí se sigue un cambio de paradigma también en la ciencia jurídica. (...) Se evidencia el extraordinario alcance de la revolución producida con la afirmación del principio de legalidad por efecto del monopolio estatal de la producción jurídica. Se trata de un cambio de paradigma que atañe a la forma, más que al contenido de la experiencia jurídica. Si comparamos el código civil de Napoleón o el código civil italiano con las *Instituciones* de Gayo, las diferencias sustanciales pueden parecer relativamente escasas. Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no es la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos.” (Ferrajoli).

### **ROBERT ALEXY: UN CAMBIO DE MODELO TEÓRICO PARA LA VALIDEZ DEL DERECHO**

Para la teoría de Alexy hay un eje central en el derecho y la validez del mismo: la pretensión de corrección. La pretensión de corrección consiste en que el derecho debe ser justo, es decir, moralmente correcto. Esto implica que la justicia aparece como criterio de validez. Lo anterior implica un grado mayor de complejidad en la estructuración de la validez del derecho. Esto sin lugar a dudas es un cambio de paradigma en el modelo positivista del derecho, nuevamente un concepto más avanzado de la moral hará parte del derecho: la justicia y específicamente los derechos fundamentales entendidos en el concepto posterior a la segunda postguerra mundial.

Para Ferrajoli se evidencia “la subordinación de la legalidad misma —garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad— a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Lo que se ha traducido también en tres alteraciones del estado legislativo de derecho, en los mismos planos en los que se había verificado el precedente.

Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales. (...) Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo

formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten. (...)

La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que —como la experiencia enseña— podrán de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático. Al mismo tiempo, el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del *ser del derecho*, es decir de sus condiciones de «existencia», sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de «validez». “(Ferrajoli, *Op. Cit*)”.

En su *Teoría de los derechos fundamentales*, Robert Alexy establece el que denomina un “concepto semántico de norma”. Su punto esencial está en la distinción entre norma y enunciado normativo. La norma sería “el significado de un enunciado normativo”. (...) Alexy pretende en su *Teoría de los derechos fundamentales* elaborar una teoría de las normas de derecho fundamental. (García Amado, 2010).

Para Alexy existen normas estatuidas, que son los preceptos normativos mismos, y las normas adscritas, que corresponden a las interpretaciones de las normas estatuidas. A continuación se especifica con mayor detalle el concepto de norma adscrita, que es fundamental en la teoría de Alexy: Norma adscrita no es aquella que el intérprete construye eligiendo discrecionalmente una interpretación y tratando de apoyarla en las razones que a él lo convenzan y que, al tiempo, estime convincentes para cualquier observador imparcial. No, las normas adscritas son normas que “están ahí”, que, como normas y en toda su extensión de normas, subyacen a aquellos enunciados normativos originarios. (...) Dice Alexy de tales normas, que tienen “una relación más que casual con el texto de la Constitución”, “son necesarias cuando debe aplicarse a casos concretos la norma expresada por el texto de la Constitución. Si no se presupusiese la existencia de este tipo de normas, no sería claro qué es aquello que, sobre la base del texto constitucional (es decir, de la norma directamente expresada por él), está ordenado, prohibido o permitido. La relación de este tipo, que tienen las normas mencionadas con el texto constitucional, será llamada «relación de precisión»”. (...) Es decir, si el juez decide discrecionalmente entre dos opciones interpretativas que caben por igual y pueden estar respaldadas por buenas razones, eso significa que no hay norma adscrita; pues si hay norma adscrita, el juez puede descubrirla al descubrir las mejores razones que la sostienen. No se trata de argumentar razonablemente la elección, sino de elegir la alternativa que en sí tiene las mejores razones. Vemos cómo la argumentación cobra tintes más demostrativos que puramente justificativos; ya no es el medio para la exclusión de la irracionalidad, sino para la plena

efectividad de la racionalidad propia de una razón práctica entendida en sentido fuerte. El juez ha de destapar la norma que es verdaderamente “la” adscrita, y la encontrará comprobando la mayor potencia de las razones en su favor. Norma adscrita es la que está sustentada por la razón, y sólo ésa. En el caso de las normas iusfundamentales, dice Alexy que se trata del “*descubrimiento de nuevas normas de derecho fundamental*” (...) Entendemos, pues, que una norma iusfundamental adscrita sólo es tal si es conforme a Derecho, y conforme a Derecho es sólo si reúne dos condiciones: que está dotada de una “fundamentación iusfundamental” y que sea “correcta”. Naturalmente, todo dependerá de en qué consista una auténtica “fundamentación iusfundamental” y de cuál sea el parámetro de su corrección. (García Amado, 2010).

## REFLEXIONES FINALES

La obertura del sistema jurídico colombiano a las tendencias constitucionalistas del siglo XX, se ratificó con la expedición de la constitución de 1991.

En ese sentido, la forma de resolverse los conflictos en derecho ha variado, especialmente en lo referente al sistema de fuentes del derecho. Nos referimos a la inclusión de los principios constitucionales directamente en la solución de casos judicialmente. En ese sentido Diego López señala claramente: “El nuevo constitucionalismo colombiano, iniciado con el texto promulgado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ha venido efectuando un cambio fundamental en el derecho colombiano: los textos constitucionales, y muy en particular aquellos en los que se consagran derechos fundamentales de las personas, se han convertido en principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflictos jurídicos a resolver por los jueces y funcionarios administrativos en Colombia.” (López Medina, 2006).

Pero para que ello sea posible, se ha tenido que variar sustancialmente el rol de la constitución como instrumento jurídico. Recordemos que hasta antes de 1991 las constituciones colombianas constituían principalmente una función de simbolismo político. Ese cambio sustancial, no obedece sólo al replanteamiento que desde el proceso constituyente se consolidó. Obedece a todo un proceso global que desde la segunda postguerra mundial se va a asumir por los estados occidentales del orbe.

## LOS PRINCIPIOS EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Como resultado de una herencia principalmente formalista en Colombia el asunto de los valores está cargado de un alto contenido crítico político, parte fundamental de la labor académica ha sido trabajar de manera ardua para reconocer que los contenidos axiológicos siempre han permanecido de forma transversal a todo lo jurídico. Y esto entra a formar parte fundamental de la categorización de los derechos fundamentales dentro de las categorías jurídicas de validez, eficacia y legitimidad. En cuanto a la validez de valores en tanto positivados como derechos fundamentales fruto de un proceso constitucional, en las constituciones políticas, considera Magdalena Correa Henao, que “Los derechos fundamentales como normas jurídicas forman parte de un sistema axiológico que aspira a tener validez como decisión jurídico constitucional Fundamental”.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Centro de estudios constitucionales (traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, 1997.

ALEXY, Robert. *Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral*. En: VÁSQUEZ, Rodolfo. (comp.). *Derecho y Moral*. Editorial Gedisa, Barcelona, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia, Traducción de Luis Villar Borda, primera reimpresión, 1998

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Ediciones distribuciones Fontamara, 2ª reimpresión corregida, México, 2002.

BOTERO, Andrés. Revista *Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 8, 2004/2005, pp. 209-257, ISSN 1575-7382.

BOTERO MARINO, Catalina. *La Acción de Tutela En el Ordenamiento Constitucional Colombiano*. Colombia. 2005

CARBONELL, Miguel. *Teoría constitucional y derechos fundamentales*. México. 2002.

CORREA HENAO; Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales*. Editorial: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. 2003. Colombia.

DELGADO PINTO, Jose. *Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas*.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y presente del Estado de derecho*.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. UNAM, México. 1982.

KELSEN, HANS. *¿Qué es justicia?* Ariel S.A. Barcelona, 1992.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La Transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Segunda reimpresión, Bogotá 2004.

LÓPEZ MEDINA, Diego E. *La letra y el espíritu de la ley*. Universidad de los andes y editorial Temis, Bogotá, 2008.