

**SER Y DEBER SER EN LAS CONCEPCIONES DEL VALOR
Y DE LA VALIDEZ**

1. El auge que el término y el tema de la validez han alcanzado en el pensamiento filosófico y filosófico-jurídico moderno proviene fundamentalmente de la escuela sudoccidental alemana y muy particularmente de Windelband y Rickert. El punto de partida es un dualismo radical. De un lado, la realidad, lo temporal, la «naturaleza» (en la que se comprende también la «vida»); de otro, el mundo de los valores, lo intemporal y eterno; lo que no «es» sino, simplemente, «vale».

Así, el concepto de validez de que hacen uso los juristas—*validité* en francés, *validità* en italiano, *validity* en inglés—es la traducción de dos términos de la lengua alemana que tienen entre sí una vinculación muy íntima desde el punto de vista semántico, pero cuyo sentido no es totalmente idéntico. Uno es el de *Gültigkeit*, que hace referencia a las condiciones lógicas por las que una proposición teórica puede ser universalmente aceptada (Kant habla repetidamente de la *Allgemeingültigkeit* de un pensamiento en cuanto conjunto de las condiciones que le hacen «überhaupt möglich»), pero que igualmente se refiere a las condiciones axiológicas por las que una exigencia normativa puede también ser aceptada, esto es, al *valor* intrínseco que la funda. El otro término es el de *Geltung*, que pone más bien el acento sobre la dimensión de efectividad de una proposición, de una regla o de un sistema normativo o científico, y que tiene el sentido de «vigencia», de «estar en vigor». Conviene no olvidar, sin embargo, que *Geltung* proviene de *Gelten*, «ser válido», lo que en la filosofía de los valores expresa una especie de realidad diferente del ser y por eso se dice que los valores no son «ser», sino que valen o tienen validez: *Die Werte sind nicht, sondern sie gelten* (1).

(1) La expresión más radical de esta posición, que puede llamarse «logicismo axiológico», es la de Rickert, para el cual, el valer es la forma de realidad de los valores, pero entendido el valor como una «validez lógica». Cfr. *Allgemeine Grund-*

La teoría pura del Derecho de Kelsen ha transmitido a la filosofía jurídica el problema de la validez del Derecho, de la *Rechtsgeltung*, con un planteamiento condicionado por esta genealogía intelectual. Kelsen ha recibido el pensamiento kantiano especialmente a través de Windelband y Simmel (2), y el problema de la validez consiste fundamentalmente para él en encontrar el fundamento que haga posible en general pensar como jurídica una determinada realidad que, en sí misma, está constituida por un complejo fáctico de imperativos, transmutándola en un orden normativo cuya validez se transfunde a cada una de las normas que lo integran como una cualidad radicalmente desprendida de toda adherencia del mundo del ser, como pura significación, esto es, como un deber ser o un valor. El mundo del Derecho es el mundo del deber ser, enteramente ajeno al ámbito del ser. Sin embargo, Kelsen, que más tarde sintió el poderoso influjo de Cohen y de la escuela de Marburgo, evitó cuanto pudo la referencia a la idea de «valor», que en él resulta inseparable de los «juicios de valor» éticos y políticos y deben ser eliminados de la ciencia jurídica.

2. La validez y el valor son términos cuya significación se entrecruza. La validez tiene algo de criterio empírico, referido a una determinada realidad conceptual—un valor, una norma—para definir su aplicabilidad a un conjunto indefinido de situaciones concretas o a una situación concreta determinada. El valor, en cambio, es una cualidad que se atribuye a una realidad fáctica (por ejemplo, una conducta) para expresar que, de algún modo, esa realidad es «como debe ser».

La validez resulta así ser un término lógico y epistemológico que hace referencia a la categoría de verdad (3), mientras que el valor es un tér-

legung der Philosophie. I. Teil. *System der Philosophie*, Tübingen, 1921, págs. 122 y *passim*. Sobre esto, vid. K. Brinkmann: *Grundlegung der Rechtsphilosophie. Allgemeine Wertphilosophie*, Bonn, H. Bouvier und Co. Verlag, 1960, págs. 370 y sigs.

(2) Así lo confiesa en el prólogo de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.ª ed., Tübingen, Mohr, 1923, pág. VI.

(3) En este sentido, dice Kelsen: «Das Naturgesetz ist ein erklärendes Urteil. Seine Geltung besteht in seiner Wahrheit» (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*; página 13). Para Kelsen, sin embargo, validez, *Geltung*, significa «die spezifische Existenz einer Norm», y una norma es la antítesis lógica de la ley natural; es decir, no contiene un juicio explicativo, sino un deber ser; no es, pues, cuestión de «verdad» ni de verificación: «Die Norm gilt, soferne sie befolgt werden soll. Für die spezifische Soll-Geltung der Norm bleibt die Realisierung ihres Zweckes bedeutungslos» (*ob. cit.*, pág. 14). Pero la distinción posterior kelseniana entre «norma» y «proposición jurídica», identificadas en sus primeras obras, reconduce el concepto de validez de una proposición jurídica, que es el objeto de la ciencia del Derecho, al de su verdad—por referencia a las normas cuyo contenido describe—

mino ético y axiológico que tiene relación con la categoría del bien. El concepto de validez se aplica normalmente a las normas o reglas, tanto científicas (y entonces se refiere a un método de verificación) como éticas (en cuyo caso implican una relación con un sistema normativo).

La validez no es un ente, puesto que se predica de algún ente del que se afirma la aptitud para ser comparado con una proposición capaz de describirlo de modo suficiente. La validez es también «intemporal», puesto que reside en la aplicabilidad general de un sistema de proposiciones y permanece en vigor de modo permanente mientras sea aplicable el mismo sistema. Y, por último, tiene carácter «objetivo» por respecto a cualquier individuo particular, en cuanto que mantiene vigencia en dominios intersubjetivos de cierta amplitud, aun cuando estén—como marcos significativos—sometidos a variaciones progresivas y expuestos a sustituciones radicales.

En la ciencia jurídica, el concepto de validez dista mucho de ser unívoco. Se le suele identificar, expresa o tácitamente, con el de «vigencia», pero también en este término hay cierta equivocidad, en el sentido de que con él se puede aludir a un puro hecho ajeno al valor, pero también cabe una implicación axiológica del mismo, porque lo vigente obliga y lo obligatorio dice referencia a algún valor que «debe ser».

Es muy frecuente que los juristas, e incluso los filósofos del Derecho consideren el concepto de la validez cargando el acento sobre los aspectos más empíricos (4), si bien unas veces predomina una visión voluntarista y otras un criterio que podría llamarse sociologista. En el primer caso se considera válido (o vigente) el Derecho que, y porque, ha sido sancionado autoritariamente. Es el punto de vista del positivismo jurídico y, en definitiva, es el criterio que hay en la base del convencionalismo sobre el que se ha movido gran parte de la ciencia jurídica moderna, que es la equiparación de los términos Derecho, norma jurídica, norma impuesta por la autoridad estatal. También juristas que no son positivistas (5), asumen

(4) Este sentido aparece muy acusadamente en Stammler, para el cual, «das geltende Recht ist nur ein Teil des positiven Rechtes» (*Rechtsphilosophie*, 3.^a edición, Berlín, Walter de Gruyter, 1928, pág. 147). ¿Qué significa que un Derecho está vigente? (validez, para Stammler, significa pura y simplemente «vigencia»): «das Gelten eines Rechtes ist die Möglichkeit, es durchzusetzen. In dem Gelten eines Rechtes tritt eine Frage auf. Es ist die Betätigung eines rechtlich bestimmten Willens in der empfindbaren Wirklichkeit» (págs. 148-149). «Ein Begehren, das nach der formalen Akt des Rechtsbegriffes bestimmt ist, soll wahrnehmbar gemacht werden, um so als verwirklichtes Recht zu bestehen» (pág. 150).

(5) R. Zippelius (*Das Wesen des Rechts*, Verlag C. H. Beck, München, 1965, páginas 31 y sigs.) habla de la validez en un sentido moral, en un sentido ético-social

este concepto de la validez jurídica, si bien admiten que en él, y con él, no se agota el problema de la validez del Derecho.

También tiene gran fuerza entre los juristas el criterio «sociologista». En realidad, ya es una forma de sociologismo el considerar como válido (vigente) un Derecho sólo en función del *hecho* de su imposición autoritaria.

Ortega y Gasset aplica al lenguaje sociológico el concepto de las «vigencias», que declara tomado del lenguaje jurídico, y que equipara a los «usos», pero distingue entre los «usos débiles» y los «usos fuertes», y al incluir al Derecho entre estos últimos, lo define en última instancia por la imposición autoritaria. Pero el concepto sociológico de la validez (6) con-

(como espíritu objetivo) y, en sentido específicamente jurídico, como «regla de coacción (*Zwangsregel*); al Derecho válido, vigente, lo llama «Derecho garantizado», *Garantiertes Recht*, y consiste su validez en la probabilidad de su imposición autoritaria: («... Steht als dritte Geltungsmöglichkeit die Chance ihrer obrigkeitlichen Durchsetzung und ihr wirksamwerden in dem hieran orientierten Verhalten» (página 37). También para Radbruch, el sentido jurídico de la validez aludía fundamentalmente al imperativo y su imposición autoritaria. El *Sollen* es «der von seiner psychologischen Grundlage losgelöste Sinn eines Wollens» (*Rechtsphilosophie*, 3.^a edición, Leipzig, Verlag Quelle & Meyer, 1932, pág. 76); por eso, «die juristische Geltungslehre (stösst) mit Notwendigkeit irgendeinmal auf die Tatsächlichkeit eines nicht weiter ableitbaren autoritativen Wollens» (pág. 77). Pero lo característico de la ciencia jurídica es que tiene que explicar este contenido como un «deber ser», fundado en sí mismo. Explicar la validez por referencia al «poder» (o al «reconocimiento») equivale a salir de la teoría jurídica. Pero existe, en cambio, una «teoría histórico-sociológica» de la validez.

(6) Véase J. Ortega y Gasset, *El hombre y la gente*, Obras inéditas, Rev. de Occidente, Madrid, 1957. Max Weber expuso lapidariamente la diferencia entre los conceptos jurídico y sociológico de la validez: «Das Gelten eines Rechtssatzes im soziologischen Sinne ist ein empirisches Wahrscheinlichkeitsurteil über Fakta; das Gelten im juristischen Sinne ist ein logisches Soll» (*Soziologie und Sozialpolitik*, citado por H. Welzel: *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Westdeutscher Verlag, Köln-Opladen, 1966, pág. 16; cfr. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 2.^a ed., Tübingen, Mohr, 1951, págs. 347 y *passim*). Según la concepción sociológica, expuesta por Radbruch, «die Rechtsordnung gilt, die sich die faktische Wirksamkeit zu schaffen vermag, sei es, dass sie in langwieriger, überzeugender und gewöhnender Einwirkung die Gesinnung der Rechtsunterworfenen für sich gewonnen hat, sei es, dass sie ihren durch Zwang und Strafe gewaltsam aufgenötigt worden ist» (*Rechtsphilosophie*, pág. 78). A este concepto sociológico de la validez es al que alude también Zippelius: «Eine andere Geltungsmodalität ist das Herrschen objektiver Sinngehalte, z. B. von Verhaltensnormen in einer Gemeinschaft. Diese Geltungsmodalität ist Gemeint, wenn wir vom Zeitgeist, von der geistigen Struktur der Gemeinschaft oder—im Hinblick auf spezifische Sinngehalte—vom herrschenden Sozialethos oder von den Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden sprechen. Es handelt hier um die Geltung als objektiver Geist, als

siste más bien en considerar ésta algo así como una adecuación a la costumbre, al tiempo y al lugar, en ver en ella fundamentalmente la eficacia de las normas sobre el comportamiento efectivo de los hombres (lo que Kelsen llama la *Wirksamkeit*), el hacerse, pues, *costumbre*, porque se inserta en el conjunto de las costumbres, y esta inserción sólo puede tener lugar porque, o cuando, el Derecho en cuestión responde al sistema de convicciones y puntos de vista valorativos vigentes en la sociedad de que se trata.

Se ve, pues, que este concepto sociológico es más un punto de vista metodológico que un criterio material, no porque carezca de contenido propio, sino porque éste puede extenderse al contenido del concepto jurídico de la validez, en la medida en que ésta es vista como «puro hecho», o prolongarse a los aspectos axiológicos del problema, que son el contenido del concepto de la validez que puede llamarse filosófico o moral. En efecto, el hecho de la efectividad de un *consensus* real de un grupo social en una regla jurídica, es la expresión de una toma de conciencia axiológica, por tanto, de una conciencia de que algo es debido y obligatorio; la validez, entonces, radica en el valor, es decir, en que la norma es valiosa, se ajusta al deber ser y lo realiza (7). Pero, por lo mismo, esto implica un

geistiges Milieu» (*Das Wesen des Rechts*, pág. 33). La expresión más primaria y elemental de la actitud sociologista ante el concepto de la validez del Derecho es la confusión de la misma con la *eficacia*, la *Wirksamkeit*, error cuya denuncia constituye pieza esencial en el pensamiento kelseniano. Y la teoría que, al buscar un «fundamento» para la validez jurídica mejor expresa este confusionismo, es la «teoría del reconocimiento», también insistentemente denunciada por Kelsen. En forma depurada, y con proyección hacia el concepto filosófico de la validez, esta teoría se encuentra recientemente sustentada por Welzel (*Die Frage nach der Rechtsgeltung*, páginas 7 y sigs.), pero sólo en el sentido de considerar que el reconocimiento general es uno de los supuestos del nacimiento de Derecho positivo: «Jede Norm der Staatsmacht, die Anerkennung findet, ist positives Recht» (pág. 20); por lo mismo, ciertos mandatos arbitrarios del poder, aun cuando encuentren órganos estatales dispuestos a ejecutarlos, no son Derecho positivo si están en oposición con los principios y normas jurídicas generalmente aceptadas (esto vale, en su opinión, frente, por ejemplo, a ciertos hechos de la época nazi, que no tuvieron carácter jurídico, sin que sea preciso hacer entrar aquí en juego la oposición de «yusnaturalismo» y «positivismo»). En todo caso, para Welzel, este aspecto sociológico de la validez no agota su problema, porque más allá de la «efectividad» está la cuestión de la «legitimación» y siempre hay que preguntarse la razón por la que el Derecho obliga también a quien no lo reconoce (págs. 21 y sigs.).

(7) A esto llama Radbruch validez «filosófica» (*ob. cit.*, págs. 80 y sigs.), que se remite sobre todo a la conciencia personal y a la decisión libre y responsable. Cfr. Zippelius (*ob. cit.*, pág. 31), para quien la validez *moral* del Derecho significa «Geltung für das eigene Gewissen... Die Eigentümlichkeit liegt darin, dass ein

reconocimiento por la conciencia moral del hombre y éste se encuentra ante una decisión.

3. La noción kelseniana de la validez (8), doctrinalmente muy depurada, posee fundamentalmente un sentido lógico y epistemológico. El «fundamento» que hace que una regla o un sistema normativo pueda ser pensado como «jurídico» es la «norma fundamental», la *Grundnorm*, aceptada por el jurista como una hipótesis lógica cuya aceptación hace posible su trabajo de jurista. Pero, en cierto sentido, puede decirse también que la validez posee una dimensión ontológica en cuanto que en ella consiste el ser o la realidad del Derecho, el cual es un deber ser, un ser que sólo es un deber ser.

Con este planteamiento, parece incongruente que se trate de enfocar el concepto de la validez con criterios de verdad o falsedad. Pues aquélla se refiere a lo que es—*dicitur esse quod est, et non esse quod non est*—, pero la validez opera con normas, que son mero deber ser. Por eso se dice que Kelsen ha creado una nueva lógica: la lógica del deber ser, radicalmente diferente de la lógica aristotélica o lógica del ser. Lo esencial de la lógica del deber ser consistiría en que opera con el concepto o valor de «validez», mientras que la lógica del ser funciona con valores de «verdad». Acerca de esto, sin embargo, se ha fantaseado bastante. Kelsen declaró una vez con bastante formalidad que aun cuando en su juventud habló de una lógica del deber ser, para él no hay otra lógica que la de Aristóteles. Afirmación que, sin duda, hay que tomar *cum grano salis*, porque es claro que un espíritu científico tan abierto y riguroso como el de Kelsen no puede ignorar la evolución de la lógica ni pensar que ésta tiene que quedar en Aristóteles. La afirmación tiene más bien un evidente sentido polémico contra los que creen que la teoría pura del Derecho se agota en ser una lógica y que ésta es una lógica que tiene algo de especial y diferente respecto de la lógica general.

Los partidarios de la lógica del deber ser subrayan con toda energía lo específico de la misma frente a la lógica tradicional de la naturaleza, o del ser, considerando que no se trata de una aplicación pura y simple al campo del Derecho de las leyes supremas de la lógica general, pues

Gebot um seiner selbst willen im Gewissen bejaht und wirksam wird»; Welzel, loc. cit., págs. 21 y sigs.

(8) *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, págs. 11 y sigs.; *Reine Rechtslehre* (ed. 1934, Leipzig-Wien, F. Deuticke), págs. 7 y sigs.; *Teoría general del Derecho y del Estado*, ed. de García Maynez, México, Imprenta Universitaria, 1950, págs. 30 y siguientes.

éstas se formulan en juicios enunciativos que afirman o niegan algo sobre la verdad o falsedad de lo enunciado, mientras que la lógica del deber ser opera con normas y sus juicios afirman o niegan algo sobre su validez o invalidez. Pero se trata sólo de una transposición verbalista, porque el *modus operandi* lógico es en ambos casos el mismo. La validez cumple respecto de los objetos válidos, las normas, la misma función lógica que la verdad respecto de los objetos verdaderos. Todo lo más, puede señalarse que así como hay un lenguaje-objeto y un meta-lenguaje, hay una lógica-objeto—que puede ser la del deber ser—y una metalógica, que es la lógica pura y simplemente. Sobre las proposiciones prescriptivas cabe emitir proposiciones enunciativas, y si se piensa en las «normas» de la Lógica se verá que la contraposición entre verdad y validez se relativiza, porque la verdad de un pensamiento lo hace válido, o sea, es válido en la medida en que es verdadero. En efecto, tanto el principio de contradicción lógica—dos proposiciones contradictorias no pueden ser simultáneamente verdaderas—como el de contradicción jurídica—no pueden ser simultáneamente válidas dos proposiciones contradictorias—se pueden convertir, en cuanto reglas o normas de pensamiento, respectivamente, en los juicios que afirman la *invalidez* de la verdad simultánea de dos proposiciones contradictorias y la *no-verdad* de la simultánea validez de dos normas contradictorias. Se ve, pues, que uno y otro principio no son más que especificaciones de una y la misma lógica, ya que se puede expresar en términos de validez o invalidez un juicio sobre proposiciones enunciativas, y en términos de verdad o falsedad uno sobre proposiciones prescriptivas (9).

Por lo demás, con la expresión «lógica del deber ser», en cuanto lógica jurídica, pueden expresarse, y así es de hecho, por lo menos tres corrientes diferentes de pensamiento: una, que es la usada por los discípulos kelsenianos de la lógica del deber ser, que yo me inclinaría a llamar

(9) Por esto, el problema de si la ciencia jurídica es «prescriptiva» o «descriptiva» (o lo que es lo mismo, si el «discurso» de los juristas es «prescriptivo» o «meramente asertivo») no está aún resuelto en sentido unánime. Las normas jurídicas son hechos descritos por el metalenguaje de la ciencia jurídica; pero el lenguaje-objeto es siempre prescriptivo. Pero el hecho de que las normas tengan que ser interpretadas, confiere a la interpretación un carácter prescriptivo, según Alf Ross: *On Law and Justice*, 1964, c. IV, al paso que Kelsen, tan insistente en señalar el carácter *normativo* de la ciencia del Derecho, le asigna, no obstante, una función puramente «descriptiva», porque no le compete establecer normas, sino operar con normas. Sobre esta materia cfr. los trabajos de G. Tarello, M. Cattaneo, G. Gavazzi, U. Scarpelli y otros, en el volumen *Contributi italiani al Congresso mondiale di Filosofia del Diritto* («Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto», anno XLIV, fasc. III, julio-septiembre 1967).

«lógica del derecho» para señalar su carácter objetal, de referencia al objeto-Derecho, lógica, pues, con implicaciones ontológicas, porque afecta más directamente a la cosa misma que es el Derecho que al lenguaje en que se formula (10). Otra, la *lógica deóntica* (11) propiamente dicha, cuya misión fundamental consiste en el análisis del lenguaje de las proposiciones prescriptivas, en el más amplio sentido posible, y de los conceptos implicados en y por ellas. Por último, la *lógica del razonamiento jurídico* (12), de la argumentación usada por el jurista en su trabajo tanto teórico como práctico, en el que las diferencias con el razonar «puramente» lógico no implican imposibilidades teóricas, sino exigencias, fundadas en la naturaleza de la actividad jurídica, de concesión de una primacía al punto de vista de lo «razonable».

Hemos indicado que Kelsen no se siente demasiado feliz con la expresión lógica del deber ser. ¿En qué consiste su aportación auténtica, lo radicalmente nuevo en este orden del pensamiento? En la radical formalización lógica a que ha sometido la idea de un deber ser como característico de la esencia normativa del Derecho. El Derecho pertenece al mundo del deber ser, pero éste es una expresión pura y radicalmente lógico-formal, desprendida de toda conexión y de cualquier referencia a nada que, por una supuesta valiosidad intrínseca, «deba ser» (13). El deber ser en que

(10) Pienso, por ejemplo, en F. Schreier: *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, 1924 (ed. argentina: *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1942), que es una ontología formal del Derecho. Al mismo tipo de lógica pertenecen las investigaciones de C. Cossío y de García Maynez.

(11) Vid. fundamentalmente, von Wright: *Deontic Logic*, y estudios como los de R. M. Hare: *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, reimpr. de 1961 («Ethics, as I conceive it, is the logical study of the Language of Morals», prólogo), y H. L. A. Hart (vid. la ed. italiana de varios de ellos, en el volumen *Contributi all'analisi del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1964). En esta dirección, y en la que se cita en la nota siguiente, marcha gran parte de la ciencia jurídica actual, orientada al análisis lógico del lenguaje jurídico.

(12) Cfr. Perelman - Olbrechts Tyteca: *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, París, P. U. F., 1958; Perelman: *Raison juridique et logique juridique*, «Archives de Philosophie du Droit», núm. XI, 1966; Th. Viehweg: *Topik und Jurisprudenz*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 3.^a ed. 1965 (hay ed. española); Recaséns Siches: *Nueva filosofía de la interpretación jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956; *Logos de lo humano, experiencia jurídica y Derecho*, «Anuario de Filosofía del Derecho», Madrid, t. XI, 1964-65; Kalinovski: *Introduction à la logique juridique*, París, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1965; *De la spécificité de la logique juridique*, «Archives de Philosophie du Droit», t. XI, 1966; *Application du Droit et Prudence*, ARSP, vol. 1967, LIII/2.

(13) Hoy es frecuente creer que el ser y el deber ser son modos, o funciones, o estilos o categorías del lenguaje y no de los entes y que, por tanto, no es posible

consiste el Derecho no tiene ningún sentido ético o político. Naturalmente, los juicios de valor, expresados en proposiciones de deber ser, pertenecen al contenido del Derecho; pero la esencia de éste no se vincula a ninguno, sino a su radical formalización.

Ahora bien, esto mismo pone de relieve la imposibilidad última de este formalismo, de modo parejo a la del imperativo categórico kantiano, cuyos condicionamientos de contenido, *inhaltliche*, han sido mostrados con frecuencia. Ya, por un lado, en el propio pensamiento kelseniano, la idea de deber ser ha experimentado una especie de creciente desvalorización ontológica para convertirse cada vez más en un «punto de vista» sobre el ser, aunque distinto del de la legalidad naturalística, porque frente al ser, a la realidad, sólo hay la «ideología», y el recurso al deber ser es el modo de eludir ésta y permanecer en la cientificidad (14). Pero es que, además, es imposible separar el deber ser de la esfera axiológica. Max Scheler había mostrado de modo convincente que «alles Sollen ist fundiert auf Werte, wogegen Werte durchaus nicht auf ideale Sollen fundiert sind» (15). Los valores carecen de «necesidad»; y ésta lo tiene, en cambio, el deber ser, el cual consiste en el no-ser de lo contrario de los valores positivos: «es liegt daher jedem Sollensatz ein positiver Wert *zugrunde*, den er selbst aber niemals enthalten kann. Denn was überhaupt *gesollt* ist, ist ursprünglich niemals das Sein des Gutes, sondern nur das Nichtsein des Übels» (16).

Así, pues, el deber ser jurídico tiene también su fundamento en valores. Incluso en su versión formalizada. No es que sea jurídico en cuanto está formalizado, sino que la formalización es un procedimiento lógico que

una ontología del deber ser. Cfr. G. Tarello: *Discorso assertivo e discorso precettivo*, «Riv. Int. di Dir. del Diritto», julio-septiembre 1967, fasc. III.

(14) Cfr. Welzel: *Die Frage nach der Rechtsgeltung*, pág. 28: «Dieser Gedankengang Kelsens ist insoweit m. E. zwingend. Aber entscheidend ist damit, dass in seinem Verlauf der Sollensbegriff seinen Ausgangsinhalt völlig verliert, und zwar unmittelbar, nach dem Kelsen die Disparität des Sollens vom Sein am ethischen Sollen aufgezeigt hat! An die Stelle eines aus der Ethik stammenden und in ihr allein aufzeigbaren Grundbegriffes setzt Kelsen eine gedankliche Hypothese, genauer und präziser: die *Fiktion* einer Norm, die, wie er neuestens lehrt, auf einen fiktiven Willensakt zurückgeht. Das Sollens wird zum fiktiven Deutungsschema, nach dem sich *jedes* positive Recht, d. h. *jede* in Grossen und Ganzen wirksame Zwangsordnung als objektiv-gültige, normativ-verpflichtende Ordnung deuten lässt, genauer: sich dahin deuten lässt, *als ob* eine objektiv-gültige, normativ-verpflichtende Ordnung wäre... Die Legitimität verschwindet in der Effektivität: Recht ist eine bestimmte Organisation der Macht».

(15) *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 2.^a ed., Halle, M. Niemeyer, 1921, pág. 210.

(16) *Ob. cit.*, pág. 213.

permite hacer del deber ser un objeto de la *ciencia* jurídica, no en cuanto jurídica, sino en cuanto ciencia. Pero esta formalización recae sobre todo aquello que—ya referido al orden de las valoraciones absolutas o al de las resultantes de convención o imposición autoritaria—se considera que debe ser en los sectores de la moral, el Derecho, la religión, el arte, etc. Es, pues, un formalismo que implica la desvinculación de toda concreta valoración, pero también la apertura y la conexión con toda posible valoración, lo mismo que también el deber ser de la lógica implica la apertura a cualquier valor de la verdad, pero siempre la referencia a algún valor de verdad. El deber ser jurídico no es jurídico en la medida en que es puro deber ser lógico, aun cuando constitutivamente es susceptible de formalización, la cual es una operación lógica que implica una «apertura» axiológica, pero nunca una desvinculación del ámbito axiológico. Pues si el deber ser jurídico se expresa en la cópula por la que se vincula, imputativamente, un supuesto de hecho a una consecuencia, es porque la consecuencia—esa u otra posible—es «debida», o sea, está fundada en un valor. Lo que expresa el deber ser formalizado no es que tal concreta consecuencia deba ser absolutamente, por su valor reputado absoluto por una teoría yusnaturalista o aceptado por una sociedad determinada, pero sí que esa u otra consecuencia debe ser, porque es un valor que haya una consecuencia u otra. Lo que hay no es, pues, sólo la cópula «deber ser», sino que la hay porque y en cuanto que *debe ser que, dado un supuesto de hecho, haya una consecuencia adecuada correspondiente a ciertas valoraciones ideales o socialmente vigentes*. La fórmula «si es A debe ser B», resulta así una abreviación de esta otra: «Si es A es que debe ser B», en donde el «es» expresa todo el fundamento ontológico-axiológico que da sentido al deber ser. Es en este sentido en el que Husserl había hablado en sus *Investigaciones lógicas* de una primacía de las proposiciones teóricas sobre las normativas, pues la norma «A debe ser B» implica, decía, la proposición teórica «sólo un A que es B tiene la cualidad C»; entendiéndose por C el contenido constitutivo del predicado bueno, del que se dice que debe ser.

Contra este *fundamento in re* del deber ser nos encontramos con una objeción de peso: la incomunicabilidad del mundo del ser y el del deber ser y la imposibilidad de deducir proposiciones normativas de proposiciones enunciativas referidas a hechos del mundo de la realidad (17). Propo-

(17) Kelsen insistió en esta «formal-logische Unableitbarkeit des Sollens aus dem Sein», siguiendo a Simmel (*Einleitung in die Morakwissenschaft*, Berlín, 1892) y Kitz (*Sein und Sollen*, 1869), ya en los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pá-

siciones normativas no pueden fundarse más que en otras proposiciones normativas, y todo pretendido fundamento en el ser sólo es posible por la introducción subrepticia de elementos valorativos en la correspondiente interpretación del ser. De ese modo quiere demostrarse la falacia de una argumentación en favor de un Derecho natural fundado en la «naturaleza» del hombre o de las cosas (18).

Cuando nosotros hablamos de un fundamento ontológico-axiológico del deber ser no pensamos en que de un «puro ser» haya de derivarse una normatividad, un deber ser; pues ya hemos indicado que éste se funda en el valor, y si hablamos del ser es de un ser transido de valores, lo cual, evidentemente, presupone una valoración subjetiva. Pero el problema es si los valores están sólo en nuestras valoraciones o si éstas se refieren intencionalmente a ellos, incluso en el sentido de un *Reich der Werte*, al modo de Scheler y Hartmann, o en el sentido escolástico en el que pudo decirse *bonum et ens convertuntur* (19). Dejando a un lado la solución última de esta cuestión, por la que quizá sólo cabe «tomar partido», afirmamos que en la naturaleza del Derecho, como realidad de la vida humana, se encuentran razones justificativas de esta fundamentación ontológico-axiológica del deber ser y aclarativas del problema, también fundamental de la ciencia filosófica del Derecho sobre la trascendencia y la historicidad de los valores jurídicos.

4. El Derecho es vida humana en dimensión de impersonalidad, esto es, vida social en cuanto «colectiva», en el sentido en que Ortega y Gasset ha explanado este concepto y cuya aplicación al Derecho he hecho en

ginas 7 y sigs. En la última edición de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen cita a Arthur N. Prior: *Logic and the basis of Ethics*, Oxford, 1944, pág. 18.

(18) Vid., como ejemplo típico, Kelsen, en toda su obra, y recientemente, de nuevo, en *Justicia y Derecho Natural* (en el vol. Kelsen, Bobbio y otros: *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Política Taurus, Madrid, 1966, págs. 103 y sigs., considerando que, por derivar de un ser un deber ser, el yusnaturalismo «descansa sobre un error lógico fundamental»); también, N. Bobbio: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1965, págs. 172 y sigs.

(19) Santo Tomás de Aquino: *Summa Theologica*, 1.^o pars, qu. V, art. 1,2,3, qu. XXI; *De veritate*, qu. I, art. 1,2. Siguen este punto de vista los neo escolásticos como S. Behn: *Philosophie der Werte*, München, 1930; E. Przywara: *Religionsbegründung*, 1923; J. von Rintelen: *Die Bedeutung des philosophischen Wertproblems*, «Philosophia perennis», II Regensburg, 1930. En contra, Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik*, pág. 618; N. Hartmann: *Grundlegung der Ontologie*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1935, págs. 62-63; J. Hessen: *Wertphilosophie*, Paderborn, bei F. Schöning, 1937, 1.^o parte, II, 2; D. von Hildebrand: *Christian Ethics*, David McKay Company, New York, 1953, págs. 145 y sigs.

otros lugares con más amplitud (20). El Derecho es también, en el sentido expuesto por Recaséns Siches (21), vida humana objetivada en sistemas normativos, que son creaciones culturales: pero es igualmente vida viviente y principio activo de objetivación. Y, al ser vida, el Derecho hace referencia a valores y es creación de valores. Los valores jurídicos, en efecto, son creados en la vida, pero la vida tiene sentido jurídico—es Derecho—por referencia a valores que, respecto de ella, son de algún modo trascendentes. Y siendo el Derecho vida impersonalizada, el valor «constitutivo», esto es, el valor por referencia al cual una realidad de la vida humano-social queda constituida como jurídica es la justicia, ya que ésta es la medida impersonal que pueden sufrir—pero sufrir necesariamente—las relaciones interhumanas, que son una dimensión esencial de la vida. Hay, pues, en el Derecho, en cuanto vida humana, una necesaria implicación dialéctica del ser y del deber ser, del hecho y del valor.

Pues el Derecho es una forma de vida social que expresa una perspectiva de justicia y se objetiva en un sistema normativo. Existe, por tanto, una tridimensionalidad, en la que el «ser» (la vida social efectiva), el «deber ser» (la normatividad) y el «valor» (principalmente la justicia) están íntimamente fundidos e interpenetrados. No, por cierto, mecánicamente yuxtapuestos, porque la vida no es puro ser ajeno al deber ser y al valor, ni la norma es sólo un deber ser lógico indiferente al valor y al ser y ni siquiera la justicia es puro valor extraño a su realización efectiva y al deber ser de esa efectividad.

Esta posición puede parecer sincrética, pero es el análisis de la realidad el que muestra que es ésta la que posee carácter sincrético. Hermann Heller, el gran teórico del Estado, había escrito con mucho acierto que «encierra un profundo sentido el hecho de que las palabras: ordenación, reglas, ley, constitución, norma, tengan todas una doble significación, ya que expresan a la vez algo que es y algo que debe ser, una conducta que es, de hecho, regular, y la exigencia de una determinada conducta, conforme a la regla. Semejante hecho del orden del lenguaje nos revela ya la existencia de una conexión necesaria, con necesidad real, entre el ser y

(20) De Ortega y Gasset, vid. especialmente *El hombre y la gente*; también, *La rebelión de las masas*, con su «prólogo para franceses» y su «epílogo para ingleses»; *Historia como sistema y Del Imperio Romano*, 1941; *Una interpretación de la Historia Universal*, Obras inéditas, 1960, etc. Cfr. L. Legaz: *Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1961, págs. 256 y sigs., 268 y sigs.

(21) *Vida humana, Sociedad y Derecho*, México, F. C. E., 1940, cap. I, páginas 33 y sigs.; *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1959, cap. II, págs. 97 y siguientes.

el deber ser, la normalidad y la normatividad, conexión que entraña importancia suma para el problema del derecho. A diferencia de las regularidades sociales meramente de hecho, del uso y de la costumbre, las ordenaciones sociales en que la regla se presenta además como una exigencia, aparecen como trascendiendo de la esfera del ser en cuanto, de las diversas posibilidades de la realidad, se selecciona una, a la que se considera como la que debe ser, aunque la realidad normada ha de tener siempre la posibilidad de contradecir tal determinación. La disposición que establece que no debe robarse sólo tiene sentido debido a que, en la realidad, se roba. De otro modo no sería en absoluto posible la comparación de una conducta dada con una conducta exigida. Pero las normas sociales mantienen necesaria relación con la esfera del ser en cuanto sólo tienen validez, es decir, reciben existencia y se mantienen, en virtud de una orden dictada por una voluntad y de una observancia voluntaria, o sea, que su deber ser tiene siempre como supuesto y como objetivo un querer real» (22).

La argumentación de Heller se orienta principalmente contra la concepción kelseniana de una validez sin relación alguna con el orden del ser. Entre el deber ser y el ser sociales existe una constante tensión; pero Kelsen olvida que todo el deber ser social se relaciona con un querer humano y que las normas sociales no son afirmaciones teóricas, sino exigencias dirigidas a la voluntad del hombre. Heller reconoce que el ser y el deber ser son elementos antagónicos que no pueden ser referidos ni el uno al otro ni ambos a una común raíz lógica; pero, en cambio, pueden y tienen que ser enlazados en el concepto de la ordenación normativa social. Pues un deber ser social que, por principio, no guardase relación alguna con un ser social a que hubiera que dar forma, no sería en rigor un deber ser. La ordenación normativa social sólo puede, pues, ser entendida de manera cabal, si se considera y da por supuesto que el ser y el deber ser no se hallan en un estado de aislamiento y en una antidualéctica ausencia de relación, sino, por el contrario, en una correlativa coordinación (23).

¿Podría hablarse de una totalidad del hecho y del valor en la «naturaleza de la cosa» al modo como lo ha expuesto recientemente en su conocida obra M. Poulantzas? (24).

La tesis de este autor actualiza la identificación hegeliana de lo real y lo racional por medio del concepto marxista de la *praxis*. No queremos

(22) H. HELLER: *Teoría del Estado*, México, F. C. E., 2.^a ed., 1947, pág. 208.

(23) HELLER: *Ob. cit.*, pág. 209.

(24) *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, París, L. J. D. J., 1965; para lo que sigue, vid. especialmente págs. 74 y sigs., 82 y siguientes, 87 y sigs., 93 y sigs.

con esto desvalorizar, banalizándola, una concepción que filosóficamente está muy bien trabada y fundada con bastante solidez en un análisis del dato ontológico fundamental de la existencia humana según las orientaciones de la filosofía existencial y del pensamiento de Marx. El hombre no es una esencia, no «es», sino que «tiene que ser»; no existe más que en sus experiencias hacia el mundo, y la dimensión esencial de su existencia es el porvenir, las tareas que tiene que cumplir. Está siempre alejado de sí, en proyecto. La existencia del hombre es trascendente, en el sentido de que tiene la facultad, frente a la opacidad de las cosas, de salir de sí misma, de trascender hacia el mundo—en lo cual, también, consiste su libertad—. El proyecto significa ruptura con lo dado, creación de un ideal, de un valor que incita al acto y a la realización del proyecto. La existencia humana, por su estructura ontológica, es valor. La existencia, en cuanto actividad humana, es la totalidad en la que hecho y valor se integran en un proceso dialéctico, pues la dialéctica es la consecuencia de la situación original del hombre en el mundo, en la que descubrimos las fuentes de la totalidad y de la negatividad, principios fundamentales de la dialéctica, que es una lógica de la acción. De este modo, los valores van ligados estructuralmente al hecho por un proceso dialéctico, y no hay una reducción naturalista del valor al hecho ni una reducción psicologista del mismo, pero sí una negación de todo platonismo axiológico, porque los valores son creados en la existencia y, por tanto, tienen un carácter radicalmente histórico y pluralista.

Aquí surge una objeción obvia: si el proyecto es creación de valor, un proyecto criminal es también creador de valores. El autor se formula él mismo la objeción y le da una respuesta categórica: evidentemente, un proyecto criminal crea valores lo mismo que el más sublime propósito, porque también el mal pertenece al mundo de los valores con el mismo título que el Bien (25). Se desdobra, pues, el concepto de valor en un sentido análogo a como se ha distinguido entre moral como contenido (y entonces lo moral se opone a lo inmoral o deshonesto) y moral como estructura, y entonces lo honesto y lo deshonesto caen por igual bajo el concepto de lo moral. Pero, además, Poulantzas admite criterios discriminativos de los valores y calificadores de la misma existencia humana. Hay formas de vida que deben ser y formas de vida que no deben ser. Hay que elegir la libertad como garantía de la autenticidad existencial, pero hay que saber reconocer también la libertad del otro y encontrar la socialidad como un momento de la autenticidad; y en la propia y concreta

(25) *Ob. cit.*, pág. 86.

situación social en que en cada momento se encuentra el hombre hay criterios materiales válidos para proceder a una valoración (26).

Esto es, evidentemente, una forma de reconocer la trascendencia de ciertos valores. Poulantzas, expresamente, sólo lo admite en el sentido de que el individuo se encuentra con «vigencias» valorativas, esto es, con criterios de valor socialmente vigentes que él acepta y, en ese sentido, le trascienden. Sin embargo, su argumentación conduce de modo bastante inexorable a buscar un fundamento de las cosas y de los seres, de las operaciones y de los valores, dotado de una objetividad que se da en la conexión de cosa y valor, de cosa y sentido, en cuyo centro está el hombre, la espiritualidad activa fautora del mundo y de la historia. Sin necesidad, pues, de incurrir en platonismo axiológico, no es posible tampoco incidir en un historicismo absoluto que, como dice Miguel Reale (27), es una contradicción en los términos, pues nos ofrece una historia que de antemano es en sí misma conclusa y en la que el individuo es visto como elemento negativo, como simple momento dialéctico necesario de la positividad que inevitablemente lo supera, quedando la insuficiencia y la carencia del hombre como un residuo o un resto inexplicable en la totalidad del proceso. Los valores se dan en la historia, en la vida humana, que es vida histórica, pero, como dice F. Battaglia (28), traducen en el plano histórico de lo relativo, relativizándose ellos mismos, la inconfundible dignidad del espíritu y de ese modo permanecen como expresiones de lo absoluto.

La vida humana es vida de la persona humana. La toma de conciencia de los valores—en cuanto dados y en cuanto creados—se realiza en la vida, pero no sólo como valores de ella, porque la vida, siendo un valor, no es el más alto valor. El fundamento del valor es la persona, y cuando se reconoce ese fundamento tiene sentido decir de la vida que es un ser consistente en la continua posición de deber ser a través de proyectos; pues la vida es proyección, versión hacia un futuro lejano e irremisible que nos liga y hacia un futuro proyectado, más próximo, que nos obliga. Entonces se puede decir que el ser del hombre es un deber ser, porque consiste en la eterna tensión de libertad y valor. Ahora bien, este ser así del hombre no es una nota existencial de toda y cualquier vida, sino un elemento

(26) *Ob. cit.*, págs. 100-103; cfr. págs. 122 y sigs.

(27) *Pluralismo e Liberdade*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1963, págs. 72 y sigs.

(28) *Corso di Filosofia del Diritto*, vol. III, 2.^a ed., Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, págs. 266-67. Cfr. *Cosmo e mondo storico*, en los «Estudios Jurídico-Sociales en homenaje a L. Legaz Lacambra», Univ. de Santiago de Compostela, t. II, 1960, págs. 635 y sigs.

ontológico de una teoría de la vida, una categoría ontológica de la persona que, frente a la vida concreta de cada uno, constituye un deber ser y un valor trascendente.

Lo mismo podemos decir de la libertad. Ciertamente, la vida es libertad, cuya carga todos la llevamos sobre nuestras espaldas y todos nos encontramos, como dice Ortega, con la forzosidad de nuestra libertad, con que somos necesariamente libres. Pero hay también el hecho de que muchos hombres, en su vida, arrojan por la borda una carga que encuentran demasiado pesada y que, hasta el punto en que ello es ontológicamente posible, hacen caso omiso de ese carácter ineliminable de la libertad. Bien es verdad que ello es también un hecho de libertad. Pero esto demuestra dos cosas: una, que la libertad, en sí misma, no es el más alto valor, puesto que sirve también para provocar una forma de vida disvaliosa; otra, que constituye, sin embargo, un valor fundamental, y que, frente al hecho de tantas vidas que renuncian a él o proceden como si esa renuncia fuera posible, constituye igualmente un deber ser, expresión de un valor trascendente.

Y otro tanto, en fin, se puede decir de la justicia, ese gran valor que, como antes dijimos, es «constitutivo» del Derecho, pues por referencia a él, por la posibilidad de referir a él, positiva o negativamente, una forma de vida social humana, tiene sentido en general hablar de Derecho. Una realidad humana es jurídica (o antijurídica, que es también una forma, aun cuando una forma no válida, de ser jurídica) en la medida en que podemos referirla a ese valor trascendente que es la justicia y medirla con él. Sabemos perfectamente que no es posible afirmar sin caer en un positivismo demasiado grosero—un positivismo al que ni siquiera recurren todos los positivistas—que el Derecho positivo y «lo» justo coinciden entera y absolutamente, y tampoco se puede emitir válidamente esta afirmación desde un ángulo yusnaturalista que quiera borrar del ámbito jurídico lo que no coincide integralmente con «la» justicia, vista necesariamente a través de una determinada concepción de la justicia. Pues existe un pluralismo de posibilidades de justicia, de convicciones sobre lo que es justo, que se encuentran en vigor en una sociedad concreta y varían con el devenir histórico. Por consiguiente, es cierto que en cada sistema de Derecho hay una justicia inmanente y relativa, esto es, la expresión de un «punto de vista», de una «perspectiva» de justicia. Pero la justicia, en cuanto tal, permanece como un valor trascendente, precisamente porque no puede agotarse en ninguna particular perspectiva. Ahora bien, ¿por qué estas diversas perspectivas lo son de la justicia? ¿Qué sentido tendría la vocación de la humanidad hacia la justicia si ésta no consistiese más que en la plu-

ralidad de sus realizaciones y no hubiese *nada* de común y trascendente a los diversos puntos de vista? Sin necesidad de recurrir a una gnoseología neokantiana que afirmase, en un yo trascendental, una categoría mental apriorística en la que encajar ciertos datos de la experiencia—un concepto formal apriorístico de la justicia—, pero renunciando, por supuesto, a un convencionalismo lingüístico que no viese más que un modo de hablar en las referencias a la justicia, porque el problema queda intacto, es preciso admitir por lo menos que en la vida humana—si no se quiere decir también en la «naturaleza» humana—existe constitutivamente la exigencia de que algunas de sus relaciones y las reglas que las configuran tengan un contenido que convencionalmente se califica de justo o cuyo sentido intrínseco es el de lo que en las lenguas que emplean esta palabra se califica de justo, sin perjuicio de las grandes diferencias en la consideración de lo que como justo se entiende, pero quedando no obstante apuntada la índole trascendente del valor que funda ese deber ser y la exigencia correspondiente.

Con esto podemos ahora enfocar el problema de la validez del Derecho en relación con el de su valor, su *Geltung* y su *Gultigkeit*. Ya hemos visto que el ser del Derecho consiste en su validez, en su deber ser. El cual tiene un doble fundamento: de un lado, un fundamento óntico, en las convicciones sociales en vigor que son tomas de conciencia axiológicas; de otro lado, un fundamento ontológico, en el valor trascendente de la justicia. Uno y otro son igualmente necesarios y se implican recíprocamente. La persona, la justicia, la libertad son valores trascendentes en el sentido que antes expusimos y tenemos en ellos criterios de valoración crítica del Derecho positivo. Podemos hablar de Derecho en la medida en que tiene sentido hablar de la justicia como de algo que, al referir a ella una cierta realidad humano-social, ésta queda constituida como realidad jurídica. En este sentido, sin justicia no hay Derecho y, por tanto, no hay validez del Derecho. Por consiguiente, no es jurídica una actividad humana, un sector de la vida del hombre, si la referimos al valor «belleza» o al valor «amor». Pero tampoco es jurídica si la referencia al valor «justicia» resulta negativa desde cualquier perspectiva o punto de vista que nos sea dable manejar.

Aquí, sin embargo, comienza la dificultad y la posible confusión entre criterios axiológicos y deontológicos y criterios ontológicos. Por eso hemos hablado de la necesaria implicación de los dos fundamentos de la validez del Derecho. La afirmación de la trascendencia de la justicia *implica* la afirmación de un pluralismo de concepciones o puntos de vista sobre la justicia, y la validez del Derecho no puede fundarse en la idea de que

sólo una de estas particulares perspectivas ha realizado plenamente los valores trascendentes, sino en el hecho de que existe un *consensus* social sobre su aceptación y el modo de su interpretación. Este pluralismo, que no tiene sentido más que por la trascendencia, pertenece en todo caso a la teoría de la validez del Derecho, como elemento consustancial.

En consecuencia, debe rechazarse como falsa una teoría yusnaturalista que quiera fundar la validez (vigencia), la *Geltung* del Derecho solamente sobre una determinada concepción axiológica, la única a la que quiera reconocer validez (valor), *Gültigkeit*. Ninguna idea particular de justicia puede subvertir el hecho de la validez y vigencia de un ordenamiento jurídico, pues tal hecho consiste en un deber ser; la vigencia de un sistema de Derecho quiere decir, en efecto, que hay el deber de obedecerle y el deber de ser aplicado por los jueces en caso de transgresión.

Esta segunda forma de deber ser es la que de modo más radical determina la validez del Derecho como «vigencia», puesto que un Derecho que no recibe aplicación por parte de los órganos a quienes aquélla compete, no puede en modo alguno ser considerado como un Derecho existente y obligatorio; y la razón está en que el Derecho es la forma de vida de una comunidad en la que rige un complejo de valoraciones de las que son expresión las normas jurídicas.

Pero el deber de obediencia por parte del súbdito apela más bien a la conciencia del hombre y pone en juego su libertad responsable (29). El hombre, evidentemente, en cuanto sujeto de Derecho está sujeto por el Derecho, ligado y obligado por él, por su vigencia, y esta obligación consiste en el deber ser de la imposición de una sanción para el caso de una conducta contraria a la norma. Pero de una obligación humana ante el Derecho no cabe hablar sino en sentido moral. El hombre está moralmente obligado a obedecer al Derecho. Pero para que este deber moral exista

(29) Refiriéndose a la llamada «validez filosófica» del Derecho, dice Radbruch que los tres aspectos de la idea del Derecho (justicia, seguridad, conveniencia) «sind gleichwertig, und in Fällen eines Widerstreites gibt es zwischen ihnen keine Entscheidung als die des Einzelgewissens... Das Einzelgewissen wird und darf meistens einen Verstoß gegen das positive Recht als bedenklicher einschätzen als das Opfer der eigenen Rechtsüberzeugung, aber es kann Schandgesetze geben, denen das Gewissen das Gehorsam verweigert» (*Rechtsphilosophie*, págs. 82-83). Vid. Max Weber: *Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, págs. 149 y sigs.; Kelsen, *Reine Rechtslehre*, página 5. Cfr. Welzel: *Die Frage nach der Rechtsgeltung*, págs. 36 y sigs. Sobre la decisión responsable y la responsabilidad de la decisión, sus condicionamientos y limitaciones, véase Hans Ryffel: *Verantwortung als sittliches Phänomen*, en «Der Staat», t. 6, fasc. 3, 1967, págs. 275 y sigs.

es menester que el hombre le reconozca un valor, una *Gültigkeit* de acuerdo con su propia convicción moral. Pues por lo menos tiene que ser una convicción moral suya esta necesidad de obedecer las normas jurídicas aun cuando contradigan otras convicciones suyas. Si esta compatibilidad se hace difícil y la situación se hace insoportable para la conciencia del hombre, es claro que éste debe asumir con todas sus consecuencias el valor de la desobediencia, haciendo de la norma una *lex mere poenalis* (30), esto es, aceptando en conciencia la consecuencia de la sanción para convertirse en un confesor y un mártir de la idea de justicia reconocida como válida.

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA.

(30) Vid. en este sentido L. Legaz: *La obligatoriedad jurídica*, «Anuario de Filosofía del Derecho», núm. I, Madrid, 1953; *Filosofía del Derecho*, págs. 397 y siguientes, 717 y sigs.