

## La compleja teoría de la validez jurídica de *Principia Iuris*. Una revisión crítica

## The Complex Theory of Legal Validity in *Principia Iuris*. A Critique Review

Patricia Cuenca Gómez  
Instituto Bartolomé de las Casas  
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción 15/09/2012 | De aceptación: 05/12/2012 | De publicación: 21/12/2012

### RESUMEN.

*Principia iuris* asume una teoría de la validez jurídica caracterizada por su complejidad. En este trabajo pretendo analizar desde un punto de vista crítico las razones que justifican la complejidad de dicha teoría y algunas de sus distinciones clave.

### PALABRAS CLAVE.

garantismo, validez, vigencia.

### ABSTRACT.

*Principia iuris* assumes a complex theory of legal validity. This paper analyzes the reasons of the complexity of this theory and its key distinctions from a critical point of view

### KEY WORDS.

*garantismo*, validity, norms in force.

## 1. Introducción

Como es sabido la teoría garantista se reclama y se proclama como una teoría positivista del Derecho. En este sentido, el garantismo parte de una aproximación al problema de la validez jurídica que lo diferencia netamente del problema de la justicia como consecuencia de la asunción de la tesis genuinamente positivista de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Esta tesis se traduce, en los términos específicos del discurso garantista, en una primera distinción deóntica crucial en la construcción de Ferrajoli: la distinción entre el *deber ser externo* (ético-político) y el *ser* del Derecho o entre la legitimidad externa y la legitimidad interna del orden jurídico<sup>1</sup>. Sin embargo, y a pesar de compartir este punto de partida, la necesidad de revisar la concepción de la validez jurídica manejada por el

positivismo – por el positivismo que Ferrajoli califica de paleopositivismo, de positivismo formalista o de positivismo legalista – constituye una de las ideas centrales del programa garantista. Esta revisión, que no abandono, consiste en lo esencial en plantear una noción de validez más *compleja* que la manejada tradicionalmente por el positivismo jurídico que se disocia o escinde en diferentes conceptos y dimensiones.

En este trabajo pretendo realizar una revisión crítica de la propia teoría de la validez jurídica que maneja el garantismo en la versión que se expone en *Principia iuris*<sup>2</sup> y plantear algunas reformulaciones que, a mi modo de ver, pueden contribuir a implementar su capacidad explicativa, a hacerla más completa y potente y a mejorar su rigor conceptual.

---

<sup>1</sup> Vid. sobre esta distinción, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Vol I, Bari: Laterza, 2007, p. 16 (hay traducción española de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís, A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011).

---

<sup>2</sup> Como se tendrá ocasión de comprobar esta versión presenta algunas variaciones respecto del planteamiento defendido por FERRAJOLI, L. en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, R. Cantareno y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 1995.

Conviene desde el inicio aclarar que, a pesar del carácter crítico de este trabajo, coincido plenamente con Ferrajoli en la necesidad de manejar un concepto complejo de validez jurídica y, por tanto, discrepo de aquellos planteamientos que entienden que la complicación de este concepto resulta inútil, superflua y que confunde más que ayuda. Sin embargo, y como trataré de justificar en lo que sigue, no comparto del todo el alcance que Ferrajoli otorga a este concepto de validez, que parece circunscribir al ámbito de los Estados Constitucionales, ni la definición y la naturaleza de las distinciones que establece en su seno.

## 2. Las razones de la complejidad

La construcción teórica de *Principia iuris* se presenta como un modelo específicamente diseñado para dar cuenta del Estado Constitucional de Derecho considerado por el garantismo como un nuevo paradigma jurídico

y normativo<sup>3</sup>. La aproximación garantista al Estado Constitucional parte de la afirmación de su mayor complejidad estructural respecto de la configuración del Estado de Derecho legislativo lo que demanda, a su vez, una mayor complejidad conceptual de la teoría y, concretamente, y por lo que interesa al objeto del presente trabajo, reclama una mayor problematización y sofisticación de la noción de validez jurídica<sup>4</sup>.

La complejidad estructural que el garantismo predica del Estado constitucional radica en que el Derecho del constitucionalismo no sólo regula *quién* y *cómo* se manda, a través de normas formales sobre la producción jurídica, sino también *qué* puede o debe mandarse, a través de la incorporación a las Constituciones

---

<sup>3</sup> PRIETO SANCHÍS, L., "Principia iuris: una teoría no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional", *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 325-354, p. 325. Importa, en cualquier caso, insistir en que como destaca L. Prieto el garantismo propone una comprensión del Estado constitucional en clave firmemente positivista que lo aleja en aspectos esenciales de las posiciones neoconstitucionalistas y de sus concesiones a visiones no positivistas de la realidad jurídica.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., pp. 12 y ss.

rígidas de normas sustanciales, paradigmáticamente normas de derechos fundamentales, que condicionan la creación normativa desde el punto de vista de sus contenidos. De este modo, mientras que la regulación de las formas a través de *normas formales* caracteriza al *positivismo jurídico* y al *Estado de derecho en sentido débil* la regulación de los significados a través de *normas sustanciales* caracteriza al *constitucionalismo* y al *Estado de derecho en sentido fuerte*<sup>5</sup>.

A juicio de Ferrajoli “a causa” de la estipulación en constituciones rígidamente límites y vínculos sustanciales a la producción normativa legislativa, hace “su aparición” el Derecho *ilegítimo* o el Derecho *jurídicamente inválido*. En opinión del autor esta expresión, que se presenta como una contradicción en los términos en el modelo paleopositivista propio del Estado legislativo, que no cuenta con normas sustanciales de grado supraordenado a

---

<sup>5</sup> Idem, pp. 566 y 567.

la ley, adquiere en el nuevo escenario del Estado constitucional pleno sentido y actualidad<sup>6</sup>.

El fenómeno del Derecho *ilegítimo* o del Derecho *jurídicamente inválido* expresa la separación o divergencia entre el *ser* y el *deber ser en el Derecho*<sup>7</sup>. Esta divergencia se plantea en el contexto de la teoría garantista, que hace del Derecho del constitucionalismo su objeto prioritario de reflexión, sobre todo como una discordancia entre las exigencias normativas contenidas en las disposiciones sustantivas de nivel constitucional y la praxis efectiva del poder normativo legal<sup>8</sup>. Pues bien, la discrepancia entre el *ser* y el *deber ser en el Derecho* es asumida en *Principia iuris* como una tesis metateórica fundamental del modelo garantista que se traslada al plano de la teoría

---

<sup>6</sup> Idem, p. 568.

<sup>7</sup> Idem, p. 17.

<sup>8</sup> Ciertamente, Ferrajoli considera que uno de los rasgos que caracterizan al Estado Constitucional y que expresa su carácter complejo consiste en que lleva la distinción entre el *ser* y el *deber ser* a la esfera misma del Derecho.

del Derecho<sup>9</sup> y que tiene entre sus implicaciones más relevantes la superación de la respuesta que el positivismo normativista venía ofreciendo a la cuestión de la validez jurídica<sup>10</sup>.

Conviene precisar que, si bien la aproximación de Ferrajoli al problema de la validez jurídica se presenta como una corrección del planteamiento propio del positivismo normativista comparte en lo esencial sus presupuestos básicos. Ciertamente, Ferrajoli asume las tesis kelsenianas de la construcción jerárquica, piramidal o gradual del orden jurídico y de la autoproducción del Derecho y, por tanto, considera que la cuestión de la

validez jurídica se resuelve en la conformidad de las normas inferiores con las normas superiores que regulan o disciplinan su producción<sup>11</sup>. Ahora bien, Ferrajoli critica la confusión y simplificación en la que a su juicio incurre el positivismo sistemático no sólo de Kelsen, sino también de Hart y de Bobbio, al identificar en una única figura deóntica los conceptos de existencia y de validez de las normas jurídicas<sup>12</sup>.

En opinión de Ferrajoli la teoría de la validez del paleopositivismo rechaza la posibilidad misma de la *existencia* de normas jurídicas *inválidas*, mostrándose incapaz de dar cuenta del fenómeno del Derecho – internamente –

---

<sup>9</sup> Como apunta GASCÓN ABELLÁN, M., “*Principia iuris*: caracterización de una teoría jurídica”, *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 233-244, pp. 235 y 236 Ferrajoli lleva también la divergencia entre el *ser* y el *deber ser* a la propia teoría del derecho que se ocupa de tematizarla y explicitarla. Más aún, según resalta también M. Gascón, esta divergencia es para FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., p. 14, “el objeto privilegiado” de la teoría del derecho del garantismo.

<sup>10</sup> Esta divergencia provoca, además, en opinión de Ferrajoli la virtual presencia en el Derecho de antinomias y lagunas irreductibles generadas por inevitables vulneraciones, por comisión o por omisión, de las prohibiciones y las obligaciones establecidas en las normas constitucionales, Idem, pp. 684 y ss.

---

<sup>11</sup> Vid. Idem, Capítulo V. De este modo Ferrajoli, a pesar de afirmar que el Estado Constitucional implica un nuevo paradigma, entiende que la imagen piramidal sigue siendo apropiada para dar cuenta del Derecho del constitucionalismo frente a otras aproximaciones “neoconstitucionalistas”, como la de DWORKIN, R., que sostiene la necesidad de abandonar o matizar en un sentido esencial esta imagen y apuestan por visiones coherentistas, en red, etc. Vid. por ejemplo, *Law’s Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1986. Sobre este aspecto de la construcción de Dworkin, PÉREZ BERMEJO, J. M., *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

<sup>12</sup> Idem, p. 526.

ilegítimo<sup>13</sup>. Frente a este déficit el constitucionalismo garantista propone sustituir la teoría simplificadora de la validez propia del positivismo legalista por una teoría compleja que establezca una escisión entre la existencia de las normas, a la que alude con el término *vigencia*, y su *validez*<sup>14</sup>. Esta teoría permitiría al garantismo superar dos de las grandes *falacias ideológicas* que detecta en el pensamiento jurídico moderno: la *falacia normativista*, que impide reconocer la existencia de normas inválidas y que ignora el Derecho *como es*, su práctica efectiva y la *falacia realista* que impide reconocer la existencia de normas válidas o vigentes,

---

<sup>13</sup> Precisa Ferrajoli que para Kelsen todas las normas jurídicas existentes son válidas mientras no sean declaradas inválidas por un órgano competente. En cambio afirma Ferrajoli que para Hart las normas inválidas deben considerarse inexistentes, Idem, p. 526. E insiste en que este empobrecimiento de la teoría de la validez tiene como base un “malentendido formalismo” que “descuida la sujeción no sólo formal, sino también sustancial, impuesta por la presencia de derechos fundamentales y de otros principios constitucionales, de los poderes normativos en el moderno Estado constitucional de Derecho y se impide la comprensión del fenómeno del Derecho inválido o ilegítimo, Ibídem. Vid. sobre esta cuestión GASCÓN ABELLÁN, M., *Principia iuris: caracterización de una teoría jurídica*”, cit., p. 236.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., pp. 525 y ss.

aunque inefectivas, y de normas inválidas aunque efectivas e ignora el Derecho tal y como *debe ser* en virtud del modelo normativo diseñado en la Constitución<sup>15</sup>.

La teoría “garantista” propugna, además, la revisión de la concepción estrictamente formal de la validez jurídica que se imputa al positivismo expresada en la caracterización kelseniana del Derecho como un sistema normativo “solamente” dinámico<sup>16</sup>. Según la interpretación más extendida de la distinción kelseniana entre los sistemas normativos estáticos y dinámicos, en los primeros, identificados con los sistemas morales, la validez de las normas dependería de criterios estrictamente materiales, mientras que en los

---

<sup>15</sup> Idem, p. 42. Ferrajoli rechaza también otras falacias que inciden en la noción de validez y que se derivan de la incompreensión de la divergencia deóntica entre el deber ser externo y el ser del Derecho: la falacia iusnaturalista que confunde la validez de las normas con su justicia impidiendo reconocer la existencia de normas válidas pero injustas y la falacia ético-legalista que confunde la justicia con la validez impidiendo reconocer la existencia de normas injustas aunque válidas. Se trata de dos falacias presentes en algunos planteamientos neoconstitucionalistas.

<sup>16</sup> Vid. sobre esta distinción KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, Porruá, Buenos Aires, 7.ª ed., 1993, pp. 201 y ss.

segundos, y por ende en los sistemas jurídicos, la validez de las normas estaría en función de criterios exclusivamente formales. Pues bien, frente a esta interpretación de la teoría kelseniana, a mi juicio cuestionable<sup>17</sup>, el garantismo sostiene que el Estado Constitucional se configura como un orden jurídico a la vez dinámico y estático en tanto la validez de sus componentes depende no sólo de su creación de conformidad con las normas formales que establecen el órgano competente y el procedimiento adecuado para la producción jurídica sino también de su coherencia con las normas constitucionales sustanciales que establecen los contenidos que las normas inferiores deben respetar<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> En CUENCA GÓMEZ, P., “Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007 me he ocupado de defender una lectura de la tesis kelseniana del carácter dinámico del orden jurídico que otorga relevancia a los criterios materiales en la cuestión de la validez jurídica y que resulta, por ende, apropiada para dar cuenta del funcionamiento de los órdenes jurídicos del constitucionalismo.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., pp. 566 y ss.

Como se desprende de la exposición hasta aquí realizada el discurso garantista parece circunscribir las razones que explican la necesidad de “complicar” la teoría de la validez jurídica al Derecho de los Estados Constitucionales y dentro de éstos a la relación entre el *deber ser* sustantivo de la Constitución y el *ser* legislativo. Sin embargo, a mi modo de ver, estas razones están también presentes más allá de las coordenadas del Estado Constitucional y de la conexión sustantiva entre la norma constitucional y la ley. El propio Ferrajoli parece ser perfectamente consciente de esta circunstancia.

Así, por ejemplo, aclara el autor que “normas sustanciales sobre la producción jurídica existen en todos ordenamientos jurídicos”, considerando que un ordenamiento privado de este tipo de normas, esto es, que sea sólo dinámico y no también “estático”, es “difícilmente concebible”<sup>19</sup>. Por tanto, en este

---

<sup>19</sup> Sobre la imposibilidad de concebir el orden jurídico como un sistema puramente dinámico Vid. CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo*

punto, la diferencia entre el Estado de Derecho constitucional y el Estado de Derecho legislativo sería meramente cuantitativa y no tanto cualitativa pues no radica en “la presencia de normas sustanciales, ni de una dimensión estática en el Derecho” sino en el hecho de que la dimensión estática alcanza la entera producción “de significados jurídicos”, y, en primer lugar, a la ley como forma “de producción jurídica más importante” de manera que “*todos* los poderes y *todas* las decisiones y no sólo las judiciales”, están sujetas “comenzando por la propia ley”, no sólo por normas formales, sino también por normas sustanciales<sup>20</sup>.

Pues bien, si la regulación “material” de la creación normativa no es un rasgo exclusivo de los órdenes jurídicos de los Estados constitucionales estando presente también en los Estados legislativos de Derecho, entonces lo

---

*mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., p. 571.

mismo cabe afirmar en relación con la posible existencia de un Derecho – *sustancialmente* – inválido. Otra vez Ferrajoli considera innegable y pacífico que el fenómeno de la invalidez sustancial no acontece únicamente en los ordenamientos jurídicos con constituciones rígidas y señala que también en regímenes carentes de constitución o dotados de constituciones flexibles son inválidos, desde el punto de vista sustancial, “los negocios, los pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos e incluso los reglamentos, que tengan significados en contradicción con la ley”<sup>21</sup>. En efecto, la posible *existencia o vigencia* de actos jurídicos materialmente *inválidos* no es una consecuencia derivada de los rasgos que caracterizan al Derecho del constitucionalismo, aunque estos rasgos contribuyan a redimensionar esta posibilidad, sino de la consideración del orden jurídico como un sistema jerárquico o gradual en el que el *deber*

---

<sup>21</sup> FERRAJOLI, L., “Principia iuris. Una discusión teórica”, *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 411 y ss.



ser de las normas superiores que regulan la producción jurídica puede resultar inefectivo en relación con el ser de las normas inferiores debido a la potencial y eventual actuación ilegal o extralegal de los poderes normativos<sup>22</sup>. Y todo Derecho se presenta siempre al menos en un sentido mínimo como un sistema de garantías en tanto su propia funcionalidad como sistema normativo exige la presencia de instituciones encargadas de subsanar la actuación irregular de las autoridades jurídicas. En relación con esta consideración matiza Ferrajoli que la gran innovación que incorporan los Estados de Derecho coronados por constituciones rígidas consiste en haber generado el fenómeno de la invalidez sustancial de las leyes, ciertamente inexistente en el Estado de Derecho legislativo,

---

<sup>22</sup> Afirma así FERRAJOLI, L., en el trabajo antes citado, que también en el Estado legislativo de Derecho existen relaciones de grado entre actos y situaciones, y, por tanto, desniveles normativos, *Idem*, p. 412. Sin embargo esta última consideración parece ser cuestionada en algunos momentos en *Principia iuris*.

condicionando también su validez al respeto de límites y vínculos sustanciales.

Sin embargo importa precisar que Ferrajoli atribuye una relevancia específica a la invalidez sustancial de la ley en tanto se trata del único vicio “material” que, a su modo de ver, genera una *antinomia* auténtica y real entre normas, un conflicto cuya solución requiere la intervención de una autoridad competente que anule o derogue la norma indebidamente creada<sup>23</sup>. Y ello porque en el supuesto de los actos negociales, administrativos o jurisdiccionales, no estamos, en opinión del autor, ante actos auténticamente normativos que entren a

---

<sup>23</sup> Aunque no puedo detenerme en exceso en esta cuestión, conviene advertir que Ferrajoli maneja una concepción peculiar y restringida de las lagunas y de las antinomias que las contempla como inobservancias de normas sobre la producción y por tanto como vicios estructurales conectados con los desniveles normativos que no pueden resolverse en sede de aplicación normativa y que precisan la intervención de una autoridad competente para “alterar” el orden jurídico. Vid. algunas de las críticas que se han realizado a la concepción ferrajoliana de las lagunas y antinomias en MORESO, J.J., “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos de Luigi Ferrajoli” en FERRAJOLI, L.; MORESO, J.J. y ATIENZA, M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 119-127. Vid. también BULYGIN, E., “Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en *Principia iuris*”, *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 227-232

formar parte del lenguaje jurídico, en tanto no están destinados a ser “aplicados” por actos preceptivos posteriores sino por actos de ejecución material y en el supuesto de los reglamentos se trata de actos que están destinados a su inaplicación por los tribunales competentes<sup>24</sup>. A mi juicio, la insistencia de Ferrajoli en presentar las antinomias – y las lagunas – como vicios exclusivos del Estado constitucional de Derecho ausentes en el Estado de Derecho legislativo se orienta a enfatizar - y a mi juicio a exagerar - el cambio de paradigma que supone el constitucionalismo al precio de generar una importante confusión en la comprensión de estos fenómenos.

Finalmente, interesa señalar que en *Derecho y razón* en la exposición de las razones que

---

<sup>24</sup> FERRAJOLI, L., “Principia iuris. Una discusión teórica”, cit., p. 412. En todo caso justo antes había señalado el autor que “su” “definición de «antinomia» se aplica también a los reglamentos inválidos, que son normas destinadas (al igual que las leyes inválidas) a ser anuladas, cuando sea alegada su invalidez, por los órganos jurisdiccionales que tengan la obligación de declarar su anulación”, *Ibidem*.

explican la necesidad de adoptar una teoría compleja de la validez jurídica parece obviarse la virtual presencia en el orden jurídico de irregularidades formales – de las que Ferrajoli sí es plenamente consciente en *Principia iuris*<sup>25</sup> – que también generan la existencia de un Derecho *formalmente* inválido en relación con el *deber ser* jurídico que puede hacer su aparición tanto en el marco del Estado de Derecho legislativo, como en el marco del Estado Constitucional.

En definitiva, aunque la mayor complejidad estructural que, en efecto, presenta el Estado de Derecho Constitucional en comparación con el Estado de Derecho legislativo y la presencia de normas constitucionales sustantivas aumenta y evidencia la necesidad de “complicar” la teoría jurídica de la validez respecto a la versión “simplificada” y “formalista” que identifica las nociones de vigencia y de validez y que resuelve esta última

---

<sup>25</sup> No así, como luego se comprobará, en FERRAJOLI, L., *Derecho y razón* obra en la que parece obviarse el fenómeno de las normas formalmente irregulares.

en dimensiones únicamente formales, en realidad esta teoría más compleja es imprescindible para dar cuenta del funcionamiento de cualquier orden jurídico moderno.

### 3. Las manifestaciones de la complejidad: la distinción entre vigencia y validez, validez formal y validez sustancial.

Como se ha señalado, la teoría jurídica de la validez del garantismo asume como uno de sus rasgos centrales la escisión entre la existencia (vigencia) y la validez de las normas jurídicas en tanto distinción teórica necesaria para dar cuenta en toda su complejidad del fenómeno del Derecho – internamente – ilegítimo o inválido. Igualmente, la teoría garantista se caracteriza por diferenciar dentro del concepto de validez dos dimensiones, la validez formal y la validez sustancial.

Cabe advertir que en *Principia iuris* Ferrajoli modifica en algunos aspectos importantes la comprensión de las nociones de vigencia y

validez que se maneja en *Derecho y Razón*. Estas modificaciones contribuyen a superar algunas críticas, certeras, que se habían proyectado sobre la conceptualización de estas nociones, si bien, a mi juicio, resultan todavía insuficientes.

En *Derecho y razón* la vigencia, que establece las condiciones de existencia de las normas jurídicas, se identifica con la validez “sólo formal de las normas tal cual resulta de la regularidad del acto normativo”<sup>26</sup>. Por su parte, la validez se define “como validez también sustancial de las normas producidas, es decir, de sus significados o de sus contenidos normativos”. En consecuencia se afirma que “cuando una norma no respeta las condiciones formales de validez del acto de producción normativa se considera como no vigente mientras que si incumple los requisitos

---

<sup>26</sup> Idem, p. 359.

sustanciales de validez se entenderá que la norma no es válida aunque esté vigente”<sup>27</sup>.

Esta comprensión de las categorías de la vigencia y la validez resulta insatisfactoria e insuficiente en la medida en que parece obviar que el fenómeno de la irregularidad se plantea en forma idéntica en relación con las normas sobre la producción jurídica de carácter formal que regulan los órganos competentes y los procedimientos de creación normativa. En efecto, la teoría de la validez asumida en *Derecho y razón* podría dar cuenta del fenómeno del Derecho inválido en toda su extensión si, por definición, las normas jurídicas nunca pudiesen dejar de ajustarse “formalmente” al Derecho. Sin embargo, resulta obvio que la praxis efectiva del poder no sólo puede violar los límites materiales establecidos en las normas superiores, sino que puede vulnerar también los límites formales dando lugar a la existencia de actos

jurídicos irregulares (por defectos o vicios de forma) de los que las categorías de la vigencia y la validez no podrían hacerse cargo. La afirmación – cuestionable – de que las disputas sobre la validez versan con mayor frecuencia sobre condiciones materiales que sobre requisitos formales<sup>28</sup> no permite obviar ni solucionar este problema teórico.

En *Principia iuris* Ferrajoli trata de superar esta omisión mediante una redefinición de las condiciones determinantes de la vigencia y de la validez<sup>29</sup>.

En esta obra la vigencia se identifica de nuevo con la existencia de los actos jurídicos y con su “fuerza” legal dependiente de la concurrencia de determinadas “formas” que hacen reconocible a un acto como acto jurídico, esto es, que permiten identificarlo e interpretarlo

---

<sup>28</sup> Ciertamente exagera, y mucho, Ferrajoli en *Idem*, p. 358 cuando afirma que “se cuentan con los dedos de una mano las objeciones y declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes que se centran en vicios de forma” y que lo mismo sucede, “si bien en menor medida”, con las decisiones judiciales y administrativas, que “raramente” son impugnadas por “simples defectos de forma”.

<sup>29</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., pp. 525 y ss.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*.

como un acto susceptible de generar significados jurídicos. En todo caso, ahora la vigencia no coincide plenamente con la validez formal, si bien continúa basándose en la conformidad con normas formales. En efecto, en *Principia iuris* la vigencia depende de la conformidad de los actos jurídicos con *al menos alguna*, pero no es necesario que con todas, de las normas formales que regulan su creación<sup>30</sup>.

La validez, por su parte, se presenta como una noción compleja que alude a la regularidad total o a la perfección de los actos normativos producto de su conformidad tanto con las normas formales que regulan su formación como con las normas sustantivas que disciplinan sus contenidos<sup>31</sup>. Desde esta óptica, las normas jurídicas – material o formalmente – inválidas son, por tanto, normas existentes pero imperfectas, defectos o patologías cuya

subsanación requiere un pronunciamiento de anulación por parte de una autoridad competente<sup>32</sup>

Al igual que en *Derecho y razón*, también en *Principia iuris* se diferencian en el concepto de validez dos dimensiones la formal y la sustancial. Según Ferrajoli la validez formal presenta con la vigencia una diferencia tan sólo cuantitativa que consiste en el “diverso grado” de observancia de las normas formales<sup>33</sup>. De este modo, mientras que, cómo se señaló, la vigencia depende de la conformidad de los actos jurídicos con al menos alguna de las normas formales que regulan su creación, la validez formal exige su conformidad con todas estas normas. Las normas sobre la producción jurídica de carácter formal, que se afirma en *Principia iuris* son múltiples y complejas, son definidas como reglas sintácticas cuya observancia es una cuestión de “lengua” en

---

<sup>30</sup> Idem, p. 527.

<sup>31</sup> Ibídem.

---

<sup>32</sup> Sobre las categorías de la anulabilidad y la anulación Vid. Idem, pp. 551 y ss.

<sup>33</sup> Idem, pp. 532 y 533.

tanto regulan los criterios de formación de los actos jurídicos<sup>34</sup>. Entiende Ferrajoli que no corresponde a la teoría sino al Derecho positivo identificar cuáles son las formas esenciales de los actos jurídicos que determinan su existencia (vigencia) y cuáles determinan tan sólo su validez<sup>35</sup>. La teoría sólo puede señalar que las condiciones que determinan la vigencia son *al menos algunas* de las previstas en las normas formales y que de no vigencia o de inexistencia “seguramente” sólo puede hablarse si no concurre ninguno de los requisitos formales, y exigir, en aras de la garantía de la certeza, que se precisen con rigor qué defectos comprometen la vigencia y qué defectos comprometen únicamente la invalidez. En todo caso, de los ejemplos que utiliza Ferrajoli – que entiende como no vigentes una sentencia dictada por un ciudadano o una ley aprobada por una sola de las Cámaras legislativas – y de la consideración

---

<sup>34</sup> Idem, p. 531.

<sup>35</sup> Idem, pp. 532 y 533

de las normas de competencia como normas a la vez constitutivas e hipotético-deónticas<sup>36</sup> se desprende que la falta absoluta de competencia es una de las deficiencias determinantes de la inexistencia o no vigencia de un acto jurídico<sup>37</sup>.

La diferencia entre la validez formal y la validez material se considera, en cambio, de tipo cualitativo en tanto la primera se refiere a la formación del acto jurídico y la segunda a su contenido o significado. De este modo las normas sustantivas sobre la producción son consideradas como reglas semánticas cuya observancia es una cuestión de lenguaje<sup>38</sup>. En *Principia iuris* la validez material se define y cuantifica en un sentido diferente al de la validez formal. Así para que una norma sea materialmente válida *al menos uno* de sus significados debe ser coherente con *todas* las

---

<sup>36</sup> Vid. Idem, pp. 624 y ss. Vid. sobre el carácter constitutivo de las normas competencia, entre otros, ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>37</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., p. 626.

<sup>38</sup> Idem, p. 531.

normas sustanciales superiores<sup>39</sup>, coherencia que, en principio, no se identifica con la exigencia de derivación lógica, sino con la exigencia más débil o blanda de no contradicción.

Ahora bien, esta exigencia se diversifica en función de quiénes sean los sujetos limitados por las normas sustanciales sobre la producción y de su mayor o menos grado de “autonomía”<sup>40</sup>. En el caso del poder judicial señala Ferrajoli que la coherencia tiene “tendencialmente” el carácter de una implicación y, por ende, consiste en la determinación de una “verdad jurídica”<sup>41</sup>. En este punto, *Principia iuris* diferencia entre el

---

<sup>39</sup> Señala Ferrajoli que esta cuantificación responde, de un lado, a la circunstancia de que “todo texto normativo” admite diversas interpretaciones y, por tanto, diversos significados algunos de los cuales pueden ser coherentes y otros incoherentes con las normas sustantivas sobre la producción. Y, de otro, al hecho de que mientras que la validez formal requiere la conformidad del acto con las normas específicas sobre la producción que disciplinan su creación, la validez material exige la coherencia de su significado con todas las normas superiores, *Idem*, pp. 534 y 535.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 535.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 569.

fenómeno de la aplicación y el del respeto. En relación con la validez material el requisito del respeto exige que el significado de las decisiones de los poderes normativos sea coherente con el de las normas sustanciales sobre la producción y se proyecta sobre las instituciones que desempeñan funciones de gobierno – como la función ejecutiva o la legislativa – concebidas como poderes discrecionales. Sin embargo, en un sentido más fuerte, la aplicación reclama que el significado de la decisión esté “subsumido” o implicado, sea obligatorio o se corresponda con el significado de las normas sustanciales sobre la producción y se proyecta sobre las instituciones que desempeñan funciones de garantía, como es prototípicamente la función judicial, consideradas desde el programa garantista como poderes “nulos” o vinculados<sup>42</sup>. También la función de garantía

---

<sup>42</sup> *Idem*, p. 563. Vid sobre las instituciones de gobierno y de garantía, *Idem*, pp. 875 y ss. En *Principia iuris* la jurisdicción se concibe como un *ius dicere* y la función judicial se califica una y otra vez como “tendencialmente” cognitiva. Vid. sobre el carácter cognitivo de la función judicial manejada por el

secundaria consistente, por lo que aquí interesa, en la anulación de los actos inválidos parece concebirse, incluso cuando se trata de la función de garantizar la constitucionalidad de las leyes, como aplicación sustancial vinculada y no discrecional consistente en determinar si el significado de un acto se corresponde o es subsumible en el significado prohibido por la norma superior<sup>43</sup>.

*Principia iuris* introduce, además, una corrección importante en relación con la concepción de los juicios de validez formal y de validez material. En efecto, en *Derecho y razón* los juicios de vigencia, o de validez formal, se consideran juicios *fácticos* de los que cabe predicar su verdad o su falsedad sobre la base de simples averiguaciones empíricas o de

---

garantismo GUASTINI, R., "I fondamenti teorici e filosofici del garantismo", en GIANFORMAGGIO, L., (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 49-65, p. 53. Un análisis crítico de la concepción ferrajoliana de la jurisdicción puede verse en TARUFFO, M., "Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción", *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 383-392.

<sup>43</sup> Vid. por ejemplo FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., p. 564.

hecho. Sin embargo, los juicios de validez consistentes en la valoración de la conformidad o disconformidad de las normas con los valores expresados por las normas superiores se consideran, a su vez, juicios de valor y por tanto, desde el no cognoscitivismo ético que afirma profesar Ferrajoli, ni verdaderos ni falsos, más o menos "controvertidos", más o menos "opinables" y objetivamente "indecidibles"<sup>44</sup>.

Esta diferencia "de naturaleza" entre los juicios de validez formal y sustancial se desdibuja o difumina en *Principia iuris* que considera ambos juicios como operaciones interpretativas que exigen atribuir significado a normas y en los que existe siempre un cierto margen de discrecionalidad. Afirma ahora Ferrajoli que aunque la in-validez formal es

---

<sup>44</sup> En palabras de FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 874. "mientras que la verdad (o la falsedad) de los juicios sobre la vigencia es predicable sobre la base de simples averiguaciones empíricas o de hecho, no se puede decir otro tanto de los juicios sobre la validez: éstos cuando consisten en la valoración de la conformidad o disconformidad de las normas con los valores expresados por las normas superiores a ellas, son, como escribe Bobbio, no ya juicios de hecho sino juicios de valor, y como tales ni verdaderos ni falsos", *Idem*, p. 874.



comprobable a través de indagaciones empíricas que consisten en determinar si ha acontecido, o no, un determinado hecho, su comprobación exige también la interpretación de las normas formales que admiten “como todas las normas, una pluralidad de significados”<sup>45</sup>. Obviamente, la comprobación de la validez material requiere asimismo de la intermediación de la interpretación de las normas sustanciales sobre la producción jurídica, interpretación cuyo carácter discrecional “puede variar” según el grado de vaguedad de las formulaciones y de la diversidad de los intérpretes.

---

<sup>45</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., p. 524. En este punto FERRAJOLI admite expresamente la crítica formulada por JORI, M., “La cicala e la formiga” en GIANFORMAGGIO, L. (ed.), *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 66-119 quien había señalado, en efecto, que ni la comprobación de la validez material se presenta como una cuestión de valor indecible, ni la de la validez formal consiste en una cuestión de hecho susceptible de ser “verificada” empíricamente de manera absolutamente objetiva. En ambos casos afirma Jori que se trata de constatar la concurrencia de requisitos de contenido o de forma previstos en normas jurídicas, en la medida en que están previstos, lo que requiere de interpretaciones “más o menos inciertas” y de elecciones “más o menos discrecionales”.

No obstante lo anterior, Ferrajoli sigue observando en *Principia iuris* algunas diferencias entre los juicios de validez formales y materiales. En este sentido afirma que la comprobación de la validez formal es también un juicio *de hecho* en tanto reclama una comprobación empírica, mientras la comprobación de la validez material es *sólo* un juicio *de derecho*, en el que la interpretación adquiere un mayor protagonismo<sup>46</sup>. Y ello porque la determinación de la validez sustancial reclama no sólo la interpretación de las normas materiales sobre la producción jurídica sino también la interpretación de las prescripciones contenidas en las “decisiones mismas”. Además sostiene Ferrajoli que la discrecionalidad de los juicios de validez material es más acusada que la libertad interpretativa existente en relación con los juicios de validez formal en tanto los vínculos de contenido impuestos a la creación de normas inferiores son “menos rígidos” y

---

<sup>46</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., p. 524.

presentan una mayor indeterminación, frente a los requisitos de forma que se entienden más precisos y empíricamente determinados. De este modo, considera Ferrajoli que el grado de certeza sustancial es menor que el grado de certeza formal<sup>47</sup>.

En relación con esta última afirmación considero relevante realizar dos órdenes de consideraciones. En primer término, interesa recalcar que aunque los juicios de validez material se presentan en *Principia iuris* como más discrecionales que los juicios formales, no se conciben, como sucede en *Derecho y razón*, como cuestiones de valor absolutamente indecibles. Esta visión de las normas sustanciales, al menos de las normas constitucionales, como normas de algún modo “vacías” cuya determinación remite a un juicio moral totalmente subjetivo cuyo resultado depende completamente de la voluntad el intérprete genera, como admite el propio

---

<sup>47</sup>Idem, p. 493.

Ferrajoli en *Derecho y razón*, una grave aporía en la teoría garantista en la medida en que conduce a enfatizar el poder de disposición de los jueces, poder que el garantismo se empeña en minimizar<sup>48</sup>. La “mayor” discrecionalidad de los juicios sustantivos de validez – que en *Principia iuris* no los convierte en objetivamente indecibles – no encaja sino que más bien chirria con la definición de la función de garantía secundaria como una función cognoscitiva que aplica sustancialmente – y no sólo respeta – las normas materiales sobre la producción jurídica. Pues bien, a mi modo de ver, esta contradicción es el reflejo de la posición “vacilante” y confusa que sobre la cuestión de

---

<sup>48</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 876 y ss. GASCÓN, M. “La teoría general del garantismo. A propósito de la obra *Derecho y razón*”, *Jurídica, anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 31, 195-213, 2001, pp. 211 y ss. señala con razón que la asimilación del binomio vigencia/validez al binomio juicio empírico/juicio de valor favorece muy poco el garantismo, entre otras razones, porque supone entender los juicios de validez material como decisiones relegadas al ámbito de decisión subjetiva e incontrolable del intérprete e implica la total conversión de un juicio interno de deber ser en un juicio externo de deber ser.

la interpretación jurídica mantiene *Principia iuris*.

Ciertamente, la interpretación – operativa o doctrinal – es calificada insistentemente por Ferrajoli como una actividad cognoscitiva que consiste en la “averiguación” o en la “determinación”<sup>49</sup> de significados cuyos resultados pueden ser calificados de verdaderos o falsos en función de su correspondencia con los usos del legislador. Pero al mismo tiempo el autor alude constantemente a los márgenes de imprecisión de la semántica del lenguaje normativo, califica en diversos momentos la interpretación jurídica como una actividad re-cognitiva o re-constitutiva de significados y suele matizar la referencia a la “verdad” de sus resultados señalando su carácter más o menos “opinable”<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., p. 336.

<sup>50</sup> Vid. por ejemplo Idem, pp. 513 y 514. Incluso en “Principia iuris: una discusión teórica”, cit., p. 406 FERRAJOLI, L. expresamente afirma haber retomado en su obra “las tesis de Guastini y Tarello” según las cuales

Precisamente aquí radica, a mi modo de ver, un primer defecto de la teoría de la validez jurídica del garantismo, también en su mejor versión contenida en *Principia iuris*. En efecto, una teoría “completa” de la validez jurídica requiere como complemento esencial una teoría de la interpretación jurídica que se erige, además, en el banco de pruebas de su coherencia y fortaleza. Y *Principia iuris* no sólo no contiene una teoría de la interpretación jurídica<sup>51</sup>, sino que además, como se acaba de señalar, no termina de adscribirse claramente a una concepción de la interpretación<sup>52</sup> e incurre en constantes inconsistencias derivadas, a mi juicio, del intento de conciliar la discrecionalidad interpretativa y la

---

“la interpretación jurídica no consiste en el reconocimiento de un significado dado (como podría llevar a pensar el uso de la palabra «determinación»), sino en la atribución de un significado a un enunciado normativo por parte del intérprete”.

<sup>51</sup> Vid. la respuesta de FERRAJOLI, L. en Idem, p. 405 a las críticas que Guastini y Atienza realizan en relación con la ausencia de una teoría de la interpretación en la teoría del derecho de *Principia iuris*.

<sup>52</sup> Un resumen del sentido de las tres grandes teorías o familias de teorías interpretativas puede encontrarse en GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM, 3ª ed., 2001.

indeterminación del lenguaje jurídico (haciendo en ocasiones incluso demasiadas concesiones a la teoría escéptica) con el modelo de juez “boca muda” (defendido por la teoría cognitiva) que reclama el garantismo<sup>53</sup>.

Aunque no puedo entrar en detalle en esta cuestión, a mi juicio, la teoría de validez del garantismo requiere una teoría de la interpretación “intermedia” o “ecléctica” que combine de alguna manera dimensiones voluntaristas y dimensiones cognitivas<sup>54</sup>. Esta teoría debe estar en condiciones, al menos, de

---

<sup>53</sup> Ciertamente, como sostiene PRIETO SANCHÍS, L., “Principia iuris: una teoría no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional”, cit., p. 39 el modelo garantista, frente al modelo neoconstitucionalista, pretende vincular de un modo más fuerte al poder judicial y considera que la jurisdicción es tanto más legítima cuanto más cognitiva y menos discrecional resulte. FERRAJOLI, L., se muestra de acuerdo con esta consideración de Prieto en “Principia iuris: una discusión teórica”, cit., p. 405.

<sup>54</sup> Esta teoría intermedia admitiría diversas versiones que pueden enfatizar más unas u otras dimensiones. He desarrollado la versión de esta teoría que me parece más adecuada en la obra ya citada *El sistema jurídico como un sistema normativo mixto*, cit., pp. 305 y ss. y también en mi trabajo “En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011, pp. 74-96.

excluir la validez de algunos significados también cuando se trata de atribuir sentido a las disposiciones materiales constitucionales. Además, si el garantismo pretende mantenerse fiel a los postulados positivistas y no abandonar la distinción entre el *deber ser del Derecho* y el *ser del Derecho* esas dimensiones materiales cognitivas que inciden en la validez jurídica no pueden provenir de parámetros éticos o morales externos que serían relevantes, en todo caso, en el plano de la corrección moral (o en el plano de la legitimidad externa en los términos de Ferrajoli). La fuente de estas dimensiones cognitivas, en el marco de una teoría jurídica positivista, máxime si se proclama como el garantismo como una teoría de la comunicación lingüística, debe radicar en el lenguaje del Derecho. Si bien Ferrajoli parece decantarse por este camino el recurso a los “usos del legislador” resulta claramente insuficiente sobre todo cuando abandonamos el ámbito de la legislación penal y

especialmente cuando nos adentramos en el terreno de la interpretación constitucional. En mi opinión, el significado literal entendido en un sentido más amplio, como el significado que cualquier enunciado y también cualquier enunciado jurídico inteligible posee en virtud de reglas semánticas y sintácticas que expresan la existencia de usos y convenciones acerca del modo de empleo de las expresiones en una determinada comunidad lingüística, se presenta como ese significado mínimamente determinado que permite discriminar entre las decisiones interpretativas válidas e inválidas. Dicho de otro modo, desde esta visión – que creo sería compatible con los presupuestos y los planteamientos clave de la teoría garantista y le dotaría de mayor rigor – la validez de la interpretación dependería del respeto al significado literal mínimamente determinado de los enunciados jurídicos que le sirven de referente, límite que condiciona y restringe, pero que no erradica, la discrecionalidad de los

poderes jurídicos (ya se trate de instituciones de gobierno o de garantía).

Un segundo gran problema que, en mi opinión, presenta la concepción de la validez que defiende el garantismo está relacionado, según ya se adelantó, con la comprensión de las nociones de vigencia y validez.

En relación con esta problemática cabe cuestionar, en primer lugar, la identificación exclusiva de las condiciones de existencia o vigencia de las normas jurídicas con requisitos de índole formal y la consideración de que la violación de los requisitos de naturaleza material “únicamente” afecta la validez<sup>55</sup>. Ciertamente, en algún momento Ferrajoli parece matizar esta identificación. Así, afirma que aunque “en vía de principio” la inobservancia de las normas sustanciales

---

<sup>55</sup> Como apunta MORESO, J.J., *Normas jurídicas y estructura del Derecho*, Fontamara, México, 1997.p. 82 “¿Es preciso apelar una sentencia dictada por un órgano competente y con el procedimiento adecuado si impone una pena de 30 años de cárcel a una persona por no saludar a otra (en el supuesto de que ninguna norma del corpus impone esta sanción por esa conducta)? ¿o más bien se considerará una decisión jurídicamente irrelevante como la que sería dictada por un loco?”.

sobre la producción no prejuzga la vigencia, sino tan sólo la validez de las decisiones jurídicas, en ciertos casos, la inobservancia de algunos vínculos que “parecen” sustanciales<sup>56</sup> podría determinar – cuestión que depende, según Ferrajoli, de las previsiones del Derecho positivo – la no vigencia o inexistencia del acto<sup>57</sup>.

En segundo lugar, procede también poner en duda el éxito de la estrategia seguida por Ferrajoli a la hora de resolver el problema de las normas irregulares consistente en distinguir entre dos nociones de conformidad con las normas que regulan la producción de otras normas una fuerte, determinante de la

---

<sup>56</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., p. 536 pone como ejemplos un acto de disposición del propio cuerpo que suponga una violación permanente de la integridad física o una sentencia de contenido aberrante en cuanto disponga, por ejemplo, una expropiación para utilidad pública.

<sup>57</sup> Conviene precisar que en este caso Ferrajoli propone “reconducir” los requisitos materiales determinantes de la inexistencia a requisitos de forma, Vid. *Ibidem*. Por otro lado, las normas que son formales en relación con la autoridad que crea el acto deben ser entendidas, según Ferrajoli, cuando son utilizadas por los órganos de garantía en el juicio de validez o anulación como normas materiales. Se afirma así la necesidad de matizar la distinción formal/material.

vigencia, y una débil, determinante de la validez<sup>58</sup>. Desde este enfoque la irregularidad se concibe como un fenómeno que acontece cuando normas o actos que son meramente existentes o vigentes porque se ajustan a *algunas* de estas reglas son tratados en la práctica como plenamente válidos. Pues bien, resulta esencial tener presente que exactamente del mismo modo puede suceder, como cuestión de hecho, que actos o normas jurídicas que no satisfacen las condiciones de existencia o de vigencia relevantes<sup>59</sup> sean tratados y reconocidos por las autoridades, operadores jurídicos y ciudadanos como actos o normas jurídicamente existentes o vigentes y que sólo un pronunciamiento oficial de irregularidad tenga consecuencias jurídicas<sup>60</sup>.

Si la existencia depende de la conformidad con

---

<sup>58</sup> Tanto en *Derecho y razón* como en *Principia iuris* la conformidad fuerte, que determina la inexistencia, es siempre (o al menos casi siempre) la conformidad con las normas formales sobre la producción jurídica.

<sup>59</sup> Ya sean estas condiciones establecidas en normas constitutivas o regulativas, y ya se trate de condiciones formales o materiales.

<sup>60</sup> CELANO, B., “Justicia procedimental pura y teoría del Derecho”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 407-427, p. 419.

normas jurídicas también en este punto cabe el fenómeno – potencial, virtual, inevitable – de la irregularidad.

Esta consideración pone de relieve la necesidad de diferenciar netamente la naturaleza de las nociones de vigencia y de validez. Así, mientras que la validez jurídica (tanto formal como material) depende, en efecto, de la conformidad con normas sobre la producción, la vigencia o existencia debe considerarse una cuestión meramente fáctica<sup>61</sup>. Desde esta óptica las normas jurídicas *vigentes* pasarían a ser definidas como normas que *existen* empíricamente en tanto han sido emitidas por alguien y que son *de hecho* usadas, aplicadas y reconocidas como vinculantes por los operadores jurídicos, presentándose como declaraciones “de deber ser” que funcionan en el Derecho “como si” fuesen normas jurídicas válidas, a pesar de que

---

<sup>61</sup> Conviene advertir que esta re-definición de la vigencia difumina e incluso impide su distinción del concepto de efectividad. Vid. sobre la distinción entre estas nociones, FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, cit., pp. 17 y ss.

no se ajustan a los criterios de validez (formales o materiales) establecidos en las normas jurídicas superiores<sup>62</sup>.

La reformulación del significado de la vigencia antes propuesta permitiría a la teoría garantista cumplir satisfactoriamente una de sus pretensiones centrales: dar cuenta en toda su extensión y complejidad de la divergencia entre el Derecho que *debe ser*, esto es, el Derecho normativamente válido y el Derecho que *es*, esto es, el Derecho efectivo, que de hecho se aplica y se obedece. Esta revisión, a mi juicio, convertiría al garantismo en una mejor versión de ese realismo normativista o normativismo realista que Ferrajoli, con razón, defiende. Con estas correcciones la teoría garantista podría, tal y como pretende, ofrecer

---

<sup>62</sup> Este es el sentido en el que se usa el término normas vigentes en CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como un sistema normativo mixto*, cit., pp. 557 y 558. Vid. también WEYLAND, I. “Idealism and Realism in Kelsen Treatment of Norms Conflicts”, TUR, R. y TWINING, W., (eds.), *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 249-269, p. 267. Vid. también sobre la distinción entre validez y vigencia, DELGADO PINTO, J., “Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas”, *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 101-161 (recogido también en DELGADO PINTO, J., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 267- 328).

una imagen plenamente integral y no parcial  
de la estructura y del funcionamiento de los  
órdenes jurídicos (constitucionales, o no)<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Sobre la necesidad de combinar estas aproximaciones Vid. Idem, p. 14. Según Ferrajoli, y como ya se dijo, estas aproximaciones aisladamente ofrecen dos imágenes parciales y falaces del Derecho que trascurren, bien al margen de la inefectividad de las normas de superior, o bien al margen de la ilegitimidad de las normas de nivel inferior. La apuesta por un normativismo realista o un realismo normativista que dé cuenta de la dimensión normativa y fáctica del Derecho no es, en todo caso, original del garantismo. Entre los autores que se han referido explícitamente a esta combinación (que, en todo caso, está implícita en la aproximación de otros muchos) puede verse PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 4ª reimp., 1993.



## BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

BULYGIN, E., "Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en *Principia iuris*", *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 227-232.

CELANO, B., "Justicia procedimental pura y teoría del Derecho", *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 407-427.

CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

CUENCA GÓMEZ, P., "Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007.

CUENCA GÓMEZ, P., "En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011, pp. 74-96.

DELGADO PINTO, J., "Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas", *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 101-161 (recogido también en DELGADO PINTO, J., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 267- 328).

DWORKIN, R., *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1986.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, R. Cantareno y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, L., "Principia iuris. Una discusión teórica", *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 411 y ss.

FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol I, Bari: Laterza, 2007, p. 16 (hay traducción española de P. Andrés Ibañez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís, A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011).

GASCÓN ABELLÁN, M., "Principia iuris: caracterización de una teoría jurídica", *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 233-244.

GASCÓN, M. "La teoría general del garantismo. A propósito de la obra Derecho y razón", *Jurídica, anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 31, 195-213, 2001.

GUASTINI, R. "I fondamenti teorici e filosofici del garantismo", en GIANFORMAGGIO, L., (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 49-65.

GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM, 3ª ed., 2001.

JORI, M., "La cicala e la formiga" en GIANFORMAGGIO, L. (ed.), *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, pp. 66-119.

KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, Porruá, Buenos Aires, 7.ª ed., 1993.

MORESO, J.J., "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos de Luigi Ferrajoli" en FERRAJOLI, L.; MORESO, J.J. y ATIENZA, M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 119-127.

MORESO, J.J., *Normas jurídicas y estructura del Derecho*, Fontamara, México, 1997.

PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 4ª reimp, 1993.

PÉREZ BERMEJO, J. M., *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

PRIETO SANCHÍS, L., "Principia iuris: una teoría no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional", *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 325-354.

TARUFFO, M., "Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción", *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 383-392

WEYLAND, I. "Idealism and Realism in Kelsen Treatment of Norms Conflicts", TUR, R. y TWINING, W., (eds.), *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 249-269, p. 267.