



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 23 (2019), pp. 453-475

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2019.23.0.6032>

ESTADO DE DERECHO. DISCUSIÓN ENTRE FONDO Y FORMA EN LA LEY

RULE OF LAW. DISCUSSION BETWEEN CONTENT AND FORM IN THE LAW

CRESCENCIO VALENCIA JUÁREZ

*Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México
Magistrado Presidente del Tribunal Electoral del Estado de México*

VÍCTOR DÍAZ HERRERA

*Máster en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México
Secretario de Presidencia del Tribunal Electoral del Estado de México*

Resumen: El presente texto, intenta poner de relieve la falsa idea de contradicción existente entre la formalidad y la sustancia de las normas, un debate entre la forma y fondo del derecho. Ello en el entendido que, todo sistema jurídico desarrollado sobre la concepción de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, debe contener controles tanto formales como sustanciales demostrables en la conformidad y coherencia de las leyes y los actos jurídicos. En tal contexto, se realiza el estudio de la naturaleza del derecho, concretamente desde dos teorías: 1) Los postulados de Summers respecto a la forma del derecho; y, 2) El garantismo de Luigi Ferrajoli. Estudio que lleva por justificación, ponderar el ideal político denominado Estado de Derecho, regido y racionalizado por una Constitución democrática.

Palabras Clave: Estado de Derecho, naturaleza del derecho, validez de la norma, vigencia de la norma, constitucionalismo.

Abstract: This text attempts to highlight the false idea of the contradiction between formality and the substance of the rules, a debate between the form and substance of the law. This in the understanding that, any legal system developed on the conception of a constitutional and democratic rule of law, must contain demonstrable controls both formal and substantial in the conformity and coherence of laws and legal acts. In this context, the study of the nature of law is carried out, specifically from two theories: 1) the postulates of

Summers with respect to the form of the right; and, 2) the guarantee of Luigi Ferrajoli. Study that takes for justification, to ponder the political ideal called the rule of law, ruled and rationalized by a democratic Constitution.

Keywords: Rule of law, nature of the right, legitimacy of the law, validity of the law, constitutionalism.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ESTADO DE DERECHO. III. SUMMERS Y LA FORMA EN EL DERECHO. UNA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DESDE EL PENSAMIENTO DE HART. IV. VALIDEZ Y VIGENCIA EN FERRAJOLI. V. ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIONALISMO. VI. CONCLUSIONES. VII. FUENTES DE CONSULTA.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Hoy, pese a la abundante y compleja cantidad de textos académicos, políticos, periodísticos, etc., el tema que intitula el presente apartado no termina por enraizarse y dar los frutos deseados en las democracias modernas. No creemos que se trate de una utopía o imposibilidad material, sino de la intromisión de una diversidad de factores que condicionan la ejecución de los propósitos pretendidos.

En la realidad teórica, poco habría de poder innovarse en la comprensión sobre los tópicos propuestos. El debate que circunda al Estado de Derecho y el constitucionalismo, ha engendrado desde la aparición del Estado liberal, un sin número de debates tanto políticos, como académicos. Temas que han sido por demás discutidos. Precisamente de la algidez de ellos, las vertientes y factores condicionantes han figurado una importancia vital, pues han puesto de manifiesto las debilidades propias de esos sistemas o al menos de sus cerradas percepciones.

La constante lucha entre los contenidos de la norma, y la formalidad de la misma, ha mancillado el significado de los conceptos abarcables por las normas jurídicas, al punto de situar un inexistente antagonismo entre ambas concepciones. La confusión más grande de ambas posturas, se concentra en la explicación de la naturaleza de las normas jurídicas, su forma y su contexto, sus múltiples interpretaciones y sus deficientes ejecuciones. Sus elementos configuradores y los órganos encargados de desarrollarlos, se postran hoy como el principal bastión de aparente oposición a la válida ejecución de estas instituciones sociales.

La intención del presente artículo, es ahondar en la importancia de desarrollar leyes conforme a la idea de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que se ha alejado de una mera identidad política y se ha reconstruido a partir de un panorama jurídico. Una noción de Estado de Derecho como ideal jurídico político, de la mano de

principios limitadores del poder político. Un derecho que a la vez sea guía y garante de la vida social e institucional de un Estado.

Sin duda, ello solo puede verse reflejado de la mano de un constitucionalismo rígido y condicionado a la práctica democrática, en la que Derecho y Democracia se enrollan en un dinamismo cíclico de controles y límites, de racionalizaciones y comprensiones. Un Estado que vea abarcada en su funcionalidad la forma y la sustancia, el signo y el significado de la producción del derecho. Ya no más una irreconciliable postura entre naturalismo y positivismo, sino una comprensión de entendimiento mutuo en las necesidades de ambas teorías. Por señalarlo así, una ductilidad teórica en la conformación normativa de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Sobre este panorama, abordaremos los conceptos de un formalismo jurídico a partir del pensamiento de Robert Summers, que tan asiduamente retoma de Hart, y su puntual división de las reglas en la naturaleza del derecho¹. Estas consideraciones, se verán confrontadas en apariencia, con los postulados nacidos a partir del garantismo jurídico de Ferrajoli, quien nos proporciona un avance teórico de singular característica.

II. ESTADO DE DERECHO

Resulta innegable afirmar que dentro de toda organización social y/o política, llámese ciudad, Estado Nación, etc., el factor Derecho siempre ha estado presente; algunas veces como privilegio de unos, otras como lucha del más fuerte, o bien, como institución de regulación propiamente dicha, en el entendido de sistema normativo. Bien podríamos decir, que es un binomio inseparable dentro de cualquier sociedad.

Sólo a partir del Derecho, el propio Estado encuentra legalidad y legitimación, en tanto se ve formalmente limitado por un ordenamiento jurídico realizado por la propia organización social. Por su parte, el derecho se vuelve el mecanismo conductual de la propia sociedad dentro del Estado, ya sea tratándose de las relaciones entre particulares o las producidas en función de la organización.

Parte indispensable en el entendimiento del concepto “Estado de Derecho”, es la propia necesidad del derecho como sistema jurídico dentro del Estado. Tal necesidad ha sido comprendida, las más de las veces, como una mecánica de control social, una forma de reprimir la conducta desviada de los integrantes del Estado; como lo señalara Hobbes², un sistema jurídico es necesario, puesto que lleva consigo la posibilidad de la coerción respecto a las violaciones a la norma jurídica.

Sin embargo, tal apreciación sólo nos situaría en el entendido de considerar al Derecho como algo no válido, un mero constructo no social, sino estatal, cuya funcionalidad primordial, conlleva el recrear al sujeto social a la sumisión del generador del Derecho, a guisa de obediencia.

¹ Cabe apuntar, que esta división de reglas de la que se habla, es producto del pensamiento filosófico de Herbert Hart, en el que Summers centra su posicionamiento formal en la naturaleza del derecho.

² Cfr. HOBBS, T., *El Leviatán*, Gredos, España, 2015.

Por el contrario, debe entenderse que el derecho como el Estado, es una construcción social, donde una de sus facultades es la coerción, utilizable solamente como última instancia en donde la presencia de conflictos no pueda verse superada con mecanismos diversos a éste. De esta forma, como lo señalara Summers, “la explicación básica del carácter necesario del sistema jurídico es que los ciudadanos y las autoridades necesitan una guía en sus acciones sociales, y que tal guía no puede proporcionarse mediante la actuación de los individuos sobre la base de su propia razón práctica”³.

Consolidar la conjunción de un Estado sobre la necesidad de conducción sobre un sistema jurídico, implica más que una manera de control, una predisposición de conducirse conforme a normas plenamente construidas a partir de una relación contractual. Una necesidad de controlar desde el conjunto social, no sólo el comportamiento social, sino el comportamiento institucional del propio Estado.

Si bien, como se dijo, cualquier tipo de organización social requiere del derecho para regularse, ello no implica que todo Estado *per se* pueda ser reconocido como un Estado de Derecho. No al menos bajo el significado que corresponde a la interpretación del concepto Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Y es que el tratar de definir el significado preciso de tal concepto, no resulta para nada sencillo. Los significados intrínsecos que pueden serle atribuidos son tan difusos como propios del lenguaje sobre el que se desarrolle. Dependerá de la acción que se comunique con el significado de la palabra, como señalara Wittgenstein en cita a San Agustín:

... Every Word has a meaning. This meaning is correlated with the word. It is the object for which the word stand⁴.

En la comprensión del Estado de Derecho sucede exactamente ello, cada palabra que lo compone tiene un significado que dota de sentido al propio concepto. No se trata sólo de decir que es un Estado como organización política en el que existe determinado ordenamiento normativo. El significado estructural del mismo comunica para la teoría política y jurídica un constructo diverso; la idea de un Estado sometido al Derecho. Como señalara Hayek, un Estado cuyo “gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano —normas que hacen posible prever, con bastante certeza, cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos con base en este conocimiento”⁵.

En tal contexto, un Estado sitiado por normas que controlan su ejercicio despótico, que si bien permiten el control de la actividad social por parte de este, de igual forma limita su propia actividad coercitiva, garantizando con ello las libertades de los ciudadanos. Esta sintonía en la que tanto Estado como sociedad, esta última en forma libre, son dirigidas por

³ SUMMERS, R.S. *La naturaleza formal del derecho*, Fontamara, México, 2001, p. 40.

⁴ WITTEGSTEIN, L., *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell Ltd, Great Britain, 1958, p. 2.

⁵ VON HAYEK, F.A., *The Road to Serfdom*, Londres, 1944, p. 54.

la existencia de un cuerpo normativo, implica que el legislador que construya tales aparatos normativos, deberá en todo momento crear y mantener las condiciones óptimas de la dignidad del hombre como individuo efectivamente libre⁶.

Bajo este panorama, el Estado de Derecho no representa una simple forma de organización política, una somera representación de gobierno o una mera teoría proteccionista; representa un ideal político y jurídico, una diversa forma de apreciación y ejecución del derecho del que un sistema jurídico puede carecer o bien poseer en mayor o menor medida. Esta visión del derecho opera en la idea de la efectividad del sistema jurídico dentro de la organización estatal.

Tal efectividad depende de diversas condiciones, desde el tipo de sociedad al que vaya dirigido, las finalidades de la organización, los motores y formas organizacionales que se pretendan instaurar, el tipo de gobierno que se desarrolle, etc. De entre la inmensa gama de condicionantes, coincidiendo con Summers⁷ respecto a su estudio de la naturaleza formal del derecho, la capacidad y voluntad, por parte de las instituciones y de la sociedad, de seguir el Derecho que en conjunto ha sido creado y dispuesto para ser respetado, como la más representativa en atención a que sin ello, el ideal político de Estado de Derecho simplemente no existiría, pues sin dicha voluntad de querer y saber respetar, nada impediría que el derecho fuese más que un medio de control social.

Esta premisa encierra un par de complejidades que es pertinente señalar. En principio de cuentas, se habla de que la idea de un Estado de Derecho, se centra en la libertad de la sociedad de querer estar regida por un sistema jurídico proveniente de un pacto social. En segunda instancia, el derecho aplicable en este sistema, debe ponderar en todo momento, el respeto por parte del Estado, de esas libertades que los individuos depositan en la organización política, por medio de representantes.

Como tercera idea fundamental de este andamiaje, se tiene que el derecho aplicable, debe comprender en todo momento la formalidad de haber sido creado y dado a conocer a la sociedad, en forma clara, precisa y concreta. Tal forma en la generación del derecho, dota no sólo de naturaleza, sino de legitimidad a las instituciones legislativas, que por antonomasia serán las encargadas de crear el derecho. “La validez de las leyes presupone claramente la existencia del legislador como una institución creadora del Derecho con autoridad y legitimidad”⁸.

Como puede observarse, el Estado de Derecho lejos de ser una forma de aplicabilidad normativa, es una de las virtudes ideales que un sistema jurídico debe tener. No debe confundírsele como una forma de gobierno o una arista de la democracia. Tampoco es el estandarte de la justicia o la igualdad, ni mucho menos un sistema de derechos humanos o un producto del constitucionalismo.

⁶ Cfr. RAZ, J., “El Estado de Derecho y su Virtud”, en: CARBONELL, M. y otros (Coordinadores), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Siglo XXI, México, p. 16.

⁷ Cfr. SUMMERS, *op cit.*, p. 38.

⁸ *Ibid.*

Aun cuando en la actualidad este ideal se ve configurado a partir de la democracia⁹, ello no implica que todo Estado de Derecho necesariamente sea democrático, o actúe conforme a esta racionalidad. Como señalara Raz “un sistema jurídico no democrático, basado en la negociación de derechos humanos, en una gran pobreza, en segregación racial, en desigualdad social y en la persecución religiosa puede, en principio, conformarse a los requerimientos del Estado de Derecho mejor que cualquiera de los sistemas jurídicos de las más ilustradas democracias occidentales”¹⁰.

El sistema jurídico expresado a través del eslogan de Estado de Derecho, puede por la propia voluntad y capacidad social, llegar a ser el más antidemocrático de los sistemas jurídicos, el más lesivo de los derechos fundamentales, incluso el más déspota; y ello no significa que sea mejor que las democracias occidentales. Lo que se trata de establecer en este punto, es que un Estado de Derecho, no necesariamente es la antesala de la democracia. Pueden existir sistemas no democráticos y que impliquen la existencia de un Estado de Derecho.

No obstante lo anterior, la concepción sobre la que pretendemos encausar la presente investigación, se cimienta sobre lo que podríamos llamar, la evolución de aquella locución alemana del *Rechtsstaat*¹¹. Es decir, sobre el concepto nacido a partir de la voz italiana *stato di diritto*, o como lo llamaron los ingleses *rule of law*, conformaciones teóricas que representan un significado de Estado de Derecho en sentido fuerte, en operatividad constitucionalmente rígida¹².

Esta percepción del “Estado de Derecho” comienza a ser utilizado por la doctrina alemana en el siglo XIX¹³, representando una específica relación entre Estado y Derecho. Una concatenación que circunda tanto limitaciones del actuar administrativo, jurídico y político de las instituciones estatales, como una concreta salvaguarda de derechos y libertades de la sociedad.

⁹ Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Debe precisarse, que si bien el Estado de Derecho no es propio de una configuración democrática, sólo a través de ésta encuentra racionalización el poder. Mayor aún, debiese expresarse, que un Estado de Derecho encuentra su límite concreto a partir del constitucionalismo y, a la vez, encuentra su racionalización mediante la democracia. Un Estado de Derecho que no sea democrático, no encontrará límites al ejercicio del poder. Como lo señalara el Maestro Pedro de Vega, “El único régimen éticamente defendible, políticamente coherente y científicamente explicable, es el régimen democrático”.

¹⁰ RAZ, J., *op cit.*, p. 16.

¹¹ Institución nacida en contraposición a las construcciones del *Machtstaat* (Estado bajo el régimen de la fuerza) y del *Polizeistaat* (Estado bajo el régimen de policía), propias de los despotismos ilustrados del siglo XVIII. Forma, que implica considerar cierta limitación del propio derecho, a partir no sólo del mismo derecho, sino de instituciones como la democracia, como el constitucionalismo. Cfr. ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Edit. Trotta, Madrid, 2007.

A decir de Ferrajoli, el significado de esta palabra alemana, implica un Estado de Derecho en sentido débil. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del Derecho*, Edit Trotta, España, 2011, p. 539, Nota 1.

¹² Para mayor abundamiento en la distinción de estas dos posturas teóricas de Estado de Derecho véase: FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Edit. Trotta, España, 2009.

¹³ HARO REYES, D.J., “Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia”, en: DÍAZ MÜLLER, L.T., *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*, UNAM-IIIJ, México, 2010, p. 118.

La doctrina alemana llega a fundar el Estado sobre la “legalidad administrativa”, sobre los “derechos públicos subjetivos”, sobre la “justicia en la administración”; en otros términos, subordina el poder administrativo al presupuesto de la atribución mediante la ley, justifica (a través de complejos “dispositivos” teóricos) la subsistencia de derechos de los ciudadanos frente al Estado, predispone medios jurisdiccionales para su tutela¹⁴.

En tal panorama, el principio de legalidad es contemplado como uno de los pilares fundamentales para el control del derecho. En otras palabras, en este *imperio de ley*, el derecho se ve limitado por el Estado de Derecho, a partir de principios coartadores, dentro de los cuales, el de legalidad tanto en su aspecto formal como sustancial, llega a ser el de visualización cardinal.

De esta forma, el Estado de Derecho mediante el uso de la legalidad formal y sustancial, como acertadamente señalara Zagrebelsky, alude a la ejecución de un valor de direccionamiento en el desarrollo del Estado. “El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quinta esencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*”¹⁵.

No cabe duda que es la legalidad, cual principio fundamentador del Estado de Derecho, entendido como Estado Constitucional y Democrático de Derecho,¹⁶ lo que ha permitido dar validez y vigencia al sistema jurídico. Un Estado de Derecho, no sólo como una premisa que dota de presunta legalidad a la actuación administrativa del Estado, sino como una garantía que permite la certeza jurídica a la sociedad, tanto del comportamiento de las instituciones, como de la propia sociedad. Un parámetro sobre el cual pueden precisarse las funciones y fines que la organización estatal debe llevar a cabo, en la construcción de sociedad pretendida por el *demos*. Como señalara Zagrebelsky:

... el Estado *liberal* de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado. En esta nueva forma de Estado característica del siglo XIX lo que destacaba en primer plano era «la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad». La sociedad, con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzaba a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho. Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos¹⁷.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Cfr. ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Edit. Trotta, Madrid, 2007, pp. 21-45. Artículo disponible en: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2013/03/19/del-estado-de-derecho-al-estado-constitucional-articulo-gustavo-zagrebelsky-italia/>.

¹⁶ El sentido general del Estado *liberal* de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley. Éste es el núcleo central de una importante concepción del derecho preñada de consecuencias. *Ibidem*, p. 3.

¹⁷ *Ibidem*, p. 2.

En este sentido, el principio de legalidad se vuelve el eje condicionante de la autoridad del Estado, respecto a las libertades de la sociedad. Condición que implica una libertad autoritaria del Estado, limitada por el respeto a los derechos fundamentales de la sociedad; tal actuación se concreta a hacer únicamente lo que por ley está permitido, es decir, por las disposiciones constitucionalmente establecidas.

La legalidad, junto a la separación de poderes, simboliza ante todo la subordinación a la ley de la acción administrativa (en sentido formal: atribución legislativa del poder, y material: eventual limitación “interna” de los modos y medios de ejercicio), y símbolo de la persecución, subordinada a cualquier otro, del interés general, por lo demás constitutivamente prefigurado y determinado por la ley¹⁸.

En esencia, la idea del Estado de Derecho, respecto al pensamiento de Otto Mayer, comprende las siguientes directrices:

- i. La supremacía de la ley sobre la administración.
- ii. La subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos.
- iii. La presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado¹⁹.

Un sistema jurídico, cimentado sobre la base de un principio de legalidad que limita de tal forma el actuar de la organización estatal, ponderando la protección de las libertades de la sociedad, dota de contenido al propio Estado Constitucional de Derecho. La función y los fines del Estado, así como la naturaleza de la ley, quedan comprendidos en garantías de certeza jurídica de los gobernados.

Por antonomasia, la producción normativa que regirá la vida social e institucional de la sociedad, queda entendida como corolario de la fundamentación constitucional de carácter legal. Es decir, a la par que el constitucionalismo fecunda y da a luz al principio de legalidad operante dentro del Estado de Derecho, la producción legislativa secundaria, lleva la encomienda de regirse sobre el propio mandato contemplado en la Constitución, producto de la voluntad de la sociedad.

En todas las manifestaciones del Estado de Derecho, la ley se configuraba como la expresión de la centralización del poder político, con independencia de los modos en que ésta se hubiese determinado históricamente y del órgano, o conjunto de órganos, en que se hubiese realizado. La eminente «fuerza» de la ley (*force de la loi - Herrschaft des Gesetzes*) se vinculaba así a un poder legislativo capaz de decisión soberana en nombre de una función ordenadora general²⁰.

¹⁸ HARO REYES, D.J., *op. cit.*, p. 118.

¹⁹ ZAGREBELSKY, G., *op. cit.*, p. 3.

²⁰ *Ibid.*

No obstante lo anterior, es pertinente detenernos a realizar un par de anotaciones con respecto del principio de legalidad, específicamente con relación a la naturaleza de la ley. Si bien, como ya se adelantaba, es éste el bastión que adelanta la idea política de Estado Constitucional y Democrático de Derecho, no implica una configuración únicamente formal, ni una valoración totalizadora del mismo. Para analizar este punto, proponemos abordar dos temas en concreto: por un lado, la razón formal a partir de la construcción dada por Summers; y, en segundo punto, la estructura sustancial de tal principio desde el pensamiento de Ferrajoli.

III. SUMMERS Y LA FORMA EN EL DERECHO. UNA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DESDE EL PENSAMIENTO DE HART

El desarrollo teórico realizado por Robert Summers dentro de la forma en el derecho, sin duda corre de la mano del pensamiento filosófico del derecho en Herbert Hart,²¹ que mejor dicho epistémico del derecho. Una conformación formalista del fenómeno normativo, centrado específicamente en el tema de la naturaleza de tal ordenamiento normativo. Ello ha significado el centro más álgido para determinar su validez. Ante la pregunta ¿cuál es la naturaleza del Derecho? Summers limita el campo de acción al entendimiento de sujetar el concepto de derecho, al de sistema jurídico.

Esta postura, que sigue los pasos del profesor Hart, está construida primeramente, a partir de una filosofía normativista²², puesto que para él, el derecho es un dato positivo y está formado por un conjunto de normas. Igualmente es positivista²³, puesto que la definición del derecho que ofrece, se aleja de cuestiones valorativas como la justicia, situando su concepción, como un dato positivo, concretamente como un sistema jurídico independiente a un contenido ético.

Por último, es analítica en el sentido que reduce el derecho a la contemplación de normas y/o reglas de conducta y su contenido lo hace depender del análisis de estructura en cuanto a la formalidad que deben revestir las normas y el derecho, en específico el sistema jurídico. El fin último de su obra, se centra en establecer, como se verá *infra*, las reglas y condiciones de éstas en el uso del sistema de normas.

A decir de Fuertes-Planas Aleix, lo que le interesa a Hart, “es aclarar el sentido del lenguaje jurídico, un sentido que para él, como para el segundo Wittgenstein, está determinado por el uso que se hace de él, por el contexto de acción y por la intención de los

²¹ HART, H.L.A., *El concepto del Derecho*, Trad. Genaro R. Carrió, 2ª ed., Edit. Nacional, México, 1980. Del original: *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

²² VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Edit. Universidad Complutense de Madrid, España, 1997, p. 61: “Las teorías de Kelsen y de Hart tienen en común la reducción de los elementos del sistema jurídico a reglas o normas”.

²³ CARRIÓ, G.R., *Dworkin y el positivismo jurídico*, Edit. UNAM-IIF, México 1981. En forma genérica, el autor señala a Hart como positivista en sentido metodológico de su teoría.

que usan ese lenguaje en la vida social. El punto de vista de Hart es el de la práctica jurídica, a la que quiere dotar de una culminación teórica”²⁴.

Bajo este panorama, sostiene Hart que para entender la naturaleza de un sistema jurídico, la clave reside en verlo como “la unión de reglas primarias y reglas secundarias”²⁵, conformadoras del propio sistema jurídico en su conjunto. De la unión de ellas, depende la estructura del propio derecho, no sólo para que sea vigente, sino para que pueda gozar de legitimidad en su aplicación y de ello, pueda hablarse de validez del propio sistema jurídico.

Menciona al efecto, que las reglas primarias son normas de obligación que imponen deberes a los ciudadanos, que llevan por objeto, incidir en los ciudadanos para que se abstengan dentro de sus libertades, de causar daño a terceros²⁶. Ya se trate de obligaciones civiles, penales o de cualquier espacio en el que tengan libertad de actuación.

Por su parte, las reglas secundarias, resultan ser normas que especifican los criterios de validez de las reglas primarias, ya que unifican y se auto-unifican, en el afán de conformar un mismo sistema jurídico²⁷. Estas reglas secundarias, atendiendo a diversos espectros de limitación de las reglas primarias, se dividen a su vez en una tipología tripartita:

- i. Normas que especifican los criterios de validez de las reglas primarias.
- ii. Reglas de especificación formal, que determinan sobre quiénes y mediante qué procedimientos, pueden cambiar las normas y las relaciones normativas.
- iii. Reglas de adjudicación que fijan cuándo se ha incumplido un deber constreñido en una regla primaria²⁸.

Si bien, puede darse la oportunidad de un sistema jurídico que sólo contuviese reglas primarias, el mismo sería deficiente, estático e imperfecto respecto a la forma en que las disputas habrían de ser solucionadas, puesto que no se podría establecer qué deberes primarios son válidos o cuándo se han incumplido.

Estas tres dificultades que traería consigo un sistema que únicamente concentrara reglas primarias, desnaturalizaría su propia eficacia y eficiencia. Es pues, esta unificación de reglas primarias y secundarias, lo que valida el ejercicio normativo dentro del Estado de Derecho. En términos de Hart, tal unificación vuelve estas reglas en unidades fundamentales de un sistema jurídico²⁹.

En un primer momento, podríamos aceptar plenamente esta construcción del sistema jurídico, sobre la base de reglas primarias que impliquen los límites de las

²⁴ FUERTES-PLANAS ALEIX, C., “Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart”, en: Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 8. 2007 (131-186), p. 142.

²⁵ SUMMERS, *op. cit.*, p. 41.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibidem*, pp. 41-42.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibidem*, p. 42.

libertades y aquellas, por así decirlo, de corte procedimental que marquen la mecánica en la que han de operar. Con ello, podría hablarse incluso, de una postura netamente formal de la validación del derecho.

No obstante ello, como bien lo manifiesta Summers, un sistema jurídico no puede validarse únicamente con esta ponderación de la unificación de reglas, pues en la realidad del derecho, existen diversos elementos que condicionan la operatividad propia de estas normas (primarias y secundarias).

Incluso debe admitirse, que aquellas normas no son irreductiblemente fundamentales, sino por el contrario, se da la existencia de medios no-preceptivos³⁰ en la generación del Derecho, que pueden estudiarse en forma particular. Ejemplo de estas formas particularizadas de derecho son los principios del derecho, sus máximas, los contratos, etc.

Las reglas no son los únicos elementos preceptivos que pueden encontrarse en el Derecho. Otros componentes como los principios, las máximas o las órdenes tienen también elementos formales y contenidos propios. Además, el Derecho preceptivo no es el único que gobierna las relaciones humanas; de hecho, en una sociedad liberal, hay derechos y deberes provenientes de Derecho no-preceptivo, como los contratos, que Derecho preceptivo, incluyendo las reglas. Los contratos válidos no pueden reducirse a reglas; no son preceptivos en absoluto, sin embargo, es Derecho³¹.

De igual forma, la propia naturaleza del derecho va más allá de la unificación de estas reglas. El sistema jurídico, es también, un sistema de instituciones, igualmente unificadas, interrelacionadas y coordinadas. También es la percepción de estos medios no-preceptivos del derecho. En la unión de estas instituciones, con la producción formal de las reglas primarias y secundarias, y los mecanismos no-preceptivos del derecho, puede decirse se origina la naturaleza del sistema jurídico. Una totalidad de elementos concatenados como productores formales y racionales del derecho.

Bien puede concluirse que, la naturaleza del derecho resulta netamente formal. Sin embargo, tal formalidad, no representa en sí un óbice de valores, ya que la formalidad de éste, no implica solo su estructura formal. Señala Summers al respecto, que la creación del Derecho presupone la existencia de instituciones creadoras de éste e igualmente presupone la existencia de criterios para la identificación de mismo.

Como ya señalábamos, al igual que existen instituciones creadoras del derecho, por antonomasia legisladores, igualmente existen instituciones cuya funcionalidad radica en la interpretación de las disposiciones normativas, tales como los órganos judiciales. Ante

³⁰ Pertinente es señalar, que dentro del complejo sistema jurídico, existen instituciones constitutivas de derecho tanto preceptivas como no-preceptivas. La explicación que Summers da a ello, radica en que se nombrará preceptivo, propiamente a las normas producto de un sistema legislativo, aquellas normas de conducta dictadas por un órgano legislativo. Por su parte, las reglas no-preceptivas, son aquellas que aun cuando no son producto de un proceso legislativo, dan contenido a reglas y decisiones entre partes de la sociedad, como pueden ser los contratos, los mandatos, etc. Al efecto, véase: SUMMERS, *op. cit.*

³¹ *Ibidem*, p. 43.

ello, resulta inminente la existencia de una carga valorativa en la creación y aplicación del derecho.

Hablamos de creación del derecho, puesto que una de las funciones de los órganos judiciales, es precisamente la de conformar el aparato interpretativo de las disposiciones normativas realizadas formalmente por los legisladores. Tal facultad, al menos dentro de organizaciones políticas constitucionales, se ha visto ampliada al grado de conceder a estos “defensores de la legalidad” desde la practicidad en la ejecución de la ley, atribuciones de lo que se ha entendido como interpretación evolutiva de la constitución³².

Y es precisamente, esta función de control judicial de la actuación de los gobernantes, lo que flanquea la mera formalidad estructural del derecho. En este contexto, bien podría estarse de acuerdo con lo señalado por Summers, respecto a que la propia formalidad del derecho implica una carga valorativa; es decir, una probabilidad de validación de las normas, a partir de criterios axiológicos.

Una laguna axiológica es la ausencia de una norma *justa* o correcta. Más precisamente: en un conjunto de normas existe una laguna axiológica cuando una clase de supuestos *está*, nótese, *regulada* por una norma, pero el intérprete considera que la regulación existente es *insatisfactoria*³³.

Según Hart, el hecho que el derecho sea un dato positivo alejado de determinados valores y de conceptos como el de justicia, no implica que éste y la moral estén completamente desasociados. Contrario a ello, si bien para Hart el derecho es una cosa y la moral otra muy distinta, no teniendo conexiones necesarias entre ellos, ya que “no puede hacerse depender la validez del Derecho del valor de determinadas normas o principios morales, aunque reconoce que esta separación entre lo que es y lo que debería ser, válida en el ámbito de las normas particulares, no debería serlo en el ámbito del ordenamiento jurídico en su conjunto”³⁴, en su posterior obra *Problems of the Philosophy Law (1969)*, no sólo reconoce la existencia de algunas conexiones entre derecho y moral, sino que igualmente reconoce que tales conexiones no son contingentes³⁵.

En palabras del multicitado autor, todo sistema jurídico posee siempre “una moral interna”³⁶, misma que se corresponde con aquella unificación de reglas primarias y secundarias sobre las que se ha de desarrollar la conducta de la sociedad, siempre que las

³² Término utilizado por RISSO FERRAND, en el afán de distinguir entre interpretación constitucional y mutación de la constitución en: RISSO FERRAND, M., “Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución. Dos casos uruguayos”, en: *Estudios constitucionales*, vol. 15, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2017, pp. 217-253.

³³ ALCHOURRON, C.E. y BULYGIN, E., *Normative Systems*, Wien/New York, 1971. Cita en: GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 2ª ed., Edit. Trotta, España, 2010, p. 92.

³⁴ Cfr. FUERTES-PLANAS ALEIX, C., “Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart”, en: *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 8. 2007 (131-186), p. 133.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ HART, *op. cit.*, p. 255.

mismas se hagan conocer públicamente en forma clara, introduciendo de la mano de las interpretaciones judiciales, cierto grado de valoración hacia la justicia³⁷.

El Derecho de todo Estado moderno muestra constantemente la influencia, tanto de la moral social aceptada, como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran a través de la legislación y también, aunque de modo más pausado, a través del proceso judicial. Pero no es necesario que sea así y, de hecho, han existido y continúan existiendo sistemas jurídicos que han perdurado durante mucho tiempo aun transgrediendo valores morales importantes³⁸.

No sólo la eficacia, sino la validez del derecho y del sistema jurídico, dependen de las formas apropiadas de su construcción. Para que el derecho sea susceptible de ser seguido por los ciudadanos se requiere de una forma apropiada en sus distintas clases, ya sea compositiva, autorizacional, estructural, procedimental, metodológica o acomodacional³⁹.

IV. VALIDEZ Y VIGENCIA EN FERRAJOLI

En contrasentido por lo dispuesto en el formalismo rígido de Hart, en cuanto a su percepción del derecho y del sistema jurídico en su totalidad, Ferrajoli analiza el alcance sustantivo que el principio de legalidad habría de considerar dentro de un Estado Constitucional de Derecho; alejándose claramente, de una postura puramente formalista de tal principio, propio de un Estado Legislativo.

Para comprender el papel fundamental del principio de legalidad dentro de un constitucionalismo rígido, este autor pone en consideración dos dimensiones sobre las que las normas deben ser creadas. Es decir, los contenidos y formas que la ley ha de tener, para poder ser considerada como justa dentro de una sociedad. Esta doble relación y/o diferencia entre forma y contenido del derecho, entre *vigencia* y *validez*, sin duda llega a postrarse como el tópico de mayor dificultad comprensiva en la teoría del derecho moderno.

Comprender que en la naturaleza y generación del derecho no basta la simple formalidad sobre la creación de las normas jurídicas, sino que tal labor debe verse impregnada de un sentido de voluntariedad social con respeto a derechos fundamentales, como principios supremos del concepto de soberanía, implica a decir de Ferrajoli, la mayor confusión entre los teóricos del derecho.

³⁷ Es la perspectiva de la seguridad jurídica en relación con el Derecho, considerado desde el punto de vista interno o seguridad frente a arbitrariedad, y que significa la existencia de diversos mecanismos y técnicas como principios de organización, de interpretación o derechos que operan en el Ordenamiento para asegurar su creación, interpretación y aplicación. Son normas sobre el nacimiento o derogación de otras, normas de producción positiva o negativa o que garantizan una interpretación previsible que aumente o disminuya la inseguridad de una interpretación judicial discrecional o que garantizan la eficacia de derechos o protegen situaciones e intereses de las relaciones entre particulares. FUERTES-PLANAS ALEIX, *op. cit.*, p. 134.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Para mayor información sobre los tipos de formalidad operantes en un sistema jurídico, Véase: SUMMERS, R.S., *op. cit.*

El problema de la vigencia y la validez de la norma, estriba directamente en los estatus de conformidad y coherencia de la norma. Por un lado, éstas requieren para su plena vigencia, generarse de conformidad a la formalidad establecida por mandato constitucional; y por el otro, revestir una total coherencia con al menos uno de los significados sobre los cuales se quiso enunciar la propia norma.

Respecto a este punto, Ferrajoli señala que ha sido un efecto continuo en la teoría del derecho, que estas dos dimensiones sean confundidas sobre la figura única de la validez, concebida genéricamente como existencia, haciendo depender de ello la naturaleza del sistema jurídico, enfocando dentro de éste, tanto a los actos normativos y, con mayor ahínco, a los actos preceptivos. Incluso, en atención a lo señalado *supra*, igualmente sería aplicable a los actos no-preceptivos del derecho⁴⁰.

En forma genérica, la crítica realizada por Ferrajoli, va encaminada a enfatizar la constante equivocación del positivismo jurídico observable en la teoría del derecho, en la cual se confunde el concepto de validez sobre la idea de la existencia de la norma jurídica en sentido formal. Es decir, para el positivismo jurídico, una norma es válida, siempre que ésta comprenda las normas sobre su producción. En contrasentido, una norma será nula al momento de su derogación. Visualización completamente positivista que atiende única y exclusivamente a la formalidad que debe revestir la norma dentro de un Estado de Derecho⁴¹.

Precisamente, como ya lo hemos señalado, Hart considera que la validez del sistema jurídico depende concretamente de la formalidad en la naturaleza del derecho, siguiendo claramente, una postura rotundamente positivista, entendiendo que la validez implica la existencia de la norma. Aunque a decir de lo desarrollado en el punto precedente, podemos ver que incluso el propio profesor Hart admite cierta relación entre el derecho y la moral, en atención a los límites de la competencia normativa con la cualidad de erigirse mediante una moral social a la que se debe atender en la generación del derecho, sobre el estandarte de justicia.

Acaso podría decirse que, en este afán por vindicar la diferencia entre validez y vigencia del derecho, cabría una somera interpretación a lo señalado por Summers, siguiendo el pensamiento filosófico de Hart, respecto a la unificación necesaria de los dos tipos de reglas —primarias y secundarias—, donde las señaladas con carácter de adjudicación, precisan ser normas que fijan los criterios para la identificación del derecho; un mediano acercamiento a la idea de validez sustentada por Ferrajoli, se aprecia en las siguientes líneas:

Cuando digo que el Derecho es formal podría ocurrir que alguien, con un pensamiento orientado hacia la dimensión sustancial del derecho pensara que lo que quiero

⁴⁰ Cfr. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del Derecho*, Edit. Trotta, España, 2011, p. 498.

⁴¹ Esta práctica de legalidad, es observable dentro del Estado de Derecho legislativo, en el que el principio de legalidad es rotundamente formalista. Lo indispensable en la producción normativa son las reglas de formalidad en la creación de la ley y no su contenido.

decir es que el Derecho es valorativamente neutral o que está libre de valores. Pero yo no quiero decir eso; no sostengo que el Derecho sea valorativamente neutro o que esté libre de elementos valorativos. Por el contrario, enfatizaré el hecho de que el Derecho está cargado de valores. Es más, cuando digo que un fenómeno jurídico es formal, no afirmo que pueda serlo sólo en un único sentido como, por ejemplo, estructuralmente formal. [...] un fenómeno jurídico puede, a un tiempo, ser formal en varios de los sentidos o significados del término “formal”. Puede ser formal en el sentido estructural, procedimental, metodológico, etc.

Muy a menudo la palabra “formal” se utiliza para expresar la negación de, o el contraste con, algún opuesto del término como, por ejemplo, “material”, “del contenido”, o “de la sustancia”. Sin embargo, cuando utilizo el término “formal” en relación con un fenómeno jurídico *también* quiero referirme a algo más. [...] normalmente también me refiero, al menos, a algún sentido general *afirmativo* del término “formal”. Así, por ejemplo, normalmente quiero decir algo *más* que simplemente “no perteneciente a la materia, al contenido o a la sustancia”. Y también me refiero de manera afirmativa a “la relación entre las partes dentro de un todo”⁴².

Teniendo como base la percepción de que el derecho no es neutral, ni implica que esté libre de elementos valorativos, Summers compagina la idea ferrajoliana de una validez sustancial del sistema jurídico, sin embargo, lo hace desde una postura formalista. Para éste, el lenguaje que simboliza la formalidad no puede observarse como simple estructura, sino en atención al contexto de la totalidad de los factores intervinientes. En otras palabras, puede aseverarse que con tales argumentaciones, el autor en cita pretende significar que el fondo también es forma. En una valoración sustancial que deba plasmarse en la ley, debe tener operatividad la propia forma.

Y no es que ello sea erróneo, simplemente se trata de una validez formal, en cuanto hace al principio de legalidad (formal), posiblemente inobservando en la construcción teórica, la existencia precisa de una validez sustancial, correlacionada en forma directa con la voluntad y respeto a derechos fundamentales, si apreciable en la teoría garantista del derecho.

Podrá quedar en duda el debate si la forma es fondo, es decir, si la formalidad puede implicar sustancialidad, más no es el punto a dilucidar en el presente escrito. Con todo y lo hasta aquí pronunciado, ciertamente la diferencia entre las dos dimensiones propuestas no queda aún esclarecida.

En términos de Ferrajoli, la *vigencia* de una norma depende esencialmente de la formalidad con la que ésta deba ser construida. Involucra la existencia de los actos formales producida por la conformidad de al menos alguna de sus formas con alguna de las normas formales.⁴³ Por su parte, la *validez* de una norma y, por tanto, de un sistema jurídico en su totalidad, implica la regularidad de los actos producida por la conformidad de todas sus

⁴² SUMMERS, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁴³ FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 499.

formas con las normas formales y de al menos uno de sus significados con todas las normas sustantivas sobre su producción⁴⁴.

De las anteriores definiciones puede señalarse que la vigencia no implica mayor problemática, que la nacida a partir de su comprensión como existencia de la norma, atendiendo a los parámetros de formalidad establecidos en la Constitución. Es decir, acatar las especificaciones referentes al procedimiento de creación formal de la norma.

A mayor dificultad se ciñe la comprensión de la validez de la norma. Dos características sobre ésta habrían de destacarse; 1) Existe una validez formal, que se corresponde en forma inmediata con la formalidad de la vigencia normativa; y, 2) Existe una validez sustancial, correspondida en forma directa con la voluntad social y el respeto a los derechos fundamentales.

Esta segunda valoración de la validez conforme a la sustancialidad de las decisiones, de cierta forma enaltece el iusnaturalismo como corriente teórica del derecho, en una revancha en contra del positivismo jurídico⁴⁵, que nunca mejor dicho formalismo jurídico. El constitucionalismo jurídico (neo-constitucionalismo jurídico), al momento de sujetar la validez de las normas a la *sustancia*, es decir, al contenido, a la coherencia, con independencia (nunca total) de la forma de las decisiones, funda la validez del sistema jurídico en principios constitucionales como criterios de justicia y no simplemente como criterios de existencia y validez formal. A partir del constitucionalismo jurídico, se vuelve a aquella racionalidad del iusnaturalismo, deteriorada y mancillada por el formalismo jurídico⁴⁶.

La noción de validez concentrada en las dos percepciones, conlleva efectos que aunque diversos, necesarios para la conformación de la misma. La *validez formal*, implica que para que un acto formal sea válido, éste debe reunir *todas las formas* previamente establecidas por las normas formales que lo prevén. En cuanto a la *validez sustancial*, específicamente de las decisiones, éstas deben contener mínimamente *un significado* coherente con *todas las normas sustantivas* sobre su producción⁴⁷.

Sintetizando la idea, cabe pensar que todo acto y/o norma válida (en la conformación del sistema jurídico), debe forzosamente estar vigente; pero no todo acto y/o norma vigente, necesariamente es válida. Incluso, puede hablarse que los actos y/o normas vigentes, puedan ser válidos formalmente, pero no sustancialmente.

La validez de la norma depende invariablemente de una conjunción entre conformidad y coherencia. Conformidad respecto a la estructuración formal de la misma y coherencia con los diversos significados sustantivos; es la valoración de los significados, lo

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Formalismo jurídico en su precepción más simple, entendida sólo como formalismo jurídico, no así en su apreciación más acabada. Véase al respecto: FERRAJOLI, L., *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Edit. Fontamara, México, 2015.

⁴⁶ Cfr. FERRAJOLI, L., *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Edit. Fontamara, México, 2015, pp. 265-266.

⁴⁷ Cfr. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris ...*, *op. cit.*, p. 500.

que dota de esencia a la validez sustancial. En tal contexto, es la coherencia sustantiva, lo que conforma la diferencia plena entre *validez* y *vigencia*.

Los efectos *contrario sensu* a esta premisa, se traducen en que la falta de validez conforma la prohibición de la norma; mientras que la falta de vigencia, conlleva a la inexistencia de la norma. Teniendo en cuenta estas consideraciones, como acertadamente lo concluye Ferrajoli, de la validez de la norma se derivan cuatro importantes consecuencias:

- i. La validez supone siempre la vigencia de la norma.
- ii. La vigencia consiste siempre en la conformidad de las normas formales sobre la producción necesario y suficiente para que pueda hablarse de forma.
- iii. Puede darse el caso que haya actos inválidos vigentes, como, por ejemplo, los actos formales conforme con algunas, pero no con todas las normas formales y, de otro, las decisiones cuyo significado contraste incluso sólo con alguna de las normas sustantivas sobre su producción.
- iv. La validez de un acto formal está asegurada por la observancia de todas las normas, formales y sustantivas, sobre su producción⁴⁸.

Debe hacerse notar un punto esencial aquí. Como adelantábamos, toda norma válida, esencialmente debe ser vigente, pero no toda norma vigente, es necesariamente válida. Puede darse el caso que una norma vigente haya superado apenas algunos de los procedimientos estructurales mandados por las normas formales y aún con ello ser plenamente vigentes. De igual forma, puede ser que tal norma goce de plena validez sustancial, al estar apegada en forma contundente al respeto irrestricto de derechos fundamentales en el ejercicio de la voluntad soberana, con lo que diríamos que tal norma es constitucionalmente válida en cuanto a su contenido.

No obstante lo anterior, tendríamos que decir que esa norma no resulta plenamente válida, pues a la vez que es vigente, la misma carece de la completa formalidad exigida por la validez formal. Es decir, habrá podido abarcar la coherencia sustantiva en su contenido, pero no habría podido erigirse de conformidad con las normas formales para su producción.

La diferencia entre vigencia y validez formal, es de tipo cuantitativo, puesto que ambas se desarrollan sobre la idea de la formalidad estructural, salvo con un distinto grado de observancia de las normas formales requerido en cada caso. Ambas hacen referencia a las formas de los actos formales, sin embargo, la primera (vigencia) designa sólo un mínimo de conformidad con dichas normas formales; mientras que la segunda (validez formal), comprende una conformidad con la totalidad de las formas predisuestas en las normas formales.

Este aspecto formal de la validez, revira en una vuelta ius-constitucional, al positivismo jurídico. No al simple formalismo jurídico, sino a una versión acabada del positivismo, una cara rígida de la normatividad basada en la mirada de un principio de legalidad propio de un Estado Constitucional de Derecho, que marca la pauta para la producción tanto formal como sustancial del sistema jurídico.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 501.

Un complejo sistema en el que “el derecho positivo disciplina positivamente, tanto las condiciones formales de existencia de las normas, que dependen de la correspondencia empírica entre su *forma* y las *normas formales* de producción normativa, como las condiciones sustanciales de su validez, que dependen de la coherencia lógica de los *significados* normativos y, por lo tanto, de su contenido, con *normas sustantivas* a las que se encuentran subordinadas”⁴⁹.

El punto principal que envuelve la idea jurídico-política de Estado Constitucional de Derecho, se concentra en el paradigma de la *vigencia* y la *validez* del sistema jurídico. Un mecanismo de valoración de la lengua y el lenguaje, en la formación sintáctica de la norma. Mientras que la vigencia y la validez formal son una cuestión de *lengua*, la validez sustancial es una cuestión de *lenguaje*⁵⁰.

V. ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIONALISMO

Hasta este punto, hemos tratado de confrontar dos de las posturas más recurridas para concebir la naturaleza del Estado de Derecho. Por un lado, la percepción formalmente positivista encarnada en el pensamiento de Hart, para quien la formalidad de la ley contempla tanto el aspecto estructural, como la validación de éste, haciendo para tal efecto, una distinción entre normas primarias y normas secundarias. Las primeras basadas a las libertades y derechos de la sociedad y las secundarias, encaminadas a formar el camino sobre el cual habrán de ser expresadas las primarias.

Por otro lado, y encaminado más a la conjunción de los dos conceptos que intitulan el presente apartado, la concepción que de la naturaleza del derecho comprende el pensamiento de Ferrajoli; convalidando la idea de producción de la norma y los actos jurídicos, a decir de dos dimensiones estructuralmente necesarias; por una parte, la idea de la existencia de la norma, de la mano de la formalidad, y por otra, la configuración de la norma respecto de su contexto, de la sustancia que debe contemplar para que pueda ser válida como sistema jurídico operante en sociedad.

De las dos posturas comentadas, podemos dar cuenta de al menos una cosa: En un Estado de Derecho pueden existir normas que carezcan parcialmente de vigencia, respecto a no haber cubierto la totalidad de sus formas; igualmente pueden existir normas que sean sustancialmente inválidas pero vigentes y, en consecuencia, presuntamente funcionales. Sin

⁴⁹ FERRAJOLI, L., *Epistemología Jurídica ...*, op. cit., p. 266.

⁵⁰ Las dos primeras categorías hacen referencia a la forma de los signos admitidos como jurídicamente relevantes, que es tanto como decir a los requisitos extrínsecos para que estén bien formados o por lo menos sean inteligibles como pertenecientes a la lengua jurídica por ser en todo o en parte conformes con las reglas sobre su formación. La tercera hace referencia, en cambio, sólo a los significados prescriptivos de esos signos que son las decisiones, es decir, a las situaciones p las normas expresadas y decididas por ellas como sus efectos, de las que indica su coherencia con las normas sustantivas por las que están vinculadas. Aquí, Ferrajoli al señalar “las dos primeras categorías”, se refiere a la vigencia y a la validez formal. Por su parte, al señalar “la tercera”, hace alarde a la validez en sentido sustancial. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris ...*, op. cit., p. 505.

embargo, el sistema jurídico que las comprenda, nunca podrá decirse compaginable con el significado de un Estado de Derecho en sentido fuerte.

La teoría garantista del derecho encabezada por Ferrajoli, establece una suerte de nuevo constitucionalismo amparado sobre el estandarte de un positivismo jurídico extremo, en el que se posiciona la imagen de un principio de legalidad, tanto formal como sustancial, cuya principal encomienda es la generación de un sistema jurídico compacto, en el que tanto forma y sustancia, estructura y contexto, signo y significado deben estar completamente compaginados.

Esta labor legalista, sólo puede lograrse, señala Ferrajoli, a través de la constitucionalización de los principios rectores del Estado de Derecho y la democratización tanto de las sociedades como de los sistemas jurídicos. De ello que, soberanía, separación de poderes, respeto a derechos fundamentales, son apenas los principales pilares protegidos por el principio de legalidad.

Bien puede decirse que, a partir de las prácticas democráticas se encarna la razón del sistema jurídico en un Estado Constitucional de derecho. La validez sustancial se corresponde en forma inmediata con la democracia como valor fundamental, al menos en las sociedades occidentales modernas. En la unión de esta presunta antinomia entre derecho y democracia, podemos reconocer la racionalidad tanto del derecho como de la propia democracia.

En efecto, a la par que el derecho limita los excesos que la democracia pueda tener, la democracia racionaliza el ejercicio del derecho, convalidando la idea de la sustancialidad de las normas en efecto de protección de libertades y derechos fundamentales. El derecho se ve sometido al propio derecho, no sólo en cuanto a su formalidad, sino también respecto a los contenidos producidos⁵¹. Tal amalgamamiento, sólo puede ser observable a partir de la instauración del constitucionalismo. Un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, como acertadamente señalara Diego Valadés, es el constitucionalismo moderno llevado de la mano de la democracia, la garantía jurídica del Estado de Derecho⁵².

De esta forma, en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, es la Constitución quien limita al derecho y éste a su vez se racionaliza a partir de la democracia. Una constitución democrática, representa la convención tanto de las formas políticas representativas de las decisiones legislativas, como de las decisiones indecibles por éstas⁵³, es decir, tanto las decisiones legislativas, como los actos formales, “son regulados por específicas normas deónticas sobre la producción que vinculan sus formas y significados y que equivalen a otras tantas reglas del lenguaje y de la comunicación jurídica”⁵⁴.

⁵¹ Cfr. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris ...*, op. cit., p. 805.

⁵² Cfr. VALADÉS, D., “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, México, enero-abril de 2002. p. 67.

⁵³ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris ...*, op. cit., p. 803.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 801.

En un Estado de Derecho con esta naturaleza, caben diversas interpretaciones. Como lo señalara Riccardo Guastini, en un Estado de Derecho se asegura tanto una protección irrestricta a las libertades de los ciudadanos, como un control sobre el poder político institucional, ambas garantías jurídicas sobre la cimentación del principio de legalidad formal y sustancial.

En primer sentido el Estado de derecho es aquel en el que están garantizados los derechos de libertad de los ciudadanos, en un segundo sentido, Estado de derecho es aquel Estado en el cual el poder político está limitado por el derecho, en un tercer sentido, Estado de derecho es aquel Estado en el cual todo acto de ejercicio del poder político está sujeto al principio de legalidad⁵⁵.

En esta postura del profesor de la Universidad de Génova, se aprecia una concordancia con la idea de constitucionalismo de Ferrajoli, concibiendo al principio de legalidad como un mecanismo limitador del poder, diverso a los ya proporcionados por la democracia⁵⁶. Principio de legalidad, entendido como el sometimiento del poder a reglas y a controles, las más de las veces, de tipo jurisdiccional, mediante los cuales se asegura el cumplimiento de las reglas, y para el caso de lesión de las mismas, se suministran formas de reparación de los daños causados⁵⁷.

Señala Guastini que en un Estado Constitucional de Derecho, el principio de legalidad desde su perspectiva de contenido, significa la existencia de un principio “en virtud del cual la validez de un cierto acto jurídico está condicionada por normas jurídicas que disciplinan su ejercicio”⁵⁸. Una comprensión de Estado de Derecho sustancial; constitucionalización del Estado de Derecho.

El imperio de la ley y el reconocimiento, protección y garantía de los derechos fundamentales, son el límite entre la concepción puramente formalista de éste y la percepción material del mismo. Teniendo en consideración que la fuente medular, estriba en la sustancia, misma que debe ser inteligible. Si la función del derecho es socialmente compartida en sentido de ser válida sustancialmente, la propia sociedad legitimará la ley y se vinculará a su respeto.

En conclusión, en el Estado Constitucional de Derecho, todas las normas deben estar limitadas por el ejercicio político de la Constitución, que no es otra cosa que la autonomía⁵⁹, como fuente de legitimación del poder, es decir, por la libertad positiva consistente en “autogobierno”⁶⁰. Si la libertad positiva depende de la voluntad de

⁵⁵ GUASTINI, R., “Note su Stato di diritto, sistema giuridico, e sistema político”, en: MONTANARI, B., *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Edit. Giappichelli, Torino, 1992, p. 170.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 173.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibidem*, p. 174.

⁵⁹ Poder de darse normas a sí mismo y de no obedecer más normas que las que se da uno mismo. BOBBIO, N., *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri*, [1954]; ahora en *Teoría General de la Política*, Edit. Trotta, España, 2009, p. 304.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 306.

autogobierno, y la Constitución es una proyección clara de la voluntad de la soberanía popular, ésta última como norma fundamental es expresión pura de la libertad positiva de la sociedad.

El constitucionalismo rígido, al positivizar el deber ser del derecho en normas constitucionales sustantivas, cambia el estado de la doctrina de los límites de los poderes del Estado, permitiendo no ya como filosofía política, sino como teoría jurídica del Estado de Derecho y de la Democracia, justamente, constitucional⁶¹.

Señala Ferrajoli que el constitucionalismo tomado en serio, en cuanto proyección del derecho por parte del derecho mismo, confiere a la ciencia jurídica y a la jurisprudencia una función y una dimensión pragmática desconocidas para la razón jurídica propia del viejo positivismo dogmático y formalista: La promoción de la superación de las antinomias a través de las garantías pendientes. Ello sólo a partir de un sistema normativo complejo como el constitucionalismo democrático, en el que se disciplinan tanto las formas de la producción jurídica, tanto como los significados derivados de la coherencia de las normas con la voluntad que dota de validación al propio sistema⁶².

VI. CONCLUSIONES

La llegada y constante transformación de las democracias representativas en las sociedades occidentales, ha traído consigo un vendaval de instituciones que por mucho tiempo fueron olvidadas por las teorías jurídicas o políticas, en cuanto a la generación y regeneración de los aparatos normativos de las organizaciones políticas denominadas Estados. Específicamente, de la noción de “naturaleza del derecho”.

El formalismo jurídico que llegó con las sociedades posmodernas del siglo XX, recondujo la naturaleza del derecho, evidenciando las fallas de aquellos sistemas jurídicos de posguerra, que haciendo uso desmedido del Estado liberal y de la noción de democracia, simplificaron la naturaleza del derecho a la concreta formalidad estructural de la norma. Centrarón su atención en la producción estructural de las leyes, sobre criterios formalistas, con independencia del contenido que las leyes pudiesen llegar a tener.

Tal fue la algidez y formalidad de este derecho, que llegó a perderse la esencia del Estado de Derecho, sometiendo la voluntad popular a las decisiones del propio Estado; institución que creaba y determinada lo que podría ser derecho, sobre la excusa de la formalidad. Cualquier cosa podría ser derecho, siempre que cumpliera con la formalidad establecida por la norma fundamental.

No sólo totalitarismo o absolutismo normativo puede llegar a apreciarse, si a un positivismo mal entendido se encomienda la creación del derecho. Conceptos como soberanía, ejercicio del poder, derechos fundamentales, implicaban no más que forma escrita, institutos faltos de contexto; un significado ausente, que posiblemente inexistente.

⁶¹ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Edit. Trotta, España, 2011, p. 36.

⁶² *Ibid.*

No quiere decirse que la formalidad sea innecesaria, por el contrario, ésta resulta vital para la propia existencia de la norma. La vigencia de la ley, sin duda depende de su formalidad.

No obstante, el derecho y su propia creación, debe estar limitado por el propio derecho. No basta con la forma. Existen casos en que el fondo llega a ser forma. Sin contexto, sin significado, un sistema jurídico no goza de legitimidad. La esencia de la generación democrática de la ley, depende del mayor o menor grado de legitimación que el sistema pueda tener.

La validez de las normas, comporta la esencia de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Para que un sistema jurídico pueda denominarse justo, no puede imbricar simplemente formalidad. Por el contrario, debe existir una coherencia reguladora entre los alcances propios del derecho. Sólo a partir de límites concretos provenientes de la soberanía popular, puede controlarse el ejercicio del poder.

Los conceptos soberanía, división de poderes y derechos fundamentales, son los pilares fundamentales que sitian el ejercicio del poder y, en consecuencia, la naturaleza del sistema normativo. Tales instituciones, solo pueden ser salvaguardadas a través de mecanismos rígidos que contemplen la función tanto material, como sustancial, no sólo de la elaboración normativa, sino del ejercicio de los órganos encargados de tal fin. Estos mecanismos de control, deben de observar un determinado imperio legal, mismo que dentro del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, corre amparado sobre la figura del principio de legalidad.

VII. FUENTES DE CONSULTA

ALCHOURRON, C.E. y BULYGIN, E., *Normative Systems*, Wien/New York, 1971.

BOBBIO, N., *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri*, [1954]; *Teoría General de la Política*, Edit. Trotta, España, 2009.

CARBONELL, M. y otros (Coordinadores), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Siglo XXI, México.

CARRIÓ, G.R., *Dworkin y el positivismo jurídico*, Edit. UNAM-IIF, México 1981.

DÍAZ MÜLLER, L.T., *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*, UNAM-III, México, 2010.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Edit. Trotta, España, 2009.

-----, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Edit. Fontamara, México, 2015.

-----, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Edit. Trotta, España, 2011.

-----, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del Derecho*, Edit. Trotta, España, 2011.

FUERTES-PLANAS ALEIX, C., “Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart”, en: Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Vol. 8, 2007 (131-186).

GUASTINI, R., “Note su Stato di diritto, sistema giuridico, e sistema político”, en: MONTANARI, B., *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Edit. Giappichelli, Torino, 1992.

-----, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 2ª ed., Edit. Trotta, España, 2010.

HARO REYES, D.J., “Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia”, en: DÍAZ MÜLLER, L.T., *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*, UNAM-IIIJ, México.

HART, H.L.A., *El concepto del Derecho*, Trad., Genaro R. Carrió, 2ª ed., Edit. Nacional, México, 1980.

MONTANARI, B., *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Edit. Giappichelli, Torino, 1992.

RAZ, J., “El Estado de Derecho y su Virtud”, en: CARBONELL, M. y otros (Coordinadores), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Siglo XXI, México.

RISSO FERRAND, M., “Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución. Dos casos uruguayos”, en: *Estudios constitucionales*, vol. 15, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2017.

SUMMERS, R.S. *La naturaleza formal del derecho*, Fontamara, México, 2001.

VALADÉS, D., “La no aplicación de las normas y el Estado de derecho”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, México, enero-abril de 2002.

VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Edit. Universidad Complutense de Madrid, España, 1997.

VON HAYEK, F.A., *The Road to Serfdom*, Londres, 1944.

WITTGESTEIN, L., *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell Ltd, Great Britain, 1958.

ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Edit. Trotta, Madrid, 2007.