

VALIDEZ Y VIGENCIA DEL DERECHO.

Por Julio E. Lalanne

1.- Los binomios Derecho natural-Derecho positivo y validez-vigencia.

El Derecho tiene dos grandes propiedades que son la validez y la vigencia. Una propiedad es una nota que se desprende directamente de la esencia específica del ente y que, por lo tanto, es exclusiva o característica de la cosa, puesto que está necesariamente presente en todos los individuos que pertenecen a esa especie y, por ello, funge como manifestación de esa clase de entes, aunque no sea, en sentido estricto, un constitutivo esencial.¹ Por ejemplo: la capacidad de reír es una propiedad del hombre, en la medida en que todo hombre, por el hecho de serlo, es risible, por lo tanto, puede constituir una vía adecuada para saber que estamos en presencia de un hombre; otro ejemplo: una propiedad de los triángulos es que sus ángulos suman 180 grados.

Del mismo modo, la validez y la vigencia, decíamos, son propiedades del derecho en sentido estricto, es decir, notas o determinaciones que emanan necesariamente de la esencia específica del derecho y que, por eso mismo, constituyen características propias e inseparables de todo fenómeno jurídico. Precisamente, por su máxima generalidad y por su vinculación necesaria con el derecho, admiten una consideración teórica, es decir, científica.

Ahora bien, la consideración del binomio “*validez-vigencia*” lleva implícita la de otro binomio que trae a colación una de las cuestiones clásicas dentro de la llamada Filosofía del Derecho, me refiero al binomio “*derecho natural-derecho positivo*”.

El Derecho natural es el fundamento inmanente de validez del derecho o, dicho en otros términos, el principio intrínseco de su valor como derecho. Ya Aristóteles caracterizó fenomenológicamente lo justo natural como “lo que en todas partes tiene la misma fuerza (o valor) con independencia de la opinión que le conceda o no dicha fuerza o valor”.² Santo Tomás, en el *Comentario a la Ética*, indica los dos componentes esenciales de esta noción: de una parte la virtualidad que tiene el Derecho natural de valer universalmente; el segundo, hace alusión a la causa de ese valor universal que es la naturaleza humana.

Empero, de otra parte el Derecho natural debe positivizarse para tornarse vigente. El Derecho positivo determina o concreta el Derecho natural, confiriéndole vigencia social y eficacia. Se llama “positivo” porque es el Derecho “puesto” o establecido por el hombre, a través de los distintos modos de positivización: (i) por costumbre; (ii) por determinación emanada de una autoridad y esta determinación puede disponerla el legislador cuando sanciona una ley, el Juez cuando dicta una sentencia o el gobierno cuando dicta un decreto; o (iii) por medio de un acuerdo o contrato. Sin estos modos de concreción del derecho este no podría adquirir realización efectiva en la vida social.

Es fácil apreciar que hay una implicancia recíproca entre el binomio Derecho natural-Derecho positivo y el binomio validez-vigencia, pues, como se dijo, el Derecho natural es el fundamento último de la validez del derecho y el derecho positivo es el fundamento de la vigencia del derecho.

2.- El concepto de derecho en la raíz del problema.

Pero ambos binomios (*validez y vigencia*, y *derecho natural y derecho positivo*) involucran en su problemática al propio concepto de derecho. Más aún, lo determinan y le dan

¹ ARISTÓTELES dilucida la noción de propiedad o lo propio en *Tópicos*, I, 5, 102 a 18-30, donde dice que “lo propio es lo que sin expresar la esencia de la cosa pertenece a esta cosa sola y puede reciprocarse con ella”. Así, decíamos en el texto que es una propiedad del hombre ser capaz de reír. La reciprocidad o convertibilidad de sujeto y predicado, en este ejemplo, puede mostrarse del modo siguiente: “Si A es un hombre es capaz de reír; si es capaz de reír, es un hombre”. La capacidad de reír es algo propio del hombre, en el sentido de que está presente necesariamente en todo ejemplar de la especie y, por eso mismo, constituye una nota que pone de manifiesto que el ente de que se trata es efectivamente un hombre.

² *Ética nicomaquea*, Libro V, cap. 7.

contenido. En efecto, si lo que vamos a hacer es examinar dos propiedades del derecho como lo son la validez y la vigencia, necesitamos, antes, tematizar el concepto mismo de derecho.

Resulta evidente que para demostrar que la validez y la vigencia son determinaciones universales y necesarias, es decir, predicados que convienen “por sí” al Derecho, es imprescindible establecer, en forma previa, la esencia específica del Derecho que se expresa en su definición o concepto. Es que, el concepto de Derecho es el principio que desempeñará el papel de principio inmediato o de premisa a partir de la cual se podrá desprender, por medio de un silogismo demostrativo, la conveniencia de cada una de las mentadas propiedades (validez y vigencia) con el objeto (el Derecho). Dicho en términos más sencillos: no es posible establecer ni afirmar, a ciencia cierta, que la validez y la vigencia sean, en verdad, notas propias y características del Derecho, sin saber qué cosa es el Derecho.

Para la epistemología clásica, el concepto o definición del objeto propio de cada ciencia es el principio propio de esa ciencia. La definición es una proposición que dice “qué es” una cierta cosa, o sea, la expresión de su esencia. ¿La esencia de qué cosa? Pues, precisamente, de aquella cosa o ente que es objeto –formal- de la ciencia particular de que se trate. Por eso, la definición es principio propio de una ciencia, porque es la expresión del constitutivo esencial de la especie de cosas sobre la que versa dicha ciencia.

Ahora bien, ¿cómo se elabora el concepto o definición de la cosa objeto de una ciencia? A través de un un proceso lento y laborioso, que parte de la experiencia y que recurre a sucesivas abstracciones e inducciones, proceso que los clásicos denominaban la *venatio objecti vel definitionis*. Esta fase “heurística”, de descubrimiento, de indagación y de elaboración de las nociones primeras no es otra cosa que el movimiento dialéctico ascendente propio de la *via inventionis* del método científico, cuya rama descendente corresponde al silogismo apodíctico o científico, es decir, la *vía iudicii*. Se trata de un proceso metodológico cuyo propósito y finalidad consiste en descubrir o encontrar la diferencia específica de la cosa objeto de la ciencia, que constituirá, a la vez, como causa formal, el término medio del silogismo científico y la forma que al determinar el género-materia dará lugar a la definición. Es pertinente aclarar que, a diferencia de los axiomas, el grado de certeza de las definiciones dista de ser absoluto; de hecho, cabe siempre la posibilidad de que él que define lo haga erróneamente sin que, por otra parte, se pueda recurrir al silogismo para probar su error.

El concepto de derecho es, en la actualidad, un tema controvertido entre juristas, teóricos o filósofos del derecho. Sin embargo, el concepto de derecho no fue un problema desde siempre. La historia demuestra que durante el extenso período que arranca ya en los orígenes del pensamiento griego, continúa con el derecho romano, la Escolástica medieval y se extiende hasta el nacimiento del mundo moderno hubo asombrosas coincidencias a este respecto. Sólo a partir del racionalismo jurídico de los siglos XVII y XVIII y de allí en más la cuestión se presenta como uno de los problemas fundamentales de la ciencia y la filosofía del derecho.

2.1.- Metodología.

El concepto de derecho no tiene como referencia un fenómeno físico o una sustancia que exista por sí misma y que sea susceptible de ser mostrada deícticamente (es decir: señalada con el dedo), como ocurre con los objetos naturales como son las sustancias: los hombres, los animales, las cosas materiales. En estos casos, si bien la significación del concepto puede resultar controvertible, la referencia es clara, pues siempre queda la posibilidad de señalar con el dedo o con cualquier instrumento señalador la cosa designada con el concepto de que se trate.

El derecho en cambio es algo del hombre, es decir, un accidente del hombre pero que no inhiere directamente en la sustancia sino a través de otro accidente o, cuando menos, en conexión con otro accidente, pues el derecho implica un conjunto de accidentes (la cualidad de ser algo justo) y relaciones que no tienen un sujeto preciso identificable. El derecho es algo que es dinámico, que está continuamente haciéndose y modificándose mediante actos

legislativos, sentencias judiciales, contratos, etc; en suma, el derecho es algo que no puede ser señalado definitivamente.

El proceso metodológico de búsqueda de la definición o del concepto de derecho recurrirá a la experiencia y, específicamente al lenguaje y a la tradición jurídica.

2.2. La semántica de la palabra “derecho”.

La semántica es un sector del saber acerca del significado de las palabras. Hablar de “la semántica de la palabra derecho” es equivalente a decir “el significado de la palabra derecho” y lo que estamos afirmando es que la semántica de la palabra derecho está estrechamente vinculada con la validez. Dicho en otros términos: la palabra derecho no tiene significado sin la validez. El propio semántema, unidad semántica o palabra está expresando esta referencia al valor.

2.3. Función eidética del lenguaje.

El lenguaje es signo del pensamiento. Un “signo” es algo que, conocido él, me permite conocer otra cosa distinta de sí mismo. Las palabras son voces significativas, es decir, sonidos emitidos por el hombre, dotados de significado, significan ideas, es decir, expresan los conceptos y pensamientos formados por nuestra inteligencia al conocer las cosas.

Toda *palabra* remite a un contenido inteligido, a algo pensado, a una *idea*, que a su vez surge de la intelección de las *cosas*. El hombre expresa en palabras lo que conoce, y lo que conoce es la realidad.

El lenguaje entonces, es la expresión de la esfera lógica (conceptual, mental, las ideas), y esta, a su vez, es signo de lo real (las cosas). Al hablar, expresamos aquello que antes concebimos en la mente y que es una cierta impresión de las cosas mismas en nosotros. Aristóteles explica que si bien las palabras utilizadas por los distintos idiomas son distintas los conceptos a los que remiten esas palabras son idénticos para los hombres, al igual que las cosas que representan esos conceptos.

El lenguaje acompaña el pensamiento: cada vez que queremos expresar alguna idea recurrimos a una palabra, y si nuestro pensamiento progresa respecto de esa cosa pensada, del mismo modo progresan las palabras utilizadas para expresarlo.

2.4. El lenguaje como vehículo de la experiencia social.

Ahora bien, los nombres que utilizamos en el lenguaje humano no son elegidos por nosotros, no somos nosotros quienes decidimos utilizar tal o cual palabra para nombrar tal o cual cosa.

Por el contrario, las palabras nos vienen dadas por el idioma que hablamos y la cultura de la que formamos parte, nacemos herederos de un patrimonio cultural que no elegimos. El uso de un determinado nombre para señalar una cosa nos viene impuesto socialmente.

Al nosotros usar esos nombres, estamos recibiendo un patrimonio cultural y social pre-existente, heredamos los usos lingüísticos y las formas de hablar del grupo colectivo del que formamos parte, el cual grupo colectivo o sociedad que a lo largo de un extenso período de tiempo fue configurando y seleccionando determinadas palabras para designar ciertas cosas.

Empero, lo más importante es que, en el proceso de imposición de un nombre a una cosa hay una experiencia social, experiencia social que de algún modo está contenida en ese nombre. Hay, por lo tanto, siglos de experiencia social que están como “condensados”, por así decirlo, en cada palabra. Cada término es vehículo de esta experiencia colectiva.

Por tanto, nosotros, al hacer el análisis semántico de cada palabra, revivimos y actualizamos esta experiencia social y, al hacerlo, la hacemos propia. Nos apropiamos y hacemos nuestra esta experiencia que han hecho antes que nosotros nuestros predecesores.

El lenguaje, refleja, guarda, conserva y atesora la experiencia social e histórica de como fue entendida la realidad significada.

1) Primer momento: significado primitivo originario de una palabra, el sentido originario, o el porqué los hombres eligieron una palabra para designar una cosa, este momento liminar se relaciona con la primera experiencia que se tuvo de la cosa nombrada, la experiencia originaria de un objeto me indica aquello que motivó la imposición de un nombre a una determinada realidad. Este sentido originario es el que puedo acceder por medio de la etimología. La etimología es el estudio del origen de las palabras y es el modo de acercarse a esa experiencia originaria.

2) Segundo momento: transito desde el sentido originario hasta el sentido actual. El desenvolvimiento histórico posibilita la adición de nuevos aspectos o matices que van determinando el contenido de la palabra, dándole así cierta acepción particularizada por las circunstancias históricas.

3) Tercer momento: significado actual y último de una palabra, el sentido actual. Terminamos el itinerario iniciado con la imposición primitiva del nombre, con la significación otorgada en nuestro tiempo.

2.5. Análisis semántico de la palabra “derecho”

Según la etimología latina, *directus* se opone a *torqueo*. Esto significa que lo opuesto a Derecho es: lo torcido, lo malévolo, lo malintencionado, lo que es violento o retorcido o tramposo; el agravio injusto. Esto significa un juicio de valor.

En latín, la palabra *ius* deriva de *iustum*, o quizás es al revés. No se sabe a ciencia cierta cuál de las dos palabras deriva de la otra, pero lo que resulta evidente es que para los romanos *ius* y *iustum* eran dos palabras que estaban relacionadas.

Sabemos que la palabra “derecho” en castellano –y sus correlatos en otros idiomas romances- fue sustituyendo a la palabra *ius* que venía utilizándose durante la Edad Media y aún antes. ¿por qué aproximadamente en los siglos XIV y XV a lo que los romanos denominaban *ius* se le cambia el nombre y se le empieza a decir derecho? Esta sustitución lingüística de *ius* por derecho no puede ser casual, sólo se explica si se entiende que se ha buscado resaltar o poner de manifiesto la dimensión normativa (ajuste a una regla) y la dimensión teleológica (referencia a un fin), es decir la significación moral de la palabra. Derecho significa lo recto en dirección a un fin, lo que se ajusta a un patrón de derecho y puesto que no estamos hablando de rectitud física, llegamos a la conclusión de que la palabra derecho está indicando rectitud de la vida humana social.

Todo indica que hubo un progresivo retorno a los sentidos originarios de la palabra. Con la palabra *ius* se había alcanzado un alto tecnicismo, era el término usado por los juristas. Aparentemente se quiso volver al sentido originario de *dike*, *justum*, como una forma de que el nombre se acercase más a la función que la sociedad y los hombres reclaman para el derecho.

El derecho, se lo mire como se lo mire, desde el punto de vista semántico, denota un contenido axiológico. A punto tal de que si le quitamos esta significación moral o axiológica, entonces no tiene sentido.

Recordemos que al fenómeno jurídico sólo lo puedo reconocer e identificar a través del método semántico, esto es, por medio de la palabra derecho. En efecto, el derecho es una realidad espiritual y cultural que no puede señalar con el dedo, como ya hemos visto; al contrario, el único modo de señalar esta realidad que es el derecho es por medio de la palabra. Ahora bien, si la palabra que forzosamente debo utilizar a modo de “señalador” está cargada de significación moral o axiológica, entonces no resulta posible pensar en la realidad del derecho sin esa carga axiológica.

Por el contrario, quien quiera entender y explicar el derecho y los fenómenos jurídicos en general como fenómenos ajenos al valor, tiene la carga de la prueba y deberá hacerse cargo de que la propia semántica de la palabra derecho remite al valor, hace referencia explícita a la justicia.

3.- La validez jurídica.

3.1. Aproximación a su concepto.

“Validez” es un sustantivo abstracto que deriva del verbo “valer”, el que, a su vez, procede etimológicamente del latín “valere” que significa ser fuerte, prevalecer, es decir, tener un valor.³ Validez significa, entonces, *la propiedad de aquello que tiene valor*. En el lenguaje ordinario, cuando se habla de validez en referencia a algo, esto es, cuando se dice que una cosa es válida se quiere dar a entender que es algo valioso, apreciado o estimable, es decir, se intenta expresar una valoración positiva de aquello de lo cual se predica.

En el ámbito jurídico, abogados, jueces y juristas hacen referencia en forma frecuente y cotidiana a la validez de una pretensión, de una conducta, de una norma o bien, al contrario, impugnan una sentencia, una ley o una situación invocando su invalidez. En estos casos, cuando se habla de validez en referencia a los fenómenos jurídicos, se está diciendo que son valiosos, es decir, que poseen valor, utilidad, bondad o, sintéticamente, que de algún modo son buenos para el hombre. La validez hace referencia, pues, a la dimensión axiológica de lo jurídico.

Ahora bien, cuando se hace apelación a la validez jurídica o cuando se dice de las realidades jurídicas que son *válidas*, ¿de qué valor se está hablando? En el ámbito de la gramática, algo es válido cuando se ajusta al valor propio de dicha disciplina que es la buena expresión; en la lógica el valor de referencia es la verdad (*adaequatio rei en intellectus*); cuando se juzga una cosa desde el punto de vista estético, el valor que se toma en cuenta para emitir el juicio es la belleza; en el caso de la ética, el valor será el bien moral o el fin último del hombre; en economía el valor que se busca y se toma como pauta de enjuiciamiento para establecer si algo es económicamente positivo o negativo es, probablemente, la utilidad. Es fácil apreciar que cada orden de cosas tiene su respectiva esfera de bondad o de valor. La cuestión es establecer cuál es la esfera específica de bondad o valor del derecho y, consiguientemente, la índole de su validez.⁴

La validez del derecho consiste en *su relación constitutiva con la justicia*; el derecho es un fenómeno social que guarda una relación esencial con la justicia, entendida ésta no como virtud sino en cuanto valor. La peculiar fuerza obligante del derecho está directamente vinculada con su justicia. Esto es lo que quiere decirse cuando se identifica el derecho con *lo justo*. En otras palabras: el derecho es obligatorio –en el sentido de que exige ser verdaderamente observado y obedecido– y no meramente coercitivo, en la medida en que es justo. Cabe aclarar que no estamos haciendo referencia a la justicia entendida en el sentido de virtud del sujeto sino que aludimos a la justicia como cualidad general abstracta –precisamente, como valor– que cualifica una cosa. El derecho será válido en tanto realice un mínimo de justicia: una cierta *legalidad* y una cierta *igualdad* en las relaciones de los hombres que conviven en sociedad, que –a su vez– se ordenan al bien común (entendido como la perfección de la vida humana en sociedad). Si bien hay otros valores en el mundo del Derecho –tales como la paz, la seguridad– todos ellos son susceptibles de ser englobados en la noción clásica de justicia. Esto significa que cuando hablamos de la validez de cualesquiera de las diversas cosas que integran el ámbito de lo jurídico, lo que estamos haciendo es un juicio de valor desde el punto de vista de su justicia, es decir, desde la perspectiva de su ajuste a conformidad a todo lo que es contenido de la justicia: reciprocidad objetiva entre deberes y poderes, equivalencia o igualdad estricta entre las prestaciones recíprocas fundadas en ellos, conformidad o ajuste con una norma objetiva que orienta la conducta de las partes hacia el bien común, razonabilidad, etc.

³ SIERRA BRAVO, Restituto: voz “validez” en *Diccionario de Ciencias Sociales*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1978, pág. 1142.

⁴ LAMÁS, Félix A., “Validez y vigencia del Derecho”, en MADRID RAMÍREZ, Raúl y WIDOW LIRA, Felipe (coordinadores), *Jornadas internacionales de Derecho Natural*, Buenos Aires, Educa 2009, pág. 75

Al contrario, una norma injusta no es válida y, por lo tanto, no es moralmente obligatoria – aunque pueda ser coaccionada por un poder fáctico eficaz–. Esta ha sido siempre la posición sostenida por lo que podríamos llamar la tradición jurídica clásica, que incluye el pensamiento griego, el Derecho Romano, la escolástica medieval, la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes y, contemporáneamente, el iusnaturalismo aristotélico-tomista. Al contrario, un derecho que es injusto, por eso mismo, es inválido. El derecho -en sus tres acepciones principales: norma jurídica, objeto terminativo de la conducta justa y derecho subjetivo- es válido y, por lo tanto, obligatorio, si es justo, y es justo:

- 1) Si es un acto normativo que se dicta, o una conducta que se realiza o un poder que se ejerce, *de conformidad con una norma jurídica que ordena al bien común* (legalidad).
- 2) Si realiza una cierta y adecuada igualdad objetiva entre las partes de la relación jurídica (igualdad).

Veamos en qué casos se predica la validez respecto de los tres elementos estructurales del fenómeno jurídico:

Una conducta jurídica –y su objeto terminativo- será válida cuando se ajuste a una norma jurídica en sentido lato (una regla de derecho: una ley general y abstracta, una norma concreta emanada de una sentencia judicial, un contrato) y cuando se ajuste al título de merecimiento del otro. Es decir, cuando esa conducta pueda ser calificada como *legal*, en tanto que es una conducta que guarda conformidad con el modelo imperativo previsto en la regla contenida en la norma que regula el caso y, cuando, al mismo tiempo, merezca llamarse *igual*, en la medida en que le da al otro lo igual a su título. A su vez, todo esa estructura compleja, integrado por la ley como modelo ejemplar, los respectivos títulos de merecimiento positivo y de merecimiento negativo de los sujetos de la relación jurídica, la conducta debida, el poder jurídico de exigirla, el objeto terminativo de una y del otro, idéntico en su contenido, en fin: toda esa multiplicidad de cosas se deben ordenar al fin del derecho que es el bien común, principio de ordenación de esa pluralidad de elementos que conforman el fenómeno jurídico.

Un derecho subjetivo, esto es, un poder jurídico en virtud del cual un sujeto puede exigir una determinada conducta de otro sujeto en una relación jurídica bilateral o sinalagmática, será válido cuando ese poder haya sido conferido al agente por una norma jurídica y en la medida en que esa facultad sea ejercida dentro de los límites autorizados por esa regla de derecho (es decir: cuando sea *legal*) y cuando la conducta exigida a la contraparte en la relación se ajuste a los respectivos títulos contrapuestos, y a la medida objetiva de ellos (es decir, cuando realiza la *igualdad*).

Una norma jurídica será válida cuando además de cumplir con las condiciones formales de procedimiento y competencia, es decir, cuando además de haber sido creada por los órganos competentes de conformidad con el procedimiento correspondiente, cumpla con condiciones de validez sustancial. Una norma es un enunciado práctico que ordena determinadas conductas a un fin. Ahora bien, ese enunciado normativo es susceptible de ser enjuiciado desde la perspectiva de su verdad o validez. Y habrá dos alternativas: 1) o bien el enunciado práctico normativo tiene validez como propiedad intrínseca al mismo enunciado; o, en su caso, 2) la validez le viene dada por otro enunciado práctico normativo de jerarquía superior, al cual se adecua. Ahora bien, esa otra norma jerárquicamente superior, a su vez, o es válida por sí misma y es autosuficiente o también depende, en cuanto a su validez, de otra regla práctico normativa aún más general y superior en el orden lógico normativo. Es fácil apreciar que hay una sucesión de normas, cada una de las cuales es válida por referencia a otra, hasta llegar a una norma cuya validez no dependa de ninguna otra, es decir, que tenga validez como propiedad intrínseca suya. Estos enunciados se llaman axiomas: *propositiones per se notae*, es decir, proposiciones de evidencia inmediata o, más sencillamente, principios. Si no hay algunos axiomas no es posible que haya enunciados válidos al final de la cadena

La ley natural en cuanto principio de validez del derecho.

Es fácil apreciar que uno de los principios de validez del Derecho es la *legalidad*, la que, a su vez, es nota esencial del valor justicia. Esto significa que es jurídicamente válido todo aquello que es conforme con una norma jurídica. A su vez, la misma norma jurídica es válida no sólo porque haya sido dictada de una determinada manera o según un

determinado procedimiento –y esta es la cuota de verdad que cabe reconocer a la doctrina del positivismo normativista-, sino por su contenido intrínseco que debe ser congruente con la ordenación que todo el Derecho debe tener hacia el bien común.

Desde ARISTÓTELES y SANTO TOMAS DE AQUINO⁵ hasta KELSEN,⁶ se admite que las normas, leyes o reglas del obrar conforman una estructura jerárquica, un conjunto orgánico que el maestro vienes ha graficado con la figura de la pirámide normativa. No se trata, a nuestro modo de ver, de un *sistema*⁷ completo y cerrado, caracterizado por su *unidad de origen* –ya que, según esta concepción, comprendería exclusivamente las leyes promulgadas por el Estado– y *plenitud*, como lo concibe el positivismo normativista moderno –el ya mencionado Hans KELSEN, HERBERT L. HART, NORBERTO BOBBIO, entre otros– sino más bien de un *orden*,⁸ abierto y flexible,⁹ aunque dotado de una cierta unidad, en la tradición de la lógica clásica, que es preferible denominar *orden jurídico normativo*. El orden jurídico normativo constituye una suerte de árbol de PORFIRIO¹⁰ compuesto por una sucesión de normas de mayor o menor generalidad, según que se encuentren más alejadas o más próximas a la realidad concreta. Cada uno de estos enunciados normativos es fundamento de validez –no tan sólo formal o procedimental sino, principalmente, sustancial o material–¹¹ del que se deduce de él por medio de una operación intelectual de inferencia lógica o determinación puesto que las normas particulares y de menor extensión se siguen y dependen de las más generales, ubicadas en niveles superiores dentro del orden lógico-normativo. Así, puede afirmarse que las normas superiores son *principio* –en el sentido riguroso y preciso de *aquello de donde procede*– del cual deriva la validez y hasta el contenido de las normas inferiores. Por ejemplo, la norma de la Constitución es principio de validez de la ley emanada del Congreso de la Nación, y ésta deriva de aquella. En resumen: se dice que una norma es jurídicamente válida cuando es conforme con una norma jurídica de mayor jerarquía. Así, las normas jurídicas no se dan meramente yuxtapuestas sino convenientemente dispuestas en virtud de una concatenación lógico-jerárquica y en una relación de dependencia, las unas respecto de las otras, en cuando a su validez, configurando una totalidad coherente, una cierta unidad que, reiteramos, preferimos llamar *orden jurídico normativo*. Y lo relevante para nuestro tema es que cada uno de esos enunciados normativos depende en su validez de su conformidad con otra.

Ahora bien, si recorremos en forma ascendente el encadenamiento sucesivo de normas jurídicas que derivan su validez de otras que las anteceden, llegamos a una altura en la que aparecen ciertas proposiciones que no se siguen las unas de las otras, ni derivan tampoco de ninguna antecedente de ellas, cuya validez, por lo tanto, no depende de otras que las

⁵ SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 4.; q. 95, a. 2.

⁶ “Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos.” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción por Moisés Nilve, Buenos Aires EUDEBA, 22 ed., 1986, p. 147). La coincidencia entre Aristóteles y Kelsen no sería de extrañar si damos crédito a lo que afirma GARCÍA MAYNEZ en el sentido de que KELSEN “manifestó en alguna ocasión, que para él no hay más lógica que la aristotélica” (GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, F.C.E., 1951, p. 9)

⁷ A menos que se entienda que la expresión “*sistema*” hace referencia a un sistema abierto y flexible y no cerrado como lo ha concebido el racionalismo, el normativismo y lo que Francesco GENTILE ha denominado “la geometría legal”. El tema excede la economía de este trabajo, pero puede verse con provecho la crítica de la concepción sistematicista en la obra de GENTILE, Francisco, *Ordenamiento jurídico entre humanidad y realidad: ¿control social y/o comunicación interpersonal?*, traducción y nota previa de María DE LEZICA, prólogo y edición de Félix Adolfo LAMAS, Buenos Aires, 1ra edición, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 2008.

⁸ Entendiendo por orden “la conveniente disposición de una pluralidad que conforma una cierta unidad, en función de un principio de ordenación” (cfr. LAMAS, Félix Adolfo, “La Ética o Ciencia Moral: Una introducción a la lectura de la Ética Nicomaquea”, en Revista *Circa Humana Philosophia*, Buenos Aires, I.E.F., N° 1, 1er semestre 1997, p. 32). En este trabajo, Lamas aborda el tema del orden moral normativo, y su análisis y conclusiones son enteramente aplicables al orden jurídico normativo, porque el derecho es una parte de la moral.

⁹ Un análisis provechoso de ambas concepciones puede verse en VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms., *Metodología de las leyes*, Madrid, EDERSA, 1991, 108, pp. 254-258, y 115-116, pp. 278-285.

¹⁰ Se da el nombre de “árbol de Porfirio” al cuadro en el cual se presenta la relación de subordinación lógica de la substancia considerada como género supremo a los géneros y especies inferiores hasta llegar al individuo. Su nombre se debe al lógico griego Porfirio, quien trata este asunto en su obra *Isagoge* (cfr. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, tomo A-D, Barcelona, Ariel, 1ª edición revisada y aumentada, 1994, pp. 213 y ss.).

¹¹ La validez formal o procedimental de una norma jurídica depende que haya sido creada por los órganos competentes y de conformidad con el procedimiento establecido en el sistema legal de que se trate para la producción de esas normas, mientras que la validez material o sustancial hace referencia al contenido de la norma que debe ser congruente con los principios superiores y más generales del orden jurídico, tal como se expresa en el cuerpo de este trabajo.

antecedentes. Son enunciados normativos que tienen validez como propiedad intrínseca al mismo enunciado. Esto es: la validez proviene de su propio contenido material y no de otras reglas o principios que se encuentren por encima de ellos. Estas normas se denominan *principios*: son los llamados *primeros principios prácticos*. Para ARISTÓTELES, son principios generalísimos indemostrables,¹² comunes a varias ciencias, que denomina *ta koina*¹³ o *koinai arxai*¹⁴ –principios comunes– lo cuales, a su vez, pueden ser “comunísimos” es decir, conocidos por todos y máximamente universales, y a estos los llama *axiomata* –axiomas–. TOMAS DE AQUINO traduce el término griego *axiomata* por *dignitates* –dignidades– porque son los conocimientos más dignos o valiosos, y dice que son *propositiones per se notae*,¹⁵ es decir, proposiciones de evidencia inmediata, cuya verdad se conoce por sí.¹⁶ Ejemplos de estos primeros principios, en el orden práctico, son los llamados principios de la ley natural primaria cuyas fórmulas tradicionales son las siguientes: el principio que ordena hacer el bien y evitar el mal o bien sus derivaciones jurídicas: lo justo debe hacerse, lo injusto evitarse. El principio llamado regla de oro: no hagas a otros lo que no quieras para ti, y otros. Es imprescindible que semejantes principios presidan los comienzos de la cadena sucesiva de normas y todo el proceso lógico discursivo propio del Derecho, pues si no existieran no habría más remedio que remontarse al infinito o proceder en sentido circular.¹⁷ En ambos casos, estaría comprometida la validez de todo el orden jurídico, dada la imposibilidad de recorrer una serie infinita de inferencias que jamás llegarían a una conclusión, y debido a que el círculo es un procedimiento vicioso. Es servicial un breve resumen de lo hasta aquí expuesto: los principios son los enunciados práctico-normativos máximamente universales que se encuentran en la cúspide del orden jurídico normativo y que cumplen la función de fuente generadora de la validez de todas las restantes proposiciones normativas, y de sostén lógico de todo el cuerpo orgánico de normas. Dentro de los principios, a su vez, encontramos aquellos que se denominan *primeros principios*, esto es, proposiciones que no derivan su validez o su verdad de una proposición anterior de la que puedan deducirse, o de otras reglas o principios que se encuentren por encima de ellos, sino que ésta es inmediatamente evidente (*per se nota*), y proviene de su propio contenido material. Los primeros principios de la ley natural constituyen un núcleo de juridicidad intrínseca, radical y forzosa,¹⁸ que vale *per se* o, en términos del mexicano Eduardo GARCÍA MAYNEZ, “*derecho intrínsecamente válido*”.¹⁹ Si no hubiera algunos primeros principios, intrínsecamente válidos, en los cuales se apoyan todas las demás proposiciones del orden jurídico normativo, no sería posible que haya enunciados válidos al final de la cadena.

El juicio de validez de una norma, en la medida en que es un juicio de justicia, es un juicio complejo o de grado. Establecer que una norma jurídica deriva de otra o, cuando menos, que no es incompatible con ella o bien establecer en qué medida una conducta concreta realiza la medida de igualdad debida en proporción al título del otro, no son operaciones geométricas o matemáticas, susceptibles de alcanzar una respuesta unívoca, exacta y precisa, sino más bien una determinación de grados. El valor justicia puede realizarse en diversos grados en un orden jurídico vigente; el bien común puede realizarse en mayor o menor medida en la vida social. Se trata de juicios que son opinables, flexibles y variables y que comportan dificultades pues siempre conllevan cierto grado de imprecisión, lo cual no implica que sean arbitrarios o subjetivos. Empero, hay que recordar, a este respecto la sabia enseñanza aristotélica: “*es propio del hombre prudente buscar la exactitud en cada materia*”

¹² “de los principios o límites [...] no hay razonamiento”, *Ética nicomaquea*, 1142 a 26; véase también: *Ética nicomaquea*, 1143 a 36 y b 2.

¹³ ARISTÓTELES, *Analíticos posteriores*, 76 a 38, 76 b 14 y 77 a 26-30; *Metafísica*, 1061 a 19.

¹⁴ ARISTÓTELES, *Analíticos posteriores*, 88 b 28.

¹⁵ “(...) quaedam sunt dignitates vel propositiones per se notae communiter omnibus” (*Suma Teológica*, I-II, a. 94, a. 2, *respondeo*).

¹⁶ “Decimos que es evidente por sí aquello cuyo conocimiento nos es connatural, como es el que tenemos de los primeros principios” (*Suma Teológica*, I, q. 2, a. 1, primera objeción), y más adelante: “Se llama evidente lo que se comprende con sólo conocer sus términos, cualidad que el Filósofo atribuye a los primeros principios de la demostración; y así sabido lo que es todo y lo que es parte, en el acto se comprende que el todo es mayor que cualquiera de sus partes” (*Ibidem*, segunda objeción). Véase, asimismo, la explicación de estos primeros principios que realiza F. A. LAMAS en su trabajo “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la Dialéctica”, en LAMAS, Félix Adolfo (editor), *Los principios y el Derecho Natural*, Buenos Aires, EDUCA, pp. 39-43.

¹⁷ ARISTÓTELES, *Analíticos Posteriores*, 72 b, 19-24.

¹⁸ Tal como lo afirma Rodolfo VIGO, con cita de Ronald DWORKIN, en *Los principios jurídicos...*, obra citada, p. 20.

¹⁹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 4ta edición, 1983, pp. 508 y ss.

en la medida en que la admite la naturaleza del asunto”.²⁰ Es por eso que el juicio de validez no es resultado de un raciocinio lógico-deductivo necesario, sino de una argumentación dialéctica. Es a la razón prudencial, asistida por la dialéctica y la retórica clásicas, a la que le compete dar cuenta de estas dificultades y contribuir a allanarlas.

El límite negativo del derecho, luego del cual este pierde totalmente su validez y se convierte en un mero hecho de fuerza está constituido por la pura arbitrariedad, por la irracionalidad, por la desigualdad manifiesta, por la desordenación respecto del bien común, por la grave negación de las exigencias ético-sociales que emanan de la naturaleza humana, etc.. Un derecho inválido no es derecho; a lo sumo será un hecho social de fuerza, es decir, la imposición coactiva de una conducta contraria a la moral –pues el derecho para ser válido tiene que ser justo, y decir que es justo, implica decir que es una parte de lo moralmente bueno-, por lo tanto un derecho inválido es, en última instancia, la imposición de un comportamiento inmoral.

3.2. Principios de validez del derecho.

Principios genéricos de validez del Derecho:

1.- La naturaleza de las cosas en general y la naturaleza del hombre, en particular.

a) *La ley natural en sentido material:*

Entendemos por “ley natural en sentido material” a la ordenación racional que *está en las cosas mismas*. Es lo que cabe denominar *la naturaleza de las cosas (rerum natura)*. El punto de partida de Santo Tomás es la noción aristotélica de naturaleza (*phýsis*) como estructura dinámica del ente concreto (el compuesto de materia y forma), cuya entelequia es el fin actualizado de las inclinaciones connotadas por dicha *phýsis*. En su comentario a la *Física* de Aristóteles, al final del libro II, Santo Tomás sintetiza la doctrina aristotélica acerca de la naturaleza, en la que ésta (la *phýsis*) se compara con una obra producto del arte de un artesano: la naturaleza no es otra cosa que una cierta razón (*ratio* o *lógos*), es decir, una cierta forma racional inmanente ínsita en las cosas que las mueve hacia una meta final que consiste en el pleno despliegue de sus potencialidades. Aristóteles dice que “la naturaleza es fin”.²¹ En efecto, la naturaleza puede definirse como la índole propia del ente, su peculiar esencia o manera de ser, en tanto que implica el principio o raíz de todas sus operaciones y de toda su actividad, según la especie a la que pertenece. Todo ente se mueve entre dos polos: lo que *ya es* –la forma sustancial- y aquello que *aún no es* totalmente en su plenitud de ser pero que está en potencia de llegar a ser. Este parcial *aún no* se manifiesta en las tendencias e inclinaciones naturales a obtener unos fines propios de la especie a la que el ente pertenece, fines cuya consecución constituye la realización plena y el desarrollo exhaustivo de la forma sustancial específica, es decir, la *entelequia*.²²

La naturaleza es, por tanto, orden entitativo o esencial que inclina al ente hacia su plenitud, que es el acto terminal y perfectivo del ente. Implica una estructura tendencial hacia los fines específicos del ente, identificados con la actualización y el desarrollo completo y acabado de su forma o esencia. Este es el *orden natural real*, es el orden de cada una de las especies y, por ende, el orden de la especie humana, que también lleva ínsita un orden de inclinaciones naturales hacia fines perfectivos naturales..

Cabe anticipar que la naturaleza de las cosas y la naturaleza del hombre constituyen el fundamento inmediato de lo que se analizará seguidamente como “b”, es decir, de la ley natural en sentido formal como también del derecho natural.

Ahora bien, el derecho es algo humano. Es evidente que el derecho es algo del hombre; es, conducta humana -libre, exterior, social, obligatoria-, es decir, es un accidente del hombre en cuanto agente libre y responsable. Por lo tanto, el Derecho procede del hombre y a él se refiere. De ahí que la naturaleza humana que se expresa en la clásica definición de

²⁰ ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Libro I, cap. 1, 1094 b 24-25.

²¹ *Política*, I, 1, 1252 b 32.

²² “Unde patet quod natura nihil est aliud quam ratio cuiusdam artis, scilicet divinae, indita rebus, qua ipsa res moventur ad finem determinatum: sicut si artifex factor navis posset lignis tribuere, quod ex se ipsis moverentur ad navis formam inducendam” (*In octo libros Physicorum Aristotelis Expositio*, L.II, lect. XIV, 268).

Aristóteles de hombre: “animal racional”, constituya un principio de validez del derecho. El principio del valor del derecho está dado por los fines naturales del hombre y esos fines son los que se desprenden de su naturaleza. En resumen: la naturaleza humana es principio de la rectitud de la conducta humana y, concretamente, la rectitud moral de la conducta humana, la bondad o maldad moral está dado por los fines naturales del hombre. Y esos fines naturales se tornan patentes y se manifiestan a través de las inclinaciones naturales. La conducta humana moral y jurídicamente válida y valiosa es aquella se que se ajuste, se dirige y se ordena a los fines naturales del hombre.

b) *La ley natural en sentido formal:*

Entendemos por *ley natural en sentido formal* la ordenación de *la razón humana*, que se identifica con el enunciado práctico normativo, fruto del acto de juicio práctico que es operación de la razón (en el caso de la captación de esta ley natural, en rigor de verdad es acto de la inteligencia inmediata –lo que Aristóteles llamaba *nous* y Santo Tomas *intellectus*– más que de la razón), que *descubre el orden ínsito en la esencia de las cosas* y que lo promulga imperativamente. La ley natural en sentido formal es un producto de la inteligencia del hombre en cuanto conoce el orden natural real, lo discierne y lo expresa en una regla de conducta. Por lo tanto, es un producto de índole mental, es decir, un enté lógico, es *orden racional*, ya que es expresión racional promulgada por la razón humana del orden que ésta discierne en su propia naturaleza y en la naturaleza de las cosas en general (ley natural en sentido material, que hemos explicado en el punto “a”) precedente). Es un enunciado máximamente abstracto proferido a modo de verbo mental por la inteligencia humana que expresa una regla de conducta obligatoria.

La fuente material de la ley natural son los fines del hombre, consustanciales a su naturaleza (esto es, lo señalado en el punto “a”), *supra*). Hay aquí una conjunción de *lo apetitivo* –las inclinaciones naturales- y *lo cognitivo* –su aprehensión natural-. Las inclinaciones y apetitos naturales que el hombre conoce y descubre en su experiencia, proporcionan a la razón los fines que, a su vez, se constituyen en *el criterio supremo del que surge la ley natural*.²³ Ello por cuanto en el ámbito de la *práxis* humana, la acción libre siempre es un cierto orden hacia el fin, es decir, se dirige intencionalmente en dirección al fin como hacia el efecto deseado y buscado. De ahí deriva el axioma escolástico que dice: “*el fin [como motivo o fin querido] es lo primero en la intención y lo último en la ejecución [como fin-efecto, o, más en concreto: como acción terminada]*”. El fin, en la acepción de lo deseado, lo apetecido, es la razón o el fundamento de la acción humana libre. Por tanto, en la medida en que la razón humana discierne esos fines naturales como algo bueno –léase: apetecible, deseable, digno de ser obtenido, por su capacidad para saciar una necesidad natural del ser humano- establece que es necesario, es decir, moralmente obligatorio, obrar de modo de tal de lograr esos bienes humanos y expresa esto por medio de *enunciados racionales imperativos* que constituyen la ley natural en sentido formal.²⁴ Así, la ley natural emana inmediatamente y es promulgada por la razón humana, pero la razón humana está reglada y medida –*regulada y mensurada*, según la expresión del Aquinate- por la verdad y bondad de las cosas en general y, en especial, por la naturaleza humana en sentido material (“a”). En resumen: la naturaleza humana (real, según lo expuesto en “a”) se torna normativa en la medida en que la razón del hombre prescribe y ordena conductas que se proponen como obligatorias, en tanto que adecuadas para la obtención de la perfección humana. Todo esto es lo que sintetiza el filosofema de la escuela tomista según el cual *operari sequitur esse* –el obrar sigue al ser-.

En rigor de verdad, los principios de la ley moral natural son un giro práctico del principio de finalidad, que la escolástica tomista²⁵ expresa con la fórmula *omne agens agit propter finem*, traducible como “todo agente obra por un fin” o, con mayor precisión, “todo agente obra atraído por algo que opera como objeto motivo de su acción, como aquello que intenta obtener como resultado de su obrar porque se lo percibe como bueno, es decir, capaz de perfeccionar al agente”. En el caso de la ley natural, el hombre capta ciertas cosas como bienes que es deseable procurar y otras como males que es mejor evitar y prescribe obrar en consecuencia.

²³ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In Ethicorum*, L. VI, lec. II, n. 1131.

²⁴ *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2.

²⁵ Véase SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 1, a. 2.

Veamos un ejemplo:

1) Todo hombre siente una inclinación natural hacia la conservación de la propia vida. Esta tendencia se suele denominar *instinto de supervivencia*. Es un hecho de experiencia común que todos deseamos vivir. Por su parte, la muerte, con su natural implicancia de disolución final, es percibida por todos los hombres como el mayor mal, aquello que más ardientemente deseamos evitar.

2) Por lo tanto, la razón del hombre capta naturalmente que la vida es un bien humano, es decir, algo valioso y digno para el hombre, y, correlativamente, descubre que la muerte es un mal que es mejor evitar. Con la palabra “naturalmente”, se alude a que la razón capta que la vida es un bien humano de una manera inmediata, sin necesidad de razonamiento o discurso.

3) Consecuentemente, la razón –en su función práctica– aprehende el bien humano como necesario, como algo debido, como un deber-ser, es decir, convierte la inclinación natural en obligación y lo hace mediante una enunciación deóntica que dice: “debe conservarse la vida y debe evitarse la muerte”. No hay que confundir la inclinación natural –ley natural en sentido material– con la expresión racional de esa exigencia ontológica que la razón capta y prescribe como deber –ley natural en sentido formal–. La ley natural, como toda ley, es un *opus rationis* –un producto de la razón–, a saber: es la prescripción o mandato de la razón que ordena la conducta a ese fin captado como bien humano y no la inclinación misma. Sin embargo, como dice Santo Tomás, “*el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales*”.²⁶ La ley natural –formal- expresa como deber ser la conducta que se ordena a los fines correlativos a los impulsos naturales que el hombre capta dentro de sí mismo.

2.- La racionalidad.

La racionalidad expresa la diferencia específica de la naturaleza humana, aquello que hace que el hombre sea hombre, su nota más esencial. Pero el derecho es un accidente humano y, consecuentemente, esta determinación esencial opera como fuente radical de su validez. A partir de esta característica propia y específica del hombre, Platón –y con él todo el pensamiento clásico– enunció la regla suprema de la ley moral –y, *a fortiori*, jurídica– natural: *debe obrarse de acuerdo con la naturaleza (katá physin) y debe obrarse de acuerdo con la razón (katá lógon)*.²⁷ Remarquemos con singular énfasis esta tesis central de la tradición platónico-aristotélica que ha de servir de principio de validez de todo el orden moral y, consecuentemente, del Derecho en cuanto parte de dicho orden: *la naturaleza humana y la racionalidad constituyen la regla y medida inmanente del obrar del hombre y por lo tanto del Derecho*. Este principio significa que: *la conducta del hombre para ser moral y jurídicamente válida debe ajustarse, conformarse o adecuarse con la razón y con la naturaleza del hombre*. Esta regla, en rigor de verdad, no es algo distinto de lo que llevamos dicho en el apartado anterior, pues implica que el hombre debe obrar de manera tal de secundar, obtener y lograr sus fines naturales, fines que se desprenden de su naturaleza humana (*kata physin*), y que él mismo descubre y capta por medio de su razón natural que profiere los primeros principios evidentes de la ley natural (*kata logon*). Esta regla es la aplicación de un principio aún más general: *lo superior, lo mejor y lo más perfecto, en el orden de la naturaleza, domina, gobierna o impera sobre lo inferior, lo menos bueno y lo imperfecto*. Como en el hombre lo más perfecto y lo más elevado es la razón (el entendimiento) o el espíritu, la razón debe gobernar sobre las restantes partes del alma humana y sobre el cuerpo. El hombre debe domesticar su instintividad animal y disciplinar sus pasiones hasta llegar a ser, en forma plena, dueño y señor de sí mismo.

En esta línea de ideas, el pensamiento cristiano elaborará la noción de *santidad* a la que todo cristiano está llamado. Es *santo* aquel que vive en la virtud, aquel que ha logrado gobernar su vida con la guía de la razón, aquel que ha demostrado ser lo suficientemente fuerte como para resistir y dominar sus tendencias instintivas de modo tal de caminar sin desvíos por la senda del amor a Dios y al prójimo. Así, la vida moral no es otra cosa que un formidable proceso de espiritualización del hombre. Y éste es el orden natural del hombre, porque el mejor hombre será aquel que viva de acuerdo con lo más humano, que es su esencia o naturaleza racional.²⁸

²⁶ *Suma Teológica* I-II, q. 94, a. 2, respondeo.

²⁷ Pueden rastrearse las aplicaciones que hace PLATÓN de estas dos expresiones en: E. Des PLACES S.J., *Lexique de Platon*, Paris, Belles Lettres, 1970.

²⁸ Esta actitud y estas ideas quedarán incorporadas para siempre al pensamiento cristiano, tal como lo demuestra la obra de THOMAS DE KEMPIS, *Imitación de Cristo*, del Siglo XV o los Ejercicios Espirituales

La racionalidad por lo tanto, es una propiedad del derecho sin la cual no vale como derecho. Empero, el Derecho es también un fenómeno racional desde una perspectiva parcialmente diversa. La racionalidad es una propiedad que se aplica *per se primo* y principalmente a las normas jurídicas. En efecto, teniendo en cuenta que toda norma es un enunciado práctico que expresa una ordenación *racional*, es evidente que la racionalidad funge como una nota esencial de la norma jurídica. Sin embargo, la racionalidad se extiende también a todo el ámbito jurídico, en tanto el derecho es lo *legal*, es decir, lo ajustado a la norma.

Ahora bien, la racionalidad de la norma jurídica implica el cumplimiento de una serie de condiciones que operan como requisitos de su validez. Una ley, una sentencia, un acto administrativo, un contrato –esto es, las diversas especies de normas– no son jurídicamente válidos si no manifiestan un mínimo de racionalidad que supone, al menos, que cumplan con las siguientes condiciones:

1. *Racionalidad fáctica*: que impongan conductas que sean realmente posibles pues *impossibilia nemo obligatur* –nadie está obligado a lo imposible–.
2. *Prospectividad*: las normas jurídicas y, en especial, las leyes deben regular las conductas hacia el futuro, pues una ley retroactiva no puede cumplirse.
3. *Racionalidad lógico-lingüística*: toda norma se expresa con palabras que, a su vez, son signos de conceptos o ideas. Por lo tanto, en primer lugar las normas deben estar expresadas en lenguaje natural susceptible de ser comprendido por los seres humanos que están destinados a cumplirla. En segundo término, su construcción gramatical debe respetar las reglas generales de la lógica, comenzando por el principio de no contradicción. En definitiva, estos requisitos son imprescindibles para que la norma resulte inteligible para aquellos agentes racionales y libres que están llamados a acatarla. De lo contrario, esto es, si los ciudadanos no comprenden lo que dice la norma y, sobre todo, lo que manda hacer o lo que prohíbe, no podrán ajustar su conducta a ella.
4. *Racionalidad sistémica*: toda norma está destinada a incorporarse como una parte dentro de un todo orgánico que, con ciertas prevenciones, podría denominarse *sistema jurídico* aunque preferimos la expresión *orden jurídico normativo*, entendido por tal cosa el conjunto ordenado de normas jerárquicamente organizadas que rigen en un lugar y en un momento determinado en cuya cúspide suele hallarse un texto fundamental como la Constitución Nacional en nuestro país. Por lo tanto, la norma deberá guardar cierta coherencia con el sistema u orden normativo total al cual pretenda incorporarse, es decir, no deberá contradecir una norma de jerarquía superior dentro de dicho sistema. Ello, según el criterio que se expresa en la frase de Santo Tomás según la cual “es torpe la parte que no se ajusta al todo”.
5. *Racionalidad teleológica*: toda norma es una expresión racional de un orden que dispone en forma conveniente ciertas conductas, a modo de *medios*, de tal manera que se orienten, se alineen y se ordenen –valga la redundancia– a la obtención de determinados bienes que el legislador estima valioso lograr, que operan al modo de *fin*, es decir, propósitos, objetivos o metas. Es por eso que la norma deberá imponer conductas que constituyan medios idóneos, congruentes y adecuados para la obtención de los fines hacia los que se dirige la norma, pues sería irracional imponer medios que no lleven al fin querido.

Lo irracional –entendido estrictamente como lo privado de racionalidad, es decir, la norma que no respete los requisitos lógicos, lingüísticos y de coherencia señalados– en el Derecho parece sinónimo de arbitrariedad o, en casos extremos, de absurdo. Y la arbitrariedad, como decía Don Luis Legaz y Lacambra²⁹ y reitera en nuestro medio Félix A. Lamas,³⁰ es la negación misma del Derecho.

3.- El fin del Derecho y del Estado: el bien común:

de SAN IGNACIO DE LOYOLA de la misma época (*Ejercicios Espirituales*, Madrid, Apostolado de la Prensa, S.A., 1947).

²⁹ LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1961, pág. 611.

³⁰ FÉLIX A. LAMAS, “Percepción e inteligencia jurídicas” en LAMAS, FÉLIX A. (editor a cargo) y otros, *Los principios y el Derecho Natural*, Buenos Aires, Ed. Universitas, 2002, pág. 12.

El derecho se verifica en forma perfecta en la comunidad política, es decir, en el seno del Estado y tiene una constitutiva referencia al bien común. El bien común es la causa final del Derecho, el fin al que tiende el Derecho. El Derecho, en cuanto “forma de la vida social” consiste en una ordenación que inhiere en las conductas sociales interactivas a modo de estructura que las ordena o dirige al bien común. Lo justo legal, en el sentido de justicia general o legal, es lo ordenado al bien común; una conducta justa es aquella que está –inmediata o mediatamente- referida al bien común, un poder o un título jurídicos sólo se justifican en la medida en que, en definitiva, verifican también esa referencia última al bien común. La vida social misma –que es, por así decirlo, la materia del derecho- consiste en un obrar colectivo o mancomunado en vistas de un bien común. Por lo tanto, el Derecho sólo será válido si está dirigido u ordenado al bien común. Dicho de otro modo: el bien común es principio de validez del Derecho. Sin embargo, habida cuenta de que el bien común es principio de legitimidad o validez común a la moral y al derecho, por eso decimos que es un principio de validez genérico del Derecho.

Principios específicos de validez del derecho:

1) Legalidad e 2) igualdad son las dos notas esenciales de la justicia y, por lo tanto, si el derecho es lo justo, lo que es lo mismo que decir, *lo legal* y *lo igual*, es evidente que la legalidad y la igualdad son dos principios específicos de validez del Derecho. La legalidad implica el ajuste a normas jurídicas. Cuando hablamos de *legalidad*, estamos haciendo referencia, como ya fuera dicho, no solamente a la ley natural sino también a las formas más inmediatas de la ley positiva. Es evidente que las leyes positivas tienen su fuente última en la ley natural, empero, a su vez, las leyes positivas también son fuentes de validez del derecho. Hay, por lo tanto, un orden encadenado de validez sucesiva que opera como un verdadero *sistema de validez* de todo el derecho, aunque la expresión *sistema* debe entenderse como un sistema abierto y flexible y no al modo racionalista como un sistema cerrado y rígido.

3) Finalidad jurídica inmediata: lo que caracteriza a la justicia particular es el bien de la parte. El bien de la parte es principio en el derecho. Por ejemplo: en el contrato hay un bien común contractual que es el bien común de las partes, el bien común de una sociedad anónima. Cada institución jurídica tiene un fin propio que es un bien, y ese fin es principio de validez de la institución de que se trate; por eso hablamos de los principios, en plural, porque ya no estamos en el plano genérico del bien común que es principio de todo el ámbito jurídico sino en el ámbito específico de cada una de las instituciones jurídicas particulares. El favorecer el intercambio es el fin del principio de reciprocidad en los cambios. Ahí está la esencia del derecho los hombre cooperan y se confieren unos a otros.

Por ejemplo, y siguiendo el pensamiento del *filósofo*, de la misma naturaleza de los contratos de intercambio de bienes o contratos sinalagmáticos deriva que sea justo que haya una cierta equivalencia o proporción recíproca entre lo que una parte da y lo que recibe de la contraparte –*do ut des*– y, al mismo tiempo, que las partes deban respetar los compromisos que ellas mismas hubieran asumido voluntariamente en virtud del contrato –*pacta sunt servanda*–; ambas cosas a la vez; lo cual, sin dudas, puede exigir en ciertas circunstancias un esfuerzo dialéctico para compatibilizarlas.

4.- La vigencia jurídica.

4.1. Aproximación a su concepto.

Vigencia es un término abstracto que deriva de vigor, y significa *la índole formal o la propiedad de aquello que tiene fuerza suficiente para encarnarse en la vida social*. El origen etimológico de la palabra vigencia es claro: vigencia es la cualidad o condición de lo que esta vigente;³¹ lo vigente “tiene vigencia” o “está en vigencia” y lo vigente –*vigens*– es *quod viget*, lo que está vivo, lo que tiene, por tanto, presencia, actualidad, vigor y, en un sentido secundario, lo que está despierto, en estado de vigilia o vigilancia. En lenguaje jurídico, la palabra vigencia se usa sobre todo aplicada a la ley: una ley vigente es una ley

³¹ *Vigencia*, según el Diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA es lo que tiene “cualidad de vigente” y, a su vez, *vigente* es lo que “está en vigor y observancia”.

que está en vigor, que tiene fuerza para ser observada y cumplida en la vida social, que de hecho es acatada, obedecida, aplicada y reconocida; si no por todos, al menos por una parte extendida de los integrantes de un grupo social determinado; esa misma ley pierde vigencia cuando ya no tiene esa fuerza o vigor. No se trata, vale la pena aclararlo, de fuerza física sino de la fuerza coercitiva de tipo moral que ejerce una influencia efectiva en los hechos y en las personas para que una conducta o unos comportamientos efectivamente se realicen.

El concepto técnico de “*vigencia social*”, con el sentido con que lo estamos desarrollando aquí, fue introducido por la sociología de Ortega y Gasset (1883-1955)³² y su escuela.³³ En el ámbito de la Filosofía del Derecho lo han utilizado Luis Legaz y Lacambra (1906-1980)³⁴ y, en nuestro medio, Félix A. Lamas³⁵ (1944-), y es de él de quien lo he tomado. *Vigencia* es, tal como lo hemos explicado más arriba, lo que está en vigor, lo que tiene vivacidad en el ámbito colectivo; todo aquello que cuenta con suficiente fuerza social para imponerse a la conducta de los miembros de una comunidad.

La palabra *vigencia* es inmejorable para expresar el auténtico modo de realidad de lo social –y, *a fortiori*, del derecho en tanto fenómeno social–, pues lo que existe socialmente tiene una realidad que no es el simple y pasivo “estar ahí”, sino que existe como presión, como cierta imposición del todo social sobre las partes, como una suerte de constricción que ejerce el grupo sobre el individuo, o también: seducción, al modo de una invitación a ser imitado; lo característico de lo social no es la mera *presencia*, sino la *presencia operante*. La vigencia social ejerce una presión sobre el individuo según ciertas líneas de fuerza que determinan una figura y un modelo de conducta, análogamente a como la presión de las aguas o del aire en movimiento decide la trayectoria de un móvil sobre el cual se ejerce. Por eso, es apropiada la expresión *vigencia* para designar ciertas estructuras socialmente imperantes, ya que los ingredientes de la vida social existen como algo real bajo la forma de cierta vivacidad o vigor; pero su vigor se ejercita con su influjo actualmente operante, a veces con su simple resistencia. Usos, creencias sociales, ideas, costumbres, estimaciones dominantes en una sociedad, todo ello ejerce su presión configuradora sobre cada una de las vidas humanas condicionando y encauzando las conductas. Valga como ejemplo el fenómeno del lenguaje: existe como algo vigente, a punto tal de que si un hombre cualquiera pretendiera comunicarse con otros miembros de una comunidad necesariamente deberá hacerlo mediante el idioma socialmente en vigor, so pena de no ser entendido por sus interlocutores; nótese que hay una represalia social inmediata y fulminante ante la infracción de una vigencia lingüística: no se obtiene una respuesta interactiva respecto del acto de habla de quien no se atiene a la lengua vigente.³⁶

Un carácter fundamental de todas las vigencias –y entre ellas, las jurídicas– es que *ejercen una presión* sobre los individuos, en el sentido de que estos tienen que contar con ellas, tienen que tomar posición frente a ellas, pero no son de índole o condición individual. La presión que ejercen las vigencias sociales no es el resultado directo de una acción individual, sino que se trata de una suerte de apremio o de sujeción que actúa *desde* la

³² “La realidad, por decirlo así, tangible de la creencia colectiva no consiste en que yo o tú la aceptemos, sino, al contrario, es ella quien, con nuestro beneplácito o sin él, nos impone su realidad y nos obliga a contar con ella. A este carácter de la fe social doy el nombre de vigencia. Se dice que una ley es vigente cuando sus efectos no dependen de que yo la reconozca, sino que actúa y opera prescindiendo de mi adhesión”, ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, *Historia como sistema*, cap. III, en *Historia como sistema y otros ensayos filosóficos*, Madrid, Ed. Sarpe, 1984, págs. 39/40; véase también: *Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, 1969; tomo IV, *La rebelión de las masas*, pág. 291. En rigor de verdad, ORTEGA lo toma de la esfera jurídica pero su aporte innovador consiste en emplearlo en todo su alcance y en designar con el sustantivo “vigencia” cualquier realidad vigente en la vida colectiva en cuanto es vigente; así, habla de las vigencias de una época, de las varias clases de vigencia, es decir, de los contenidos vigentes, atendiendo a su condición de tales, y por tanto a su función en la vida colectiva.

³³ El autor que lo ha desarrollado con mayor rigor y profundidad es JULIAN MARÍAS, principalmente en su obra *La estructura social. Teoría y método*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1955.

³⁴ LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del Derecho*, citada, pág. 278.

³⁵ LAMAS, FÉLIX ADOLFO, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, I.E.F., 1991, Libro II, Cap. IV, V, pág. 371.

³⁶ Con ser esto un fenómeno generalizado, en Francia es donde se puede experimentar con mayor claridad: inténtese hablar en cualquier otro idioma que no sea el francés en París y se padecerá, de inmediato, una represalia social manifiesta y patente.

sociedad, *a través* del todo social. Así, por tanto, una imposición de carácter estrictamente individual nunca es una vigencia; por ejemplo, la arbitraria decisión de un déspota; a menos que tenga vigencia social la creencia de que los caprichos del déspota tienen fuerza de ley. En todo caso, lo que debe anotarse es que hay una fuerza detrás de las vigencias sociales: la sociedad ejerce represalias, benignas o durísimas, sobre aquel que falta a sus vigencias.

Las vigencias son realidades actuantes en la vida social que ejercen presión activa o pasiva, positiva o negativa, sobre los individuos que integran la comunidad y con las cuales estos tienen que contar, quieranlo o no, sepanlo o no. Las vigencias obligan a los individuos a ajustar su conducta a ellas o bien a resistirlas, a discrepar, lo cual ya es una toma de posición. Explicando el modo de influjo, tan imperioso como automático, de las vigencias, escribe Julián Marías:

Así como estoy sujeto a la ley de gravedad o a la presión atmosférica, estoy sometido a las vigencias. Habitualmente no pienso en la gravedad o en la presión del aire, pero me comporto contando con ellas: no dejo el libro en el aire, porque se caería; no pongo sobre mi pie un gran peso, porque lo aplastaría; no me atrevo a transportar un piano, porque pesa demasiado, vuelo en un avión contando con que el aire resiste. Normalmente, voy por la calle siguiendo su acera, sin pensar en ello, orientado en mi marcha por su previa estructura. Cuando voy a beber agua cuento que está fría, sin haber pensado en ello ni un instante, y sólo reparo en su temperatura si por azar está caliente; del mismo modo, cuando en la calle hablo a un transeúnte, cuento con que entenderá la lengua del país, y sólo me hago cuestión de ello si por azar no está sometido a la vigencia general lingüística, que surge expresamente al ser incumplida.³⁷

Dentro del amplio repertorio de las vigencias sociales, encontramos las vigencias jurídicas. Un comportamiento jurídico constituye una vigencia con relación a una sociedad determinada, en la medida en que un grupo suficientemente amplio de la colectividad lo haya adoptado, de manera tal de que se imponga efectivamente al resto del grupo. Cada individuo que integra esa sociedad experimentará, de una forma más o menos difusa, la presión social que gravita sobre él y lo compele a actuar de acuerdo con esa vigencia jurídica, presión que es ejercida por la sociedad toda que adoptó e incorporó ese comportamiento y, en cierto sentido, por la amenaza de coacción inherente a toda norma jurídica. La presión de la vigencia social va produciendo, paulatinamente, un cierto automatismo que, análogamente a los hábitos individuales, incorpora una suerte de *disposición social estable* hacia determinadas conductas —en este caso jurídicas— que se van imponiendo en un determinado ámbito de la vida colectiva hasta regir de hecho en esa comunidad.

La vigencia jurídica es la misma existencia del derecho, es su vigor social y su concreta realidad, existente en aquello que constituye su soporte óntico existencial inmediato: las conductas sociales interactivas estructuradas por un determinado orden o forma jurídica y las relaciones, situaciones, hechos, etc. que ellas generan, involucran o que las connotan. Decir “Derecho vigente”, por lo tanto, equivale a decir “Derecho que existe actualmente, en el tiempo presente, en la vida social”; o, utilizando una lucida expresión de un autor rioplatense: “*la vigencia es el modo en que el derecho existe*”.³⁸

El juicio de vigencia es aquel que hace referencia a la constatación de la existencia de las conductas reales de los individuos, o de los comportamientos exteriorizados por los miembros de la sociedad, con significación jurídica. Mientras que el problema de la validez de una norma se resuelve con un juicio de valor que mide su justicia, el problema de la vigencia se resuelve con un juicio de existencia o de hecho que se limita a verificar empíricamente que en un espacio y en un tiempo determinados rigen ciertos comportamientos socialmente arraigados con significación jurídica. La vigencia es, como se ve, una realidad fáctica.

Un modelo de conducta expresado en una norma jurídica cobra vigencia cuando tanto los destinatarios primarios (ciudadanos) como los destinatarios secundarios (jueces y tribunales) tienen en cuenta el contenido de la norma como criterio de su conducta. Así, la

³⁷ MARÍAS, JULIÁN, *La estructura social*, ..., citada, pág. 83.

³⁸ LLAMBIAS DE AZEVEDO, JUAN, *Eidética y aporética del derecho y otros estudios de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2da edición, 1958, pág. 87.

norma adquiere efectiva vigencia cuando los ciudadanos cumplidores del derecho toman en consideración la ley para ajustar su propio comportamiento a lo que establece el modelo normativo; los jueces o tribunales adoptan la ley como pauta para sancionar o juzgar la conducta de otros sobre la base de lo que ella manda o prohíbe; e, incluso, cuando los delincuentes y los incumplidores de la ley también la tienen presente para adaptar su conducta de modo tal de escapar a la sanción prevista por la norma jurídica. No es sólo el que reconoce el derecho y lo acata quien le confiere realidad fáctica y lo torna vigente. También el que lo viola tiene que tomarlo en consideración y coopera de este modo a su vigencia.³⁹

Una norma jurídica, un valor social, una conducta, son socialmente vigentes sobre todo cuando arraigan en los hábitos, las costumbres y las prácticas sociales, constituyendo así un conjunto de tendencias que bien pueden llamarse una “segunda naturaleza”, en tanto los actos respectivos emanan regularmente de la voluntad de los agentes. La máxima estabilización de la vigencia se da por medio de las instituciones, por ejemplo: el matrimonio, es decir, la costumbre institucionalizada consistente en contraer un vínculo jurídico matrimonial con vocación de continuidad y estabilidad.

4.2. Vigencia y positivización.

La positivización del derecho, es decir, la creación de las normas jurídicas por el hombre y su puesta en existencia, generalmente a través de textos legales escritos, es condición necesaria -pero no suficiente- para la vigencia social del derecho. Aquello que, en principio y principalmente, le da vigor al derecho, lo que hace posible que tenga vigencia, lo que le da fuerza efectiva, es el derecho positivo. Por lo tanto, el derecho positivo es una suerte de prerequisite de la vigencia efectiva del Derecho.

En efecto, el derecho positivo es imprescindible para conferirle vigencia al derecho, porque la vigencia supone determinación y concreción, y esto se logra a través del derecho positivo. Así, los valores, la justicia, los principios abstractos del derecho natural y toda la dimensión axiológica propia de la validez del derecho necesitan del derecho positivo para adquirir determinación espacial y temporal, y para traducirse en contenidos concretos, susceptibles de moldear el hecho en el que consiste la vida histórico-social de un determinado grupo humano, para recién luego poder cobrar vigencia social efectiva.

Sin embargo “derecho vigente” no es, *sensu stricto*, sinónimo de “derecho positivo”. La vigencia implica un *plus* sobre la positivización. La positivización no basta para considerar al derecho como existente actualmente. El derecho romano es un derecho positivo, es decir, un derecho puesto por los hombres, pero no un derecho vigente. Estuvo vigente en la época de Justiniano. Pero no lo está aquí y ahora, es decir, ya no es derecho vivo.⁴⁰ La vigencia es una realidad que sobreviene a ciertos contenidos de conducta originariamente establecidos en el enunciado práctico normativo en el que consiste la norma jurídica positiva.

Hay quienes denominan a lo que nosotros llamamos aquí “positivización” como vigencia y a lo que denominamos “vigencia” con el nombre de “eficacia” o “validez sociológica”. Para despejar las confusiones terminológicas conviene precisar qué entendemos por positivización: se trata de la inserción de una norma jurídica en un sistema de legalidad por medio de su sanción y promulgación por parte de los órganos competentes para ello, en un momento determinado. Es derecho positivo una norma que ha sido establecida con arreglo a los requisitos de forma y fondo preceptuados en el régimen constitucional para la creación normativa. Que esta norma es derecho positivo quiere decir que, toda vez que reúne los requisitos establecidos en el régimen constitucional a que pertenece, entonces la conducta prevista modelicamente en la norma es obligatoria y exigible.

³⁹ “El delincuente que prepara su coartada y toma precauciones para no dejar rastros de su acción, el deudor que excogita los medios para ocultar sus bienes y sustraerlos al alcance de sus acreedores, han de guiarse para ello por ciertos contenidos jurídicos –justamente porque quieren realizar los contenidos opuestos- y en verdad, por los mismos contenidos que otros van a tomar en consideración para juzgar su conducta, y, eventualmente, aplicarles sanciones” (LLAMBIAS DE AZEVEDO, JUAN, *Ibidem*, págs. 89-90).

⁴⁰ LLAMBIAS DE AZEVEDO, *Eidética y aporética del derecho ...*, pág. 88.

Una ley recién promulgada es derecho *positivo* pero no es aún, en sentido estricto, derecho *vigente*. En efecto, si bien es imprescindible el dictado y la promulgación de la norma positiva, generalmente escrita, para la vigencia jurídica, ello no garantiza la *vigencia social efectiva* de la norma entendiéndose por tal cosa el hecho de que la norma engendre y se plasme en comportamientos colectivos reales de los integrantes de la sociedad que se ajusten al esquema de conducta previsto en la norma. Hace falta algo más: que la adopción de ese contenido se extienda a un número suficiente de ciudadanos dentro de la comunidad; falta todavía que la norma logre asentimiento, acatamiento, obediencia y adhesión por parte de sus destinatarios de modo tal de encarnar en hábitos, costumbres y prácticas sociales reales y efectivas. Y más aún, que los jueces la apliquen y sancionen su eventual incumplimiento. Entonces, y sólo entonces, habrá una vigencia jurídica como tal y ejercerá su vigor y su peculiar modo de influencia sobre todos los individuos del grupo social.

Toda norma jurídica es dictada con la aspiración de que sus mandatos sean cumplidos por sus destinatarios, esto es, con la finalidad de que *informe* –en el sentido prístino de “conferir forma”– y estructure realmente los comportamientos de los hombres en la sociedad. Normalmente, una vez positivizada, con el tiempo adquiere vigencia social efectiva y conserva su vigor de allí en más. Empero, no siempre esto se logra. Por lo tanto, cabe concluir que la vigencia es algo más que la positivización del derecho.

Si el derecho es injusto (arbitrario, desigual, inicuo, etc.) o, como decía Legaz y Lacambra si “*pugna abiertamente con el ideal de justicia vigente en la comunidad en la cual se aplica*”,⁴¹ es probable que no sea aceptado por dicha comunidad. No toda ley positiva emanada de los órganos competentes para dictarla en una comunidad cobra vigencia efectiva; y la razón de ello es que el contenido que pretende imponer puede entrar en conflicto con otras vigencias imperantes: ciertas valoraciones preexistentes, una resistencia moral, la convicción de que la autoridad que la creó es ilegítima, etc. Santo Tomás afirma, por ejemplo, que una de las condiciones de toda ley es que guarde “*armonía con las tradiciones de la patria*”,⁴² entre las cuáles se encuentran las costumbres jurídicas arraigadas por un largo tiempo y, agrega, que a falta de esta concordancia lo más probable es que prevalezcan las mencionadas tradiciones porque “*es muy difícil desarraigar la costumbre de todo un pueblo*”.⁴³ Francisco Suárez, por su parte, dice que la ley no obliga cuando resulta desobedecida por la mayoría del pueblo y el desorden que introduce constituye peligro de sedición o escándalo.⁴⁴ Una doctrina semejante se encuentra en San Alfonso María de Ligorio, quien dice que la ley no obliga en dos casos: 1) si la ley no fuere aceptada durante un decenio, en virtud de una costumbre contraria; y 2) si fuere contraria a la costumbre vigente.⁴⁵

En estos casos, el individuo y la sociedad toda quedan sometidos a la presión que ejerce una vigencia preexistente que pugna con la de una nueva vigencia que se pretende imponer autoritariamente desde el Estado y la resultante es problemática. En general, una ley considerada injusta por la generalidad del pueblo no genera acatamiento sino más bien repulsa; es dejada espontáneamente de lado por los miembros de la sociedad, es desobedecida, genera resistencia, que puede ser pasiva (la mera inaplicación) o activa, hasta llegar al rechazo enérgico (tal el caso de las protestas sociales, las manifestaciones públicas en su contra, las impugnaciones judiciales y, en general, los diversos y variados intentos por derogarla o dejarla sin efecto). El asentimiento pacífico de los miembros de la sociedad respecto de una ley se logra con una alta proporción de convencimiento. Si la mayor parte del pueblo no la observa y su escasa observancia apareja riesgos de desórdenes sociales, según la doctrina de Suárez, es claro que la norma adolece de cierta falta de justicia, al menos

⁴¹ LEGAZ Y LACAMBRA, *Eidética y aporética del derecho* ..., págs. 275/276.

⁴² “*secundum consuetudinem patriae*” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, a. 97, a. 3, ad. 2).

⁴³ “*Difficile enim est consuetudinem multitudinis remove*” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, obra y lugar citados en nota anterior).

⁴⁴ SUAREZ, FRANCISCO, *Tractatus de legibus*, lib. III, cap. 19, números 7, 8 y 9.

⁴⁵ SCAVINI, *Theologia moralis universa ad mentem S. Alfonsi M. de Ligorio*, Tract. II, disp. I, cap. 60; tomo I, pág. 154 de la tercera edición española, Barcelona, 1859, citado por MARIANO ARAMBURO, *Filosofía del Derecho*, tomo II, La Habana-Madrid, 1928, pág. 341.

por falta de oportunidad, porque no es justa ninguna norma que genere tales perturbaciones. Surge aquí, nuevamente, la dialéctica inescindible entre validez y vigencia: un mínimo de validez aparece como un requisito para que la norma cobre vigencia o, dicho de otro modo: es difícil que adquiera vigor social efectivo una norma groseramente inválida. En tan sentido, es atinada la observación de Miguel Reale:

Una regla de derecho positivo puede ser considerada perfecta cuando, promulgada por una autoridad legítima teniendo en vista el bien común, encuentra, en virtud de su valor ético y de su racionalidad, la adhesión o asentimiento de los miembros de una convivencia.⁴⁶

De otra parte, encontramos también leyes positivas que si bien existen como tales incorporadas en un determinado orden jurídico positivo, han perdido eficacia por obra de lo que se denomina *desuetudo*, que significa “desuso”, es decir, la pérdida de vigor social de una norma jurídica en virtud de su inobservancia por parte de los miembros de una comunidad y de su falta de aplicación por los órganos jurídicos encargados de aplicar el derecho, como consecuencia de que el pueblo todo procede como si esta no existiera. Valga como ejemplo el art. 55 de la Constitución Nacional de la República Argentina que, entre los requisitos para ser elegido Senador, incluye el de “*disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente*”, norma jurídica que si bien integra el orden jurídico positivo argentino no puede decirse que esté *vigente* –en el sentido que le hemos dado a esta expresión a lo largo de este trabajo– en la medida en que no tiene aplicación efectiva en virtud de una inveterada costumbre consistente en ignorarla. El uso social ha prescindido totalmente del artículo 55 de nuestra Carta Magna, a punto tal de actuar como si no existiese. Si bien no sería exacto negarle carácter de derecho positivo, no es menos cierto que en la actualidad es letra muerta porque carece de vigencia social efectiva.

Una situación parecida se da cuando una ley entra en desuso por haber sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aún cuando continúa formando parte del orden jurídico positivo, en tanto aún no ha sido derogada en sentido estricto por otra ley posterior, sin embargo pierde inmediatamente vigencia porque los órganos judiciales dejan de aplicarla e incluso los particulares en sus relaciones jurídicas recíprocas dejan de utilizarla.⁴⁷

En conclusión, para que el derecho cobre vigencia social efectiva y exista como algo real existente es imprescindible que haya sido *puesto*, en el sentido de haber sido creado por uno de los procedimientos de producción de normas positivas establecidos por la ley constitucional, pero este requisito, si bien necesario no es suficiente para que cobre efectiva vigencia pues esto requiere algo más, a saber: que la norma *puesta* sea efectivamente obedecida, que sea aceptada en general por el pueblo destinado a cumplirla, que quienes no la obedezcan sufran alguna consecuencia indeseable (sanción), que encarne efectivamente en conductas intersubjetivas, en suma: que informe –esto es: que confiera forma o estructura– realmente la vida social.

4.3. Vigencia y coacción.

En todos los casos en los que los individuos destinatarios de la norma jurídica se ajustan espontáneamente a ella, esto es, tienen una conducta conforme a la establecida por la ley, el derecho cobra vigencia social sin necesidad de coacción. Este es el funcionamiento normal del derecho; en la mayor parte de los casos, y sujeto a que la norma sea válida y guarde cierta conformidad con las estimaciones de justicia generalmente aceptadas, los individuos advierten la existencia de un deber de conducta respecto de ellos, y lo cumplen sin necesidad de que nadie los fuerce; los derechos subjetivos son satisfechos en virtud de la sola petición del acreedor, y los interesados siguen puntualmente las modalidades que la ley prescribe para obtener ciertos fines. “En una sociedad imaginaria –escribe el procesalista italiano Piero Calamandrei–, en la que la espontánea observancia del derecho (que hoy

⁴⁶ REALE, MIGUEL, *Fundamentos del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1976, pág. 258.

⁴⁷ La realidad argentina nos brinda un ejemplo de lo expuesto: la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Vizzotti c/AMSA” declaró inconstitucional el tope indemnizatorio establecido por el segundo párrafo del art. 245 de la llamada “Ley de Contrato de Trabajo” (ley 20.744, texto ordenado por el decreto 390/1976) y, a partir de esa resolución judicial tanto los sujetos destinatarios de la norma como también los jueces inferiores dejaron de aplicarla, aún cuando técnicamente no fue derogada.

ocurre en la mayor parte de los casos, pero no en todos) ocurriera indefectiblemente en todos los casos, el problema de la coacción, que es uno de los aspectos del derecho, no tendría razón de ser; y ni siquiera tendrían razón de ser, en semejante sociedad ideal, los jueces ni los abogados.”⁴⁸

El problema surge, en cambio, frente a la realidad cotidiana de la inobservancia del derecho: el individuo no realiza la conducta que la norma jurídica le impone, o sea que desobedece la ley, y así se produce en la realidad una discordancia entre el comportamiento real y concreto del obligado y el modelo ejemplar de conducta establecido anticipadamente por la ley, con la consecuente violación de los derechos subjetivos de su contraparte en la relación jurídica interactiva y, al mismo tiempo, la correlativa frustración del interés público involucrado y del fin último de la ley (el bien común).

Una de las propiedades del derecho es la *coercibilidad*, es decir, *la posibilidad de coacción*. Ante la inobservancia o violación de la ley, es decir, ante la desobediencia de una norma jurídica válida por parte de su destinatario, se obtiene la vigencia forzada del derecho mediante la coacción. La coacción jurídica es *la violencia ejercida por un órgano estatal sobre un individuo, de acuerdo con la ley o en función de un título jurídico legítimo, de modo tal de forzarlo a realizar una determinada conducta*. La coacción implica fuerza física ejercida en forma extrínseca sobre alguien para que haga algo; se trata, como se ve, de una presión de índole física que se ejerce desde afuera y en contra de la voluntad del coaccionado, en línea contraria a la tendencia intrínseca de quien la soporta, para que haga algo.

La coacción es la manifestación más crítica de la vigencia jurídica, porque se produce cuando el Derecho ha sido violado o no quiere o no puede ser realizado por el sujeto obligado. Es, por lo tanto, la *ultima ratio* del Derecho. Si la vigencia jurídica en general es una cierta constricción social entendida en el sentido de fuerza coercitiva de índole inmaterial por la que el fenómeno social se impone a la persona, la coacción jurídica es algo distinto: no es ya fuerza “social” o “moral” sino, lisa y llanamente, fuerza física, es decir, violencia; por otra parte, no es ejercida sobre el individuo de modo difuso e impersonal por el cuerpo social en conjunto sino que es violencia ejercida en forma directa e inmediata por el órgano estatal dotado del poder legítimo para imponer el cumplimiento del derecho ante su inobservancia.

La coacción jurídica es el último recurso para tornar vigente la validez jurídica y es un recurso que resulta posible poner en práctica en virtud de las propiedades de exterioridad y objetividad del Derecho. En efecto, el derecho puede ser coaccionado porque es conducta exterior objetiva. La coacción es jurídicamente válida en tanto supone una obligación jurídica incumplida, un título válido para ejercerla, y una norma que la prevé y que autoriza a ejercerla.

El Derecho no es de suyo coactivo, pues la violencia física no forma parte de la naturaleza esencial del Derecho. En cambio, si es correcto decir que una propiedad del derecho es la *coercibilidad*, entendida como la posibilidad de que la conducta jurídica obligatoria sea pasible de coacción, ante su inobservancia espontánea; posibilidad que en general opera como una cierta compulsión psíquica respecto de los ciudadanos impulsándolos a cumplir con la ley. Esto es: la amenaza de coacción es un elemento que contribuye a la vigencia social espontánea y la coacción ejercida efectivamente da lugar a una vigencia crítica que es fruto de la fuerza estatal.

4.4. Los límites de la vigencia jurídica: ámbitos espaciales, temporales, personales, materiales y sociales de vigencia.

La vigencia jurídica, en tanto se identifica con el arraigo social y el vigor del Derecho (en tanto éste es forma o estructura de la vida social, como decía Legaz y Lacambra), o con la existencia del Derecho en su materia propia que es la vida social, admite límites.

⁴⁸ CALAMANDREI, PIERO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código*, traducción de SANTIAGO SANTIS MELENDO, prólogo de HUGO ALSINA, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1943, pág. 46.

1.- *Ambito espacial de vigencia*: las vigencias jurídicas ejercen su presión dentro de un área geográfica determinada, en efecto: el derecho tiene vigor o es vigente dentro de unos límites territoriales o espaciales precisos. Esto es lo que suele denominarse “ámbito espacial de vigencia”, por ejemplo: el derecho argentino rige dentro de los límites del territorio de la República Argentina.

2.- *Ambito temporal de vigencia*: todo fenómeno social es temporal y el derecho no es la excepción. Las vigencias jurídicas alcanzan vigor en un momento dado, lo conservan durante cierto tiempo y finalmente lo pierden en otro momento. Hay, por tanto, límites temporales de vigencia del Derecho: es el “ámbito temporal de vigencia”, y según este límite, el derecho vigente en el presente se opone al derecho histórico que, aunque fue vigente en un tiempo anterior, ya no lo es. Una ley positiva impone una vigencia jurídica en la sociedad desde el momento en que entra en vigor hasta aquel otro momento en que lo pierde, ya sea porque es formalmente derogada o porque cae en desuso.

3.- *Ambito personal de vigencia*: Hay límites subjetivos, es decir, límites respecto de las personas: “ámbito personal de vigencia”; así por ejemplo, hay vigencias jurídicas generales que son aquellas que se extienden y, consecuentemente, ejercen su presión respecto de todos los individuos de una sociedad –aunque siempre dentro de los límites temporales y espaciales en donde rige el derecho de que se trate- como las propias del derecho común –derecho civil, verbigracia- y hay vigencias jurídicas parciales, en cuanto están restringidas sólo a ciertos sujetos. Tal el caso de los estatutos que regulan los oficios o las profesiones: los regímenes que regulan el ejercicio de una profesión, por ejemplo, la de abogado, se aplican solamente a los abogados; las leyes laborales, a las personas que trabajan en relación de dependencia; las normas militares a quienes forman parte del ejército y así podríamos seguir dando ejemplos.

4.- *Ambito material de vigencia*: Hay límites en cuanto a los asuntos o materias: “ámbito material de vigencia”, por ejemplo: cuando se habla de “materia federal” como excluyente de la materia ordinaria en el Derecho argentino.

5.- *Ambito social de vigencia*: Hay límites en cuanto a los grupos sociales de los que es propio el Derecho: “ámbito social de vigencia”: a este límite corresponde la distinción que hace Aristóteles⁴⁹ entre (i) el derecho propio de la comunidad doméstica, que él llama “derecho imperfecto”; y (ii) el derecho propio de la comunidad política, o derecho estatal que es el “derecho perfecto”, división bipartita del Derecho a la que, a partir del Siglo XVI cabe agregar: (iii) el derecho de la comunidad internacional.

El “Derecho doméstico” es aquél que se verifica entre padres e hijos, esposos y servidores, marido y mujer, en el ámbito del hogar o comunidad familiar. Se trata de un “Derecho imperfecto”, o analógica (*ius secundum quid*), porque en el ámbito social familiar si bien existe el vínculo social, éste es tan intenso que debilita la alteridad. Mientras dura la vida doméstica común, los intereses de sus miembros aparecen casi confundidos y su perfecta distinción resulta siempre problemática.

El “Derecho Político” o “Estatal” es el propio de la comunidad política, en cuyo ámbito la alteridad y la concordia aparecen equilibradas y, por lo tanto, es considerado “Derecho perfecto” o Derecho a secas (es decir: *ius simpliciter*, o derecho sin restricciones en el modo de uso de la palabra).

Pero a partir del siglo XVI, como consecuencia de la ruptura del Imperio Cristiano de Occidente, la Reforma Protestante (que rompió la unidad de la fe cristiana y de la jurisdicción del Romano Pontífice), la consolidación del Cisma de Oriente, el nacimiento de los llamados “Estados nacionales”, el descubrimiento de América y de nuevas rutas marítimas, la conciencia de la unidad y limitación del mundo geográfico y los problemas de distribución de jurisdicciones y competencias entre los Estados, resulta evidente la existencia de una comunidad internacional con un fin (bien común) propio: la paz y la cooperación internacionales. Al menos desde ese momento, la alteridad y la concordia entre las comunidades políticas en el ámbito de la comunidad internacional universal (descentralizada) aparecen como fenómenos empíricamente verificables, y con ellos

⁴⁹ ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, L. V, cap. 6.

fenómenos jurídicos tales como la regulación de la guerra, el comercio marítimo y terrestre interjurisdiccional, la delimitación de los ámbitos jurisdiccionales espaciales, el estatuto de las legaciones diplomáticas, etc. Desde entonces hasta ahora dichos fenómenos se han venido intensificando y adquiriendo una complejidad creciente.

En consecuencia, desde el punto de vista de su ámbito social de vigencia el Derecho perfecto o propiamente dicho, se divide en dos: Derecho interno del Estado y Derecho Internacional (*ius inter gentes*, según la clásica expresión de Francisco de Vitoria, que fuera el fundador de la doctrina de este Derecho).

4.5. Las fuentes de la vigencia jurídica.

La palabra “fuentes” alude a los principios genéticos o de producción del derecho positivo. El derecho positivo es el derecho “puesto” o establecido por determinación humana y es lo que determina o concreta el Derecho Natural, confiriéndole fuerza social. De modo que, en expresión resumida, las fuentes de la vigencia jurídica son los principios y causas del Derecho Positivo.

Las fuentes de vigencia jurídica son, por lo tanto, son aquellos hechos originantes del Derecho positivo y que operan como determinaciones histórico-sociales de su vigencia. Podemos clasificarlas, de acuerdo con la tradición jurídica:

La concordia política de integración: la vigencia, según hemos dicho, es la fuerza social de ciertos contenidos que estructuran la vida social; empero, la causa eficiente inmediata de la vida social es lo que Aristóteles llamaba *homonoia*, y que ha sido traducida como *concordia política*, que es la convergencia objetiva de la voluntad natural de los hombres en torno de aquellos intereses que resultan inmediatamente necesarios para la vida.⁵⁰ Lo que podríamos llamar *la concordia política de integración* es la causa eficiente del Estado y de la convivencia de los hombres en sociedad. La concordia integrativa es una fuente de vigencia porque es lo que hace que haya vida social y, por lo tanto, en la medida en que se afloja la concordia integrativa, en esa misma medida, se disuelve la vida social en cuanto tal. Un ejemplo concreto que pone Aristóteles de concordia de integración es la reciprocidad en los cambios. El intercambio de bienes entre los hombres es requisito esencial para que puedan satisfacer sus necesidades. En efecto, los hombres tienen necesidades que por sí solos no pueden satisfacer y, para ello, necesitan recurrir al intercambio, es decir, a las transacciones, compraventas, permutas y contratos de cambio en general. Por lo tanto, sin el intercambio, los hombres no pueden convivir. Si se altera eso, por ejemplo, haciendo impracticable el intercambio, cuando hay alta inflación, se deshace la vida social y, en la medida en que se produce una pérdida progresiva de vigencia y, por lo tanto, la laxitud en las relaciones jurídicas: no se cumplen los contratos, no se producen los intercambios. La concordia es el acomodamiento a la necesidad común y proviene de la *voluntas ut natura*. El estado es fruto de la voluntad pero no de la *voluntas ut ratio* –no es fruto de un consenso– sino de una *homonoia*.

El consenso: es el consenso recíproco. Una cosa es la concordia y otra cosa diversa es el consenso, que es una forma de concreción de la concordia. El consenso es el acuerdo de voluntades entre sí, el pacto entre dos o más voluntades que se entrelazan para establecer un acuerdo. Hay un consenso general que es la aceptación recíproca de las reglas del juego social, la aceptación recíproca del modo en que se van a cumplir las leyes en una comunidad determinada. Es lo que los clásicos llamaban el *iuris consensus*. Puede asemejarse a un pacto pero no es todavía un pacto entre las partes y eso, a su vez, asume formalmente una positivización máxima en el contrato. Entonces tenemos tres grados. La costumbre es fruto de un consenso social.

Las determinaciones hechas por la autoridad: es decir, las distintas formas de positivización autoritativas: las leyes, los decretos y las sentencias judiciales, esto es, las normas jurídicas emanadas de alguna autoridad con potestad de crear o producir esas normas.

Los contratos: las propias partes, en el marco de sus relaciones de coordinación o cooperación, y en virtud del llamado principio de autonomía de la voluntad, pueden auto-

⁵⁰ Cfr. LAMAS, FÉLIX ADOLFO, *La concordia política*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

regular sus vínculos jurídicos a través del contrato y esta es una fuente fundamental de positivización. Sin embargo, a su vez, hay una vida del contrato, el contrato se desarrolla a través de una serie de actos que las partes ejecutan en cumplimiento de lo pactado. Esas conductas también le confieren fuerza y vigencia al derecho. Debe quedar claro que cuando hablamos de “contratos” no siempre se trata de contratos instrumentados a través de documentos escritos. Hay un sinnúmero de intercambios que se hacen por costumbre y se perfeccionan por la mera tradición de la cosa y sin documento escrito. Por ejemplo: los innumerables contratos de transporte público de pasajeros que tienen lugar a diario cada vez que nos trasladamos de un lugar a otro en colectivo, subte o tren. El contrato hoy día tiene unas formas mucho más ágiles y flexibles.

La instituciones y las costumbres:

La *institución* es una estabilización de la vida humana en función de ciertas ideas⁵¹ que son algo así como la forma o estructura de la institución. Se trata de una idea que ha encarnado en una práctica social estable; una idea que se ha objetivado en una estructura peculiar que confiere estabilidad a ciertas conductas interactivas. La institución es un conjunto de situaciones, relaciones, actuaciones y reglas unidas por una cierta homogeneidad funcional en torno a un elemento jurídico o idea. Una nota típica de la noción de institución es su duración, continuidad, o estabilidad. Según la expresión de Georges Renard, “es como una bola de nieve que se hace”. Esa estabilización se realiza en las conductas sociales, interactivas, colectivas, de los miembros de la comunidad de modo análogo a como los hábitos producen una estabilización de la conducta individual. Ahora bien, esa vida de la institución, por ejemplo: la vida en el seno de la familia, puede convertirse en costumbre y la costumbre es una fuente de positivización y de concreción de las relaciones familiares. De esa vida, del modo en que se viven las relaciones familiares –y lo mismo cabe predicar de otras tantas instituciones: la propiedad privada, el sistema judicial, los contratos, etc.- depende la vigencia, es decir, la fuerza efectiva de esas instituciones. La vida de las instituciones va confiriéndole concreción y por lo tanto, determinación y positividad a la institución.

La *costumbre* puede definirse diciendo que es la práctica habitual formada por la repetición continuada de actos exteriores, uniformes y públicos que realiza la multitud de los miembros de una sociedad, en forma libre, con la convicción de que se trata de una conducta obligatoria (*opinio juris seu necessitatis*). Vale decir que no se trata de meras conductas repetidas sino que se requiere que esa regularidad social de una conducta esté inspirada por el consentimiento de todo el pueblo que pone en práctica ese comportamiento con la convicción de que constituye expresión de una norma obligatoria que ha de imponerse a todos. Santo Tomás afirma que “el consentimiento de todo un pueblo, expresado por una costumbre, vale más en lo que toca a la práctica de una cosa que la autoridad del soberano, que tiene facultad de dictar leyes sólo en cuanto representante de la multitud. Por eso, aunque las personas particulares no pueden instituir leyes, la totalidad del pueblo si puede instituir las.”⁵²

De la repetición de actos uniformes durante cierto tiempo (costumbre material o de hecho) surge la regla jurídica (costumbre formal o de derecho), es decir, el régimen usual de los actos, espontáneamente constituido por la voluntad del pueblo, durante un período más o menos extenso, se eleva al rango de norma obligatoria. En cuanto norma jurídica, la costumbre puede ser definida como *la regla jurídica elaborada por la actividad espontánea del pueblo, mediante la repetición de actos uniformes*.

Clasificación de la costumbre jurídica:

Desde el punto de vista de su relación con la ley hay tres clases de costumbre: *secundum legem, praeter legem* y *contra legem*.

- a) La costumbre *según la ley* –*secundum legem*– es paralela a ley positiva, sigue la misma dirección que el régimen legal, lo sirve y lo ejecuta fielmente. Se trata de la costumbre que es efecto y resultado de la ley positiva y constituye la manifestación ordinaria más evidente de la vigencia jurídica. En efecto, ninguna norma positiva

⁵¹ Para HAURIU “una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social”.

⁵² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 97, a. 3, ad. 3.

rige pacíficamente sino por la sumisión general que implica la costumbre conforme a ella. Por eso, dice Santo Tomás que “*las leyes reciben su máxima fuerza de la costumbre*”. Y esa es la razón por la cual, en idéntico sentido, una vez que una ley logró arraigo y generó una práctica social estable no debe ser modificada.⁵³ A su vez, es la interpretación usual de la ley, porque muestra la concordancia de las convicciones jurídicas del vulgo con la mente del legislador: *optima est legum interpres consuetudo* –la costumbre es el mejor intérprete de la ley– decían los romanos.⁵⁴

- b) La costumbre *fuera de la ley* –*praeter legem*, también llamada *extra legem*– es, decir, la costumbre que va más allá de lo que establece la ley en la medida en que suple la deficiencia de la ley positiva, colmando sus lagunas, dictando reglas omitidas en el texto legal, y ampliando el derecho escrito. Opera al modo de un derecho supletorio que llena los vacíos del derecho escrito. A ella se refirió el derecho romano cuando dijo: *omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo* (todo derecho lo hace el consentimiento general, o lo constituye la necesidad o lo establece la costumbre).⁵⁵
- c) La costumbre *contra la ley* –*contra legem*– es derogatoria, obra contra el vigor de la norma legal que rechaza, condenándola como opuesta al justo querer social. En efecto, la costumbre puede abolir una ley,⁵⁶ lo cual actualmente se denomina *desuetudo*.

Un ejemplo claro de la importancia de la costumbre como fuente de positivización lo tenemos en el derecho mercantil. Recordemos que el derecho comercial nació con anterioridad a la consolidación de los Estados nacionales, lo cual indica que nació como un derecho totalmente consuetudinario, fruto de las prácticas mercantiles de los comerciantes de las Ciudades Estado que empiezan a formarse en el norte de Italia, a lo largo del río Rin, y en el Sur de Francia. En ciudades tales como Florencia, Genova, Marsella y otras, se desarrollaron la banca, los instrumentos de crédito y las diversas instituciones mercantiles. Para ello, se aplicaron los principios prácticos del antiguo Derecho Romano, de conformidad con los desarrollos de la Escuela de Bolonia, de manera que cuando se consolidaron los Estados nacionales y asumieron el monopolio de la creación de derecho no hicieron más que volcar en normas positivas estatales las instituciones que se habían formado como consecuencia de una larga tradición consuetudinaria en materia mercantil.

5.- Validez y vigencia son dos aspectos constitutivos del fenómeno jurídico.

El derecho es materialmente un hecho social, el hecho de la vida social (esta es la materia informada o estructurada por el derecho) pero formalmente, es decir, desde el punto de vista de su estructura, del principio esencial que configura ese hecho social, el derecho implica una referencia al valor.

Esquemáticamente y con fines didácticos:

- a) La validez es el principio *formal* del derecho: la estructura o forma del derecho consiste en su referencia constitutiva al valor justicia, o dicho más brevemente: en su justicia inmanente. Si la justicia es igualdad y legalidad, el derecho será, correlativamente y siguiendo a Aristóteles, lo legal y lo igual, es decir, de una parte la conducta ordenada en tanto es conforme con la norma –ordenación racional– y, en última instancia, en tanto guarda conformidad con los principios del derecho natural y, de otra parte, lo que se ajusta al título del otro en una relación jurídica bilateral. El fundamento último de validez del Derecho es, por tanto, el Derecho Natural

⁵³ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 97, a. 2.

⁵⁴ *Digesto*, ley 37, tit. 3ro, lib. I.

⁵⁵ *Digesto*, ley 40, tit. y lib. citados.

⁵⁶

“La costumbre tiene fuerza de ley, puede abolir una ley y es intérprete de una ley” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 97, a. 3).

b) La vigencia es el sustrato *material* del derecho: su modo peculiar de existencia bajo la modalidad de vigencia social efectiva de las conductas jurídicamente válidas. Lo que las normas y principios de derecho natural ordenan, la realidad que regulan, en la que influyen a modo de principio configurante, es la conducta interactiva de los miembros de la comunidad social y política. De modo tal que, sin un mínimo de arraigo en la conducta social de ese orden o estructura racional, no hay derecho. Sin esta existencia como vida social efectiva, el derecho no tiene realidad, no es algo presente actualmente. Y tal como hemos visto, el fundamento inmediato de vigencia del Derecho es el Derecho Positivo.

Validez y vigencia son por lo tanto dos aspectos constitutivos del fenómeno jurídico que se corresponden, recíprocamente, con la forma y la materia del derecho en su unidad existencial.

Un mínimo de validez es imprescindible para que el derecho adquiera vigencia.

No hay derecho sin validez, sin la estructura que le confiera orden a la conducta, pues de carecer de ésta estaríamos ante un mero hecho de fuerza, ante una imposición arbitraria impuesta por aquellos que tienen el poder de dictarla; en fin, ante la expresión de la violencia del poder estatal. O, bien, en la formidable denuncia de San Agustín, tantas veces recordada, se corre el riesgo de que se tomen por derecho las reglas de un grupo de bandidos.⁵⁷

El derecho, huérfano o privado de toda validez, no es otra cosa que la imposición de las normas por la vía de la coacción, lo que es tanto como reducir el fundamento del derecho a la fuerza y el temor. Pero sobre la base de la violencia y del miedo solo se obtiene un asentimiento colectivo endeble. Jean Jacques Rousseau tiene una frase muy elocuente a este respecto: “*el más fuerte no es nunca lo bastante fuerte para ser siempre el amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber*”.⁵⁸ En suma, la vigencia social – que no será, en rigor de verdad, vigencia jurídica porque no es derecho en sentido propio – de un derecho inválido o injusto será siempre problemática e inestable. La historia demuestra que todos los regímenes autoritarios, dictatoriales y los sistemas jurídico-políticos groseramente injustos terminaron por caer y, por tanto, por perder vigencia.

El iusfilósofo español Luis Legaz y Lacambra lo explica en una página que, por su claridad y lucidez, conviene transcribir íntegramente:

No sólo, pues, para que el Derecho deba ser aplicado, sino para que sea o exista como tal Derecho –o sea, para que constituya la forma social de vida de una comunidad- ha de ser la expresión de un ideal ético de justicia. Puede prescindirse por ahora de la cuestión sobre la validez de ese ideal de justicia y la de si basta un ideal cualquiera de justicia para fundamentar el valor del Derecho. Pero un Derecho que pugne abiertamente con el ideal de justicia vigente en la comunidad a la cual se aplica, no será aceptado por ésta; por consiguiente, no alcanzará efectiva vigencia; y si la sociedad lo repugna no alcanzará tampoco un grado suficiente de aplicación judicial. Pues la repugnancia a aplicar esa norma puede ser tanta que alcance a los mismos órganos de la aplicación, quienes se abstendrán de llevarla a efecto; o bien es posible una lucha entre la sociedad y los órganos de aplicación del Derecho, que no podrá resolverse más que con el triunfo de éstos –lo cual implica la aceptación del Derecho- o con el de la sociedad, lo que significa que dejará de ser aceptado el Derecho en cuestión, que habrá sido sustituido por el que ya existía como vigencia social exenta de reconocimiento oficial. En la realidad, estos casos-límite son infrecuentes; pero supuesto que el Derecho está destinado a ser más que “letra muerta”, o sea, a convertirse en forma efectiva de vida social, cuando la sociedad lo rechaza íntegramente, por no encontrarlo acorde con su ideal de justicia, pierde la base real para su validez y ya no puede afirmarse que “debe” ser aplicado. Al dejar de ser forma de vida social, ha dejado de ser “Derecho”. Pero es que no pueden existir formas sociales de vida al margen de la justicia; por lo menos al margen de una vivencia de la justicia que por su intensidad, se convierte en una vigencia social.⁵⁹

⁵⁷ Cfr. TRUYOL Y SERRA, ANTONIO, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, vol. I, 4ta ed., Madrid, 1970, págs. 280-281.

⁵⁸ ROUSSEAU, JEAN JACQUES, *Contrato social*, Madrid, Aguilar, 1970, Libro I, cap. 2, pág. 8.

⁵⁹ LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, 3ª edición, 1972, págs. 292-293; en idéntico sentido, dice FÉLIX ADOLFO LAMAS: “el poder sólo puede ser estable si se apoya en, o si está legitimado por, los principios de legitimidad a los que el pueblo asiente que sólo consiguen instaurarse después de un largo lapso” (en: *La concordia política*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, pág. 210) y,

Como conclusión del pasaje recién copiado y de lo que llevamos dicho, cabe afirmar que resulta imprescindible un cierto mínimo de validez para que el derecho cobre efectiva vigencia, lo cual pone de manifiesto la implicancia recíproca de estas dos propiedades del Derecho.

Un derecho válido pero carente de vigencia tampoco es derecho.

Tampoco hay derecho válido sin vigencia, pues carecería de realidad, ya que el derecho existe sólo como vida social efectiva, de modo que un contenido normativo o un esquema de conducta, por mejor que fuere, no es derecho a menos que adquiera un cierto arraigo social.⁶⁰ Y para que el derecho cobre vigencia son necesarias las leyes positivas humanas, escritas y promulgadas. De modo que validez y vigencia son dos co-propiedades del derecho, sin las cuales no hay derecho. La validez encuentra en la vigencia su soporte existencial; la vigencia encuentra en la validez lo que la constituye como jurídica, es decir, su justificación intrínseca.

Puede decirse, por lo tanto, que validez y vigencia son dos dimensiones fundamentales del fenómeno jurídico que se reclaman recíprocamente, de modo que toda validez jurídica existe como vigente y toda vigencia jurídica existe como válida.

6.- Validez y vigencia se vinculan, respectivamente, con el Derecho Natural y el Derecho Positivo.

Ya hemos dicho que la condición necesaria para la vigencia del derecho es el Derecho Positivo, mientras que los principios de validez del derecho derivan del Derecho Natural. El Derecho Positivo determina o concreta el Derecho Natural y es fuente de su efectiva realidad. El Derecho Natural le otorga validez jurídica al Derecho Positivo, es decir, le da un contenido justo, y en esa misma medida lo hace ser “Derecho”. Por lo tanto, ni uno ni otro pueden existir independientemente.

El pensamiento iluminista plantea que hay dos derechos: el derecho natural es el derecho que se contrapone al derecho positivo del llamado *Antiguo Régimen*. Posteriormente, cuando a raíz de la Revolución Francesa la burguesía revolucionaria llega al poder dicta el Código Napoleón (1804) al que califica de “razón escrita”, la que, por lo tanto, no se puede cambiar. Esta posición desgaja el derecho en dos cosas supuestamente diferentes, lo cual implica, en última instancia, reducir el derecho al derecho positivo porque no puede haber dos principios de validez.

En cambio, para el pensamiento clásico el derecho es una unidad. Derecho natural y Derecho positivo no son, por lo tanto, dos “derechos” sino dos aspectos, dos modos del único Derecho, a la vez válido y vigente.

El Derecho Natural es un conjunto de principios de máxima validez, pero también de máxima universalidad y abstracción, que la razón natural puede conocer con evidencia. El Derecho Natural no es un catálogo de fórmulas claras y definidas articuladas en un sistema como lo entendieron los representantes de la escuela del derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII. Por el contrario, los principios del derecho natural y la misma ley natural son enunciados de máxima generalidad que, en cuanto tales, están expresados con una alta dosis de abstracción e indeterminación. Porque se trata sólo de una serie de indicaciones iniciales provenientes de las inclinaciones naturales y de la “*primera dirección de nuestros actos hacia el fin*”.⁶¹

agrega, en el caso de gobiernos despóticos o tiranías, ese asentimiento será, necesariamente, provisorio, inestable por ser de suyo susceptible de trocar en desobediencia y resistencia “ya que los oprimidos son siempre un peligro potencial para los opresores” (*ibidem*, pág. 212).

⁶⁰ A modo de ejemplo y en nota el pie: el famoso Código de Malinas, producido por la Unión Internacional de Estudios Sociales (con sede en Malinas), bajo la dirección de los cardenales Mercier y Von Roey, publicado en 1927 puede ser considerado un texto jurídico ideal, que refleja fielmente la doctrina social cristiana, pero jamás entró en vigencia y, por lo tanto, no es derecho en sentido estricto sino tan sólo un proyecto.

⁶¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 91, 2, ad 2.

La ley natural es un juicio universal, práctico, de evidencia inmediata. Por lo tanto, es un principio, de máxima universalidad y abstracción, que sirve de fundamento y de fuente de validez de todas las demás normas e instituciones del orden jurídico en sentido amplio y, de lo que podríamos llamar “orden jurídico normativo”, en especial. Por lo tanto, el o los principios de la ley natural, si bien contienen exigencias de conducta, porque no dejan de ser enunciados práctico normativos, las expresan de un modo relativamente inespecífico, es decir, con un alto grado de indeterminación, ambigüedad e imprecisión. En ocasiones, enuncian pautas generales mediante locuciones muy escuetas y esquemáticas, y muchas veces ni siquiera describen supuestos de hecho singulares ni establecen ninguna consecuencia jurídica sino tan sólo meras indicaciones.⁶² Valga como ejemplo las siguientes formulas de la ley natural: debe obrarse de conformidad con la razón y con la naturaleza (*kata physin, kata logon*) debe hacerse el bien y evitarse el mal (*bonum faciendum, malum vitandum*); no se debe dañar al otro (*alterum non laedere*); debe conservarse y respetarse la vida humana, etc.

Es por ello que el Derecho Natural y la ley natural necesitan de la actividad humana a través de la creación de los códigos, las leyes, los contratos y los textos normativos escritos, en general, para que esos principios comunes adquieran determinación, concreción y operatividad plena. El derecho natural reclama y exige un complemento de disposiciones particulares, complemento que surgirá de la elaboración de las normas de derecho positivo,⁶³ de modo tal de que los principios comunísimos de la ley natural y del Derecho Natural cobren concreción histórica y, consecuentemente, vigencia efectiva. Hasta que el Derecho Natural no haya recibido estas últimas determinaciones, resulta insuficiente para regular la vida humana y especialmente los asuntos concretos de la vida en sociedad.⁶⁴ Ello por cuanto no es posible sostener la obligatoriedad de un mandato social impreciso e indeterminado, puesto que los destinatarios de esa obligación no sabrían a ciencia cierta qué es lo que deben hacer y qué es lo que no. La socialidad y la coercibilidad, en cuanto propiedades del derecho, exigen un objeto bien definido. El Derecho positivo tiene la función de complementar, de definir, de completar, de precisar lo que la ley natural le ofrece en estado de cierta indefinición, en forma incompleta con algún grado de indeterminación.

Empero, desde otra perspectiva, el Derecho positivo no puede prescindir por completo de las exigencias éticas y de racionalidad práctica propias del Derecho Natural, so pena de dejar de ser derecho propiamente dicho, para pasar a ser una imposición coactiva injusta, un mero sistema de administración de la violencia estatal.

Derecho natural y Derecho positivo, no son, por lo tanto, dos “derechos”, según parece haber sido el malentendido racionalista, sino dos aspectos constitutivos y desiguales del Derecho, y que, funcionalmente, pueden entenderse respectivamente como el fundamento intrínseco y último de validez del Derecho (Derecho natural) y el fundamento inmediato de su vigencia y determinación de aquél (Derecho positivo).

7.- Relación entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural.

El Derecho Natural es el fundamento de validez de las normas jurídicas y las instituciones jurídico-positivas. Así, se ha dicho que los principios del Derecho Natural son “*el armazón de la legislación positiva*”,⁶⁵ las ideas rectoras que inspiran e informan las respectivas normas jurídico-positivas, en el sentido de que hay una dependencia jerárquica de la ley positiva respecto de los principios jurídico-naturales.⁶⁶ Las normas del derecho positivo se

⁶² BETTI destaca “la repugnancia que los principios generales oponen a una formulación preceptiva precisa, en cuanto afirman orientaciones e ideales de política legislativa, capaces de una indefinida y –casi se diría– inagotable potencialidad.” (BETTI, EMILIO, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2ª ed., 1971, pág. 312 y ss., n° 57)

⁶³ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 91, 3.

⁶⁴ GRANERIS, GIUSEPPE, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2da edición, 1977, pág. 66.

⁶⁵ RIPERT, GEORGES-BOULANGER, JEAN, *Tratado de Derecho civil*, Buenos Aires, 1963, tomo I, pág. 13.

subordinan a los principios del Derecho Natural, reciben de ellos su legitimación y validez, es decir, su justificación, y deben, por tanto, ser congruentes con ellos.

Las normas del Derecho Positivo dependen jerárquicamente de los principios del Derecho Natural y derivan de ellos según los dos modos clásicos,⁶⁷ a saber: por la vía que va de las premisas hasta las conclusiones como en las demostraciones, o bien por el camino que va de la indeterminación del principio a la regulación detallada, concreta y específica de la norma.

Dicho esto con mayor rigor, los preceptos de la ley positiva se desprenden de los principios de la ley natural:

1) *Por deducción*: hay normas positivas establecidas por el hombre que derivan de principios jurídicos naturales a modo de conclusión de un razonamiento deductivo. Así, por ejemplo: del principio “no se debe hacer el mal a otro” se puede derivar, por vía de conclusión más particular, la regla que dice “no se debe causar un daño a otro” (*alterum non laedere*), y todavía de esta regla se derivan, a modo de conclusión o de aplicación, los siguientes preceptos del Decálogo: no matar, no hurtar, no mentir, en cuanto tales actos implican, de suyo, inferirle un daño a otro. De estas reglas se derivan, como conclusiones, las respectivas normas jurídico-positivas que integran los códigos penales de la mayor parte de los sistemas jurídicos de la tierra que castigan el homicidio (en nuestro derecho, los arts. 79 y ss. del Código Penal), y las leyes civiles que regulan la responsabilidad por daños (en el derecho argentino: Código Civil, arts. 1109 y conds.)

Se trata, en todos estos casos, de recurrir a un cuasi-silogismo deductivo en donde la premisa mayor es una norma o principio de la ley natural, de suyo más general, y la conclusión será la norma de derecho positivo que el legislador humano deberá poner. Santo Tomás nos brinda el ejemplo ya indicado:⁶⁸

Premisa mayor: no se debe hacer mal a otro.

Premisa menor: matar es causarle un mal a otro.

Conclusión: luego, no se debe matar a otro.

Las leyes humanas positivas de esta clase obligan en razón de la fuerza obligatoria de las normas jurídico-naturales de las cuales son conclusiones. En efecto, si las reglas de la ley natural son en sí mismas válidas, las normas positivas humanas deducidas de ellas son igualmente válidas, en la medida en que su inferencia se ajuste a las correspondientes reglas de la lógica,⁶⁹ es decir, siempre y cuando el razonamiento por medio del cual se obtiene la conclusión sea lógicamente correcto.

Santo Tomás agrega que “al derecho de gentes pertenecen aquellas cosas que se derivan de la ley natural como las conclusiones derivan de los principios; por ejemplo, las justas compras, ventas y cosas semejantes, sin las cuales los hombres no pueden convivir entre sí, convivencia que es de ley natural, porque el hombre es por naturaleza un animal sociable”.⁷⁰

2) *Por determinación*: es decir, por elección entre distintas posibilidades de regulación positiva de la pauta genérica e indeterminada contenida en el derecho natural, opciones que no resultan incompatibles entre sí pero que exigen un cierto juicio de preferencia por parte del legislador, sobre la base de la prudencia y considerando las particularidades histórico concretas, como cuando la autoridad pública decide que la dirección del tránsito en una

⁶⁶ “El Derecho –dice LEGAZ Y LACAMBRA- brota, mana de los principios generales, porque viene de ellos, está poseído por ellos.” (LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, “Los principios generales del derecho”, en *Revista del Instituto del Derecho Comparado*, Barcelona, N° 19, julio diciembre de 1962, pág. 57).

⁶⁷ Con relación a la ley, cfr. S. TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, I-II, q.95, a.2.

⁶⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, art. 2, resp.

⁶⁹ KALINOWKI, GEORGES, *El problema de la verdad en la moral y el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, pág. 151.

⁷⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 4, *Respondeo*.

calle sea hacia el norte o hacia el sur. El ejemplo que da Santo Tomás es el de las penas: la ley natural ordena que el que comete un delito sea castigado; pero que se deba castigar a tal sujeto con tal o cual pena es algo que queda sujeto a la determinación prudencial del legislador humano. Por lo tanto, es imprescindible que el legislador humano complementa las normas semi-naturales que prohíben el robo, el homicidio, etc. con una determinada sanción. Así, el hombre es quien determina por medio de una norma positiva cuál es la pena concreta que se le debe aplicar al ladrón o al homicida.

Sin embargo, aún este margen de discrecionalidad en la determinación de aquello que la ley natural deja indeterminado, y que requiere la decisión del hombre, también tiene límites naturales, es decir, límites racionales que están dados por la propia naturaleza de las cosas. Así, por ejemplo, la pena para el robo no podría ser solo una mera admonición sin consecuencias negativas reales para el infractor y tampoco podría ser la reclusión perpetua, porque ambos serían casos extremos, de impunidad, el primero, y de desproporción en la aplicación de la pena, el segundo.

Esto significa que, aún cuando en este segundo tipo de normas, la derivación de la ley natural es más indirecta que en el caso de las normas-conclusiones y que, por lo tanto, el legislador humano tiene un ámbito mayor de libertad para determinar el contenido concreto de la norma, sin embargo la ley natural determina también unos límites razonables, por cierto imprecisos, entre los cuales debe moverse el legislador humano.⁷¹

Según el Aquinate “las cosas que se derivan de la ley natural por vía de determinación particular, pertenecen al derecho civil, en virtud del cual toda ciudad determina qué es lo más conveniente a su prosperidad”.⁷²

8.- La reducción de la validez a la existencia de la norma propia del positivismo jurídico.

De acuerdo con la doctrina del positivismo jurídico la validez jurídica consiste en la validez en sentido formal o procedimental. Primero, se reduce el derecho a norma y, acto seguido, se reduce la validez del Derecho a la forma o manera en que es “puesta” una norma jurídica positiva, es decir, al procedimiento de creación de la norma. En general, desde esta perspectiva se exigen las siguientes condiciones para que una norma jurídica sea válida:

- a) En primer lugar, que haya sido promulgada en forma adecuada, es decir, por el órgano competente y con arreglo al procedimiento establecido al efecto, por una norma de superior jerarquía.
- b) Segundo, se requiere que la norma jurídica no haya sido derogada.

El más puro exponente de esta acepción de la validez que estamos examinando es Hans Kelsen (1881-1973)⁷³. El famoso jurista vienes convierte el concepto de validez en una idea central de su “teoría pura del derecho”. Para él, la cuestión de la validez del Derecho:

no es cuestión de contenido. Cualquier contenido puede ser Derecho, no hay conducta humana que no pueda ser contenido de una norma jurídica. Una norma vale como norma de derecho únicamente porque nació de cierta manera, porque fue creada según una regla determinada, porque fue producida con arreglo a un método específico. El Derecho vale únicamente en cuanto Derecho positivo.⁷⁴

Como puede apreciarse, la validez jurídica para Kelsen se reduce a exigencias formales – competencia del órgano y procedimiento de producción de la norma- prescindiendo explícitamente de consideraciones sustanciales, materiales o de contenido de la norma jurídica. En efecto, Kelsen explica con meridiana claridad que, para él:

⁷¹ GRANERIS, GIUSEPPE, Contribución...pág. 74.

⁷² SANTO TOMÁS DE AQUINO, obra y lugar citados en nota anterior.

⁷³

Jurista, filósofo y pensador austriaco de origen judío (Praga, 1881 - Berkeley, California, 1973). Fue uno de los principales teóricos del positivismo jurídico del siglo XX. Entre sus obras se destacan: *Esencia y valor de la democracia* (1920); *Teoría general del derecho y del Estado* (1925) y *Teoría pura del derecho* (1925).

⁷⁴ KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, pág. 48.

la validez del derecho no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por si misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. la validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.⁷⁵

La intención de Kelsen es hacer una depuración axiológica de la norma jurídica, es decir, una eliminación de toda exigencia valorativa, una purificación de todo contenido de valor. De ahí el nombre de su doctrina: *Teoría pura del Derecho*. La norma jurídica sólo expresa una imputación neutra de un consecuente a un antecedente. La pureza del sistema consiste en eliminar del campo jurídico todos los elementos que, como la política, la ética, la sociología, la religión, los valores, impiden, a su criterio, construir una ciencia del derecho objetiva y rigurosa.

El jurista austríaca piensa que, en la medida en que lo jurídico se mezcle con lo moral, con los valores, con la religión, con la política, se torna impreciso porque ello lo contamina con elementos subjetivos o ideológicos. Y como su principal preocupación es lograr un concepto de Derecho preciso, riguroso y objetivo -ésta es la preocupación epistemológica central de Kelsen- se propone expurgar en forma escrupulosa todas las fuentes de imprecisión, de equivocidad del lenguaje, entre los cuales incluye la moral, la religión, los valores, etc. Consecuencia de ello es que el Derecho, reducido a normas jurídico-positivas, puede disponer cualquier conducta en cualquier sentido, sin límites derivados del contenido material de la regulación.

La tesis central del positivismo kelseniano es que el derecho es un sistema de organización social estrictamente formal que, en cuanto tal, es autónomo respecto de la moral y también de toda otra fuente de contenidos materiales. Adviértase que esta afirmación es la que se contradice con el pensamiento iusnaturalista para el cual el Derecho es una especie dentro del género de la moral.

Para Kelsen, la validez consiste en la existencia de la norma *hic et nunc* -aquí y ahora-, es decir, en la positividad de la norma, en el hecho de haber sido “puesta” por el órgano competente y de conformidad con el procedimiento de creación previsto en el régimen de que se trate. Toda norma válida existe y toda norma existente es válida. El vínculo entre ambas nociones es de igualdad. Los términos “ley válida” y “ley” denotan lo mismo. El admite sólo la distinción entre validez y eficacia; ésta es el hecho de que una norma o un orden normativo sea obedecido o aplicado; así entendida, la eficacia es una condición de la validez.

La validez, desde la perspectiva del positivismo normativista de Kelsen, es una acepción de validez puramente formal, pues se limita a fijar una serie de requisitos de forma -entendiendo por forma, el procedimiento de creación de la norma- para considerar válida a una norma cualquiera. Se dejan de lado toda consideración del contenido material de la norma para dilucidar si es válida o no. El jurista dogmático realiza, por tanto, un estudio del derecho axiológicamente neutro que prescinde totalmente de la bondad o justicia de las normas y del orden jurídico positivo. El criterio de validez consiste en comparar la norma jurídica cuya validez se examina con otra norma superior que es la que establece el procedimiento de producción de aquella. Si existe entre ambas normas una relación de concordancia o compatibilidad, la norma inferior se considera válida. Esta relación de concordancia se establece examinando los siguientes elementos de la norma inferior que pueden estar determinados por la norma superior: el órgano y el procedimiento.

El positivismo normativista o legalista lleva a una concepción en virtud de la cual el derecho termina siendo *quod principi placit* -lo que le place al príncipe- con independencia absoluta de que la voluntad del príncipe -o de la autoridad constituida de que se trate: el congreso, el presidente, etc.- sea justa o tenga un contenido axiológico positivo.

Haciendo una crítica a Kelsen, podemos decir que si bien es cierto que una ley es válida cuando ha sido dictada de una determinada manera, también lo es en virtud de su contenido, que debe ser congruente con la ordenación de todo el Derecho hacia el bien

⁷⁵ Obra citada, pág. 136.

común y, en última instancia, con los principios más generales de la ley natural y de la justicia. La experiencia jurídica no autoriza a desentendernos de los aspectos axiológicos del Derecho.

Contra la tesis de la consideración neutral de lo jurídico que se limita a describir, y contra el paradigma científico de la pureza metódica, desde la tradición de más de veinticinco siglos de iusnaturalismo sostenemos que la realidad del derecho es fundamentalmente valorativa y, por lo tanto, cualquier consideración que prescindiera de este aspecto intrínseco del fenómeno jurídico, es una consideración parcial, reduccionista, que transmite solo un aspecto, una parte, una característica del fenómeno jurídico, en el mejor de los casos, un punto de vista a su respecto, pero nunca un conocimiento pleno, completo, general, acabado, del fenómeno jurídico.

Por otra parte, la experiencia forense demuestra que la mayor parte de las declaraciones de inconstitucionalidad o de invalidez de una ley, de una sentencia o de un acto administrativo de hecho no revisten su causa en vicios de procedimiento, o en la regularidad con la que tales actos han sido creados, sino que se vinculan con cuestiones relativas al contenido de la norma y en relación a su justicia sustancial. Al contrario, son realmente muy pocas las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes sobre la base de incompetencia del órgano que legisla o por violaciones del procedimiento.

Buenos Aires, mayo de 2014