

VALIDEZ Y VIGENCIA DEL DERECHO

DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO*

I.- INTRODUCCIÓN

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

Plantearse como tema y problema el Derecho natural, conlleva a la vez la riqueza y la ambigüedad de todas las cuestiones clásicas.

De una parte, debe decirse que el Derecho Natural es y será siempre uno y el mismo, mientras sea una y la misma la naturaleza humana; y aunque, en contraste con la unidad de la verdad, el error sea vario y múltiple, potencialmente al infinito, la experiencia histórica pone de manifiesto que no hay tampoco muchas variaciones en las objeciones positivistas, planteadas por primera vez por los sofistas del siglo IV a.C.

Pero, de otra, el Derecho Natural debe necesariamente positivizarse para tornarse vigente, en la concreción de la vida jurídica. Y los modos de positivización están determinados por la historia; y con esos nuevos modos se generan nuevos problemas. De ahí que del viejo tesoro de la tradición clásica siempre será posible sacar cosas nuevas. No, claro, un nuevo y distinto Derecho Natural, sino nuevos planteos dialécticos de una cuestión perenne.

En el siglo XX se replantearon dos órdenes de problemas; de una parte, el de la naturalidad y positividad jurídicas bajo el aspecto de la consideración dialéctica¹ de dos propiedades del Derecho: su validez y su vigencia²; de otra, el de la concreción jurídica. Dos órdenes de cuestiones que aparecieron recíprocamente implicados. La debilidad del positivismo radica precisamente en la dificultad de justificar la validez del Derecho, y por eso ha realizado tantos esfuerzos teóricos en torno de este problema. La debilidad de ciertos jusnaturalistas, por su parte, radica en justificar y entender los fenómenos de vigencia jurídica a partir de una validez abstracta. En ambos casos la solución debe buscarse, en definitiva, en el plano de la concreción. Y ésta quizás sea una herencia legítima que podemos transmitir a los juristas del siglo nuevo.

La validez y la vigencia son propiedades del Derecho; propiedades en sentido estricto, es decir, notas o determinaciones que emanan necesariamente de la realidad específica del Derecho y que, a la vez, fungen como notas manifestativas de éste. Y, en principio, y precisamente por serlo, admiten una consideración casi teórica, por su máxima generalidad y proximidad a los aspectos esenciales de Derecho. Con gran lucidez, *D. Luis Legaz y Lacambra*, quien advirtió la insuficiencia de la idea kelseniana

* Publicado en Madrid Ramírez, Raúl y Widow, Felipe (coordinadores), *Jornadas Internacionales de Derecho Natural Chile 2005-2007*, Buenos Aires, EDUCA, 2009, págs. 61-81).

¹ Uso la palabra *dialéctica* en su sentido clásico, platónico-aristotélico (cfr. al respecto mi trabajo *Dialéctica y Derecho*, en CIRCA HUMANA PHILOSOPHIA III, Bs. As., 1998, págs. 9-76).

² Cfr. mi obra: *La experiencia jurídica*, Bs. As., IEF, 1991, L.II, cap. IV, V.

de *validez*³, entendió que este problema se planteaba sobre todo en el momento de la determinación del Derecho o de aplicación de la ley.

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

Pero ambos binomios (validez y vigencia, y Derecho natural y positivo) involucran en su problema al propio concepto de Derecho. Más aún, lo determinan y le dan contenido. A su vez, ninguno de los términos de la cuestión puede justificarse sino a partir de dicho concepto, que necesariamente ha de operar como principio propio de toda argumentación científica. De modo que, si hemos de apuntar a la raíz de la cuestión, debemos detenernos en éste que, lejos de ser un tema pacífico entre juristas, teóricos o filósofos del Derecho, constituye uno de sus momentos cruciales y la condición adecuada para afrontar el gran tema y problema de la concreción jurídica.

Claro que el carácter problemático del concepto de Derecho no es algo que lo haya sido desde siempre. Por el contrario, pese a la multivocidad de las palabras que lo expresan, y a la complejidad estructural con la que los fenómenos jurídicos se aparecen en la experiencia, hubo en el largo período que va desde los orígenes del pensamiento clásico hasta el nacimiento del pensamiento moderno, asombrosas coincidencias. Sólo a partir de lo que *Gentile* denomina *geometría legal* la cuestión se presenta como uno de los problemas más espinosos, vinculado a su vez con cuestiones más fundamentales de índole metafísica, antropológica o metodológica.

Ahora bien, la discusión acerca del punto de partida o de los principios, tiene siempre una dificultad: si lo que se discute son principios, ¿dónde encontrar los principios comunes que hacen posible la discusión? Por otra parte, en este tipo de disputas se corre el riesgo de caer en un acantonamiento ideológico o en un consensualismo de dudoso provecho. Por esta razón, nuestro problema no puede ser abordado sino a partir de la experiencia, y mediante una fenomenología dialéctica.

3.- Perspectiva formal

La cuestión así planteada admite, al menos, dos perspectivas formales o puntos de vista distintos. Una, es la que podríamos denominar *jurídico-científica*, limitada al Derecho en cuanto realidad mundanal y a sus causas y principios inmanentes. Otra, propiamente metafísica, en la que el pensamiento debe remontarse a los últimos principios o causa primera de lo real.

En esta investigación me limito al orden inmanente del Derecho y a sus principios propios. Pero quede advertido que una auténtica filosofía deberá afrontar siempre el tema de Dios, como fundamento, principio y causa última del Derecho, tanto en su realidad actual como en su vigencia.

4.- Una observación metodológica

El concepto de Derecho no tiene como referencia un fenómeno físico o una cosa que se recorte por sí misma en el contexto de la realidad mundanal, susceptible de ser mostrado deícticamente (v.gr. señalada con el dedo), como ocurre con objetos naturales

³ *Luis Legaz y Lacambra* fue uno de los más brillantes discípulos de *Kelsen*. Su tesis doctoral, dirigida por el propio maestro vienés, tuvo como tema “*La teoría pura del Derecho*”. Se anuncia allí lo que luego se desarrollaría como crítica radical del formalismo kelseniano.

como son los hombres, los animales, las cosas materiales, etc.; en estos casos, si bien la significación -es decir, su expresión conceptual o lingüística- puede ser discutible, no lo es su referencia o, para decirlo en términos lógicos escolásticos, su *suppositio*, pues siempre es posible recurrir al dedo u otro instrumento señalador. El referente del concepto de Derecho tampoco es un mero suceso o acontecimiento simple, susceptible de ser individualizado mediante su ubicación en las coordenadas espacio-temporales. Por el contrario, el Derecho es *algo del hombre*, es decir, una determinación accidental de éste en la vida social, y por lo tanto algo que es dinámico, en continuo hacerse; es un objeto cultural y social, máximamente complejo y permanentemente abierto a determinaciones sucesivas, mediante actos legislativos, sentencias judiciales, contratos, etc., que nunca puede ser señalado definitivamente.

La *venatio objecti vel definitionis* ha de constituir, pues, un proceso metodológico cuyo momento originario no es otro que la experiencia jurídica, que es una forma especial de experiencia social, y cuyas fuentes principales -además de la propia percepción actual o habitual del observador y agente- son el lenguaje y la tradición jurídica⁴.

II.- EL CONCEPTO DE DERECHO

1.- La semántica de la palabra "Derecho"

El lenguaje no sólo acompaña a la experiencia, sino que es él mismo experiencia social; no sólo es expresión del pensamiento -esto es lo que denomino su *función eidética*⁵-, sino que es pensamiento objetivado; pensamiento que se comunica socialmente y, por lo tanto, pensamiento interactivo -esta es su función social comunicativa-; pensamiento objetivado que tiene historia y que es uno de los constitutivos de toda tradición.

En nuestro caso, no sólo sirve como instrumento metódico para una primera demarcación del Derecho, en cuanto objeto cultural, sino como fuente del sentido mismo que constituye a éste como tal objeto. La experiencia jurídica es, pues, en primer lugar, una experiencia lingüística.

Consideremos pues la palabra *Derecho*, que es semejante en su etimología y en su historia semántica a los términos correspondientes de los idiomas romances (*diritto* en italiano, *direito* en portugués, *droit* en francés) e incluso del alemán (*Recht*).

Derecho deriva del adjetivo latino de primera clase "directus-a-tum"; se trata de un adjetivo verbal que proviene del participio pasivo pasado del verbo *dirigo*, que quiere decir, igual que en castellano, "dirigir". En principio, pues, *Derecho* etimológicamente significa "dirigido" y, substantivado, "lo dirigido".

A su vez, *dirigo* es un derivado del verbo *rego*, al que se le agrega como prefijo la partícula "di", que en este caso tiene un claro matiz direccional. *Rego* quiere decir "regir, mandar, ordenar". De allí, por ejemplo, que *rex* es el que manda, ordena.

⁴ Sobre la tradición en cuanto experiencia, diserté en la Universidad de Padova, en el Seminario Internazionale di Studio, 17/19 gennaio 2000, organizado por el Seminario di Teoria generale del diritto del Dipartimento di Storia e Filosofia del diritto e Diritto canonico, bajo el título: "Ordinamento político, giurídico ed economico - Metodologia giurídica, esperienza e tradizione".

⁵ Cfr. mi trabajo: *Lenguaje, dialéctica y metodología jurídica*, en REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA PRÁCTICA I, Bs.As., 2003, pág. 20.

Ordenar⁶ es asignar un orden, una jerarquía, una disposición conveniente relativa a un principio de ordenación, y puede tener un sentido físico o moral. *Rectus-a-um* es pues un adjetivo verbal que significa lo dirigido, lo ordenado, lo mandado, lo recto. La familia de palabras que deriva de la misma raíz es inmensa, tanto en latín como en las lenguas romances: regir, régimen, regimiento, regla, regular, reglamento, corregir, dirigir, etc. Con la partícula “di”, que hace referencia hacia un punto o término direccional, este verbo adquiere un matiz más claramente dinámico. *Dirigo* y *dirigir*, por lo tanto, significa ordenar, disponer, mandar, sin desviaciones, en función de un término que opera como fin. En especial, hay que prestar atención a la vinculación semántica entre *dirigir* y la regla, que en latín también se llama *norma*, que es tanto una regla física de derechura –como la que se usa para trazar una línea- como una regla de conducta.

Directus, en conclusión, es lo recto, lo mandado, lo ordenado, en función de un fin y según una regla o norma de “derechura”.

La palabra *Derecho* -y sus correlatos en las otras lenguas romances- se fue imponiendo en el uso vulgar a finales de la Edad Media, como traducción de *ius*, y coexistió con este término durante siglos, hasta que terminó sustituyéndolo. Esta sustitución lingüística de *ius* por *Derecho*, pues, si hemos de atender a la *ratio impositionis nominis*, sólo se explica si se entiende que se ha buscado resaltar o poner de manifiesto la dimensión normativa y, sobre todo, la dimensión teleológica, que opera como principio real y racional tanto de la conducta como de la norma. Sustitución, de otra parte, que acerca semánticamente al *ius* con la significación originaria de δίκη, y las dos determinaciones de lo justo como “lo legal y lo igual”.

Es necesario, pues, examinar la historia y tradición jurídico-lingüística en un marco más amplio, remontándonos hasta los orígenes de nuestra civilización.

2.- La tradición jurídica

2.1. La Grecia clásica

Los griegos usaron dos palabras -o dos grupos de palabras- para designar lo que hoy llamamos *Derecho*, que destacaban dos ideas o aspectos que lo constituyen formalmente: la ley, la norma, lo legal, de una parte, y la justicia, lo justo, de otra.

Nomos (νόμος) -uso, costumbre, norma, ley, estatuto- proviene del verbo νέμω, que quiere decir: distribuir, repartir, dar; apacentar, conducir al pasto; habitar, ocupar, poseer; gobernar, administrar, cuidar de... La familia es amplísima. Valga citar, entre otros vocablos: νομή (reparto, distribución), νομίζω (acostumbrar, juzgar, estimar), νομικός (legal, jurisconsulto), νόμιμος (habitual, normal, legal, justo), νόμισμα (costumbre, regla, moneda, institución), etc. La idea central es la norma como regla de conducta y expresión o resultado del acto de una autoridad que manda y reparte, como un pastor con su rebaño. En cuanto regla resulta el criterio de rectitud, un cierto orden formal o modélico que vincula la conducta del hombre en la *pólis*, una medida o límite

⁶ Es por demás interesante el examen de la etimología e historia semántica de los términos *ordo*, *-nis*, y del verbo *ordino*, proporcional a los griegos τάξις, τάσσω, διατάσσω (cfr. los respectivos diccionarios etimológicos latino y griego de ERNOUT-MEILLET y CHANTRAINE, París, Kincksieck, 1979 y 1968). En el pensamiento de ARISTÓTELES, el concepto de orden se vincula estrechamente con el de λόγος (palabra, pensamiento objetivo, razón) y νόμος (ley, costumbre obligatoria, norma en general). Los medievales y SANTO TOMÁS en particular, elaboraron una rica teoría del orden (cfr. de S. RAMÍREZ, *De ordine*, Salamanca, San Estéban, 1963.).

que no se ha de traspasar y una orientación racional hacia el bien común. Ella se expresa mediante conceptos y palabras -λόγοι- formando enunciados de juicios estimativos e imperativos. La relación con la justicia es estrecha, en la medida en que es la regla y la medida de lo justo.

Δίκαιος (δίκαια, δίκαιον), justo, es un adjetivo que califica tanto a una persona como a una conducta. Para designar el objeto de esa conducta -o a esa conducta objetivamente- se usa -a partir de *Aristóteles*- el neutro *tó dikaion*, la cosa justa. De este adjetivo deriva el sustantivo abstracto *dikaiosýne*, que designa la virtud de la justicia, la rectitud moral en general. Ambos vocablos derivan de δίκη -que puede traducirse como regla⁷, costumbre, hábito, derecho, justicia, acción judicial, causa, proceso, pleito, acusación, sentencia, decisión, pena, venganza-, y también Δίκη -la justicia personificada en cierta divinidad del Olimpo- y todos éstos del verbo δείκνυμι -mostrar, hacer ver, indicar, denunciar, explicar, probar-. A diferencia del grupo anterior, con esta familia se significa principalmente una cualidad de la persona o de la conducta en su vida social y política, cualidad que se tiende a objetivar. Según *Aristóteles* esta cualidad se identifica con lo legal (τὸ νομικόν) y lo igual (τὸ ἴσον).

En el plano de la justicia particular conmutativa, *Aristóteles* habla de la reciprocidad en los cambios, que luego ha de reconocerse como principio del *sinálagma*, para designar -en el caso de los intercambios- la concurrencia y correlación de dos títulos contrapuestos según una medida objetiva de igualdad (como p.ej. se corresponden exactamente el título del acreedor y el título del deudor en una relación crediticia, o el precio y el valor de la cosa en una compraventa). Esa medida está de alguna manera más allá de la buena o mala intención subjetiva, y no depende tanto de las condiciones del sujeto cuanto de la naturaleza misma de las acciones, de los hechos y de las cosas; por eso se considera objetiva.

Estas ideas del *Filósofo* en parte son originales, pero en parte condensan la tradición de -por lo menos- tres o cuatro siglos anteriores; en este proceso tradicional deben tenerse en cuenta, como jalones centrales, a los poetas, los siete sabios, el pensamiento pitagórico, *Heráclito*, y sobre todo a *Platón*. y su polémica con los sofistas.

Derecho (*ius*) es, pues, por un lado, la norma; por otro, lo justo objetivo o la misma cosa justa (en expresión de *Sto. Tomás de Aquino*).

2.2. La Roma antigua

Para los romanos la cosa no es totalmente distinta. Por lo pronto, el latín clásico registraba dos palabras: *ius*, que hoy traducimos como "Derecho", y el término *lex*, que no designaba cualquier norma, sino una clase determinada. Incluso está la palabra *norma*, que significa "regla". La *lex* era una regla -norma- del *ius*, o, como decía *Cicerón*, un criterio racional de discriminación de lo justo (*ius*) y lo injusto (*iniuria*); podríamos agregar: un criterio imperativo, sin que este carácter de imperativo se oponga a la racionalidad.

Pues bien, la *lex* no era lo mismo que el *ius*. Repárese en la vinculación etimológica y semántica entre *ius* y *iustum*, y, cualquiera sea la tesis que se acepte acerca de cuál de ambos términos procede del otro, lo innegable es la vinculación entre

⁷ El primer significado que le atribuyen a este término los buenos diccionarios es precisamente el de *regla* y *uso* o *costumbre*. Aplicado a la conducta humana tomó el sentido de *justicia*. La significación etimológica de la palabra parece haber sido *dirección*. Cfr. P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Paris, 1968, t.I, págs. 283-284.

estas dos palabras y sus nociones respectivas. El *ius* era -según la famosa definición de *Celso* (siglo II d.C.)- lo bueno y equitativo. Dicen algunos comentaristas que aquí están aludidos los dos grandes sectores del Derecho: el Derecho público, que comprende todo *lo bueno* que está ordenado al bien común de la república, y el Derecho privado que concierne a *lo equitativo*, lo objetivamente igualitario; en efecto, *aequitas* tiene la misma raíz que *aequalitas*.

Lo cierto es que para los romanos el *ius* tenía como significación un sector objetivo del bien del hombre. En especial, el *ius* en cuanto *aequum* era equivalente al principio del sinalagma de *Aristóteles*. A través de una sucesión de fórmulas pretorianas, los romanos vienen a ratificar básicamente la misma idea griega: es necesario que exista un equilibrio objetivo en las conductas interactivas de los ciudadanos. Precisamente ese equilibrio objetivo y dinámico entre las cosas que se dan, se hacen, se omiten y se prometen era el Derecho.

Se advierten, pues, muchas semejanzas entre las concepciones griegas y romanas. El Derecho es una cosa social, se realiza en la vida social y guarda una relación necesaria con normas y bienes (o valores), sobre todo con la justicia -*dikaíosýne* o *iustitia*-. Es decir, tanto unos como otros entendieron que en las relaciones y conductas humanas había que distinguir, aunque sin separar, *aspectos fácticos* (cuestiones de hecho) y *aspectos* relativos al valor o *axióticos* o *axiológicos* (cuestiones de validez, de derecho). Pues bien, los antiguos advirtieron que el Derecho ("*ius*", "*tó díxaion*") guardaba una relación constitutiva con la justicia. Pensar en el Derecho era pensar en un *fenómeno de validez* y no de mera vigencia -esa cierta fuerza social mediante la cual una institución, una norma o lo que fuese se realiza en la conducta humana-, puesto que la vigencia es sobre todo un cierto hecho, que en definitiva es realización actual y fenoménica de un bien o un valor. Hablar de Derecho, en cambio, implicaba justificar que algo *valía como Derecho*. Más precisamente, ellos mostraron cómo éste hace alusión a una esfera específica de valor, en cuyo centro está la justicia.

2.3. Para Santo Tomás de Aquino

En el siglo XIII d.C., el mundo occidental tiene un concepto de Derecho bastante decantado, mucho más preciso que el de griegos y romanos. Su perspectiva histórica abarca toda la tradición anterior, incluyendo *Platón*, *Aristóteles*, *Cicerón*, *Séneca*, los juristas romanos, el *Corpus* justiniano, no sólo las Institutas o el Digesto sino las propias leyes o el cuerpo mismo del Código, etc. Y así se justifica que *Sto. Tomás de Aquino* diga: "los juristas romanos llaman *ius* a lo que *Aristóteles* llama *justo objetivo*"⁸.

"Justo objetivo" no es lo justo abstracto, ni la virtud de la justicia como virtud moral, ni tampoco la conducta justa en sentido total y moral. Es el objeto terminativo de la conducta que se ajusta en una relación de igualdad frente a títulos opuestos de contenido equivalente, lo que en concreto significa que aquello que el acreedor reclama es lo mismo que aquello que el deudor debe pagarle. En un caso hay un título de merecimiento positivo, en el que se funda un *poder de reclamación*; en otro, un título de merecimiento negativo en el que se funda un *deber de prestación*. Pero el objeto es el mismo. A eso se refiere *Santo Tomás*, cuando habla de lo justo objetivo, siguiendo a *Aristóteles*, y cuando usa la expresión "la misma cosa justa"⁹.

Ahora bien, si el Derecho es lo justo objetivo, la ley o la norma -continúa *Santo*

⁸ *In Ethicorum*, L.V, Lectio XII, 1016.

⁹ "...hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam", *S. Teol.*, II-II q.57, a.1, resp.

Tomás- no son propia y principalmente el Derecho, el *tó dikaion*. La ley es una cierta razón del Derecho: a saber, la regla y medida del Derecho, aquello a que deben ajustarse las conductas; es la regla que establece los títulos o la medida recíproca de los mismos. Sin embargo, en cuanto medida del Derecho, también cabe denominar *ius* a la misma ley.

La forma inmanente del Derecho es un cierto orden, una igualdad, cuyos términos son los títulos de cada uno de los sujetos de la relación jurídica. Y según sea esa igualdad -aritmética o proporcional- será respectivamente la especie del Derecho: conmutativo o distributivo.

Se puede afirmar que el *Aquinate* no llegó a desarrollar en forma sistemática el concepto de *derecho subjetivo*, aunque debe reconocerse que esta idea está implícita en la misma definición de *ius*: "dar a cada uno lo suyo", pues "lo suyo" no es otra cosa que el Derecho de aquél a quien se le debe; o en la de *justicia*: "constante y perpetua voluntad de dar a cada uno *su derecho (ius)*". Asimismo, cuando se define la *ley*, al decir que está promulgada "por aquél que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad", se está haciendo referencia a una *potestas*, que es un poder jurídico de Derecho Público. Sea lo que fuere, lo cierto es que se queda con estas dos ideas principales: Derecho como *tó dikaion* (la conducta justa -o, mejor dicho, el objeto terminativo de dicha conducta- y las relaciones de igualdad y objetividad de la misma conducta) y, por otra parte, la ley o la norma (la regla y medida racional e imperativa de esa conducta, una cierta *ratio*, concepto o idea, del Derecho).

2.4. La segunda Escolástica Española

En los siglos XVI y XVII se desarrolló en toda Europa un vasto movimiento intelectual denominado *Segunda Escolástica* inspirado en la Escolástica medieval y, sobre todo, en el método y los principios de *Santo Tomás de Aquino*. En España cabe citar a *Francisco de Vitoria*, *Luis de Molina*, *Domingo Bañez*, *Domingo de Soto*, *Francisco Suárez*, *Juan de Santo Tomás*, entre otros muchos. Dentro de esta corriente surgió una *Escuela del Derecho Natural y de Gentes* que ejerció una influencia decisiva en el pensamiento jurídico europeo. Baste señalar la fundación del Derecho Internacional por *Vitoria* y *Suárez*, la fundación de la teoría de la justicia tributaria por *Suárez*, el desarrollo en general del Derecho económico por *De Soto*, *Molina*, *Suárez* y *Azpilcueta*, las teorías acerca del origen de la autoridad política, etc. A los fines de nuestro asunto, baste que aludamos sólo a dos de estos teólogos-juristas, *De Soto* y *Suárez*.

Según *Domingo de Soto* (1495-1560), el Derecho es tanto *la ley* como *lo justo*, entendido esto último en el mismo sentido que le asigna *Santo Tomás*. Pero principalmente -en su primera acepción- entiende que es la ley. Cabe destacar que esto lo afirma en una obra -"*De iustitia et iure*"- que es un comentario al tratado de la Justicia de la "*Suma Teológica*" de *Santo Tomás de Aquino*.

Francisco Suárez -tal vez el más grande de estos teólogos y juristas españoles del Siglo de oro- define al Derecho principalmente como *facultad*. Dice: "El Derecho es la facultad moral de exigir lo suyo" o de exigir lo propio¹⁰. También admite que se llame *Derecho* a la ley jurídica, pero entiende que el primero -como poder jurídico- es el sentido más usual, o más extendido en su tiempo, de la palabra *ius*. Naturalmente, *Suárez* integraba el poder o facultad con la norma y la justicia y entendía que el Derecho

¹⁰ Cfr. *De legibus ac Deo legislatore*, L.I, c.2, 5.

en su primera y principal acepción incluye el concepto de *lo justo*, aunque visualizado desde el punto de vista de quien es titular del poder y facultad. De paso, consignemos que ésta es la primera vez que se define en la doctrina jurídica el concepto de *derecho subjetivo*.

Resulta, pues, que en los siglos XVI y XVII coexisten tres conceptos principales de Derecho, como sendas significaciones de la palabra *ius*: a) el Derecho como el objeto terminativo de la virtud de la justicia o de la conducta justa, o una situación objetivamente justa; b) el Derecho como norma o conjunto de normas jurídicas, en el sentido de conjunto de reglas y medidas racionales del Derecho; y c) el Derecho como poder jurídico o facultad de reclamación de lo propio, de lo que se debe, de lo justo.

Cabe tener en cuenta que tanto los teólogos como los juristas se referían al Derecho como *ius*, en el sentido técnico que tenía para los juristas, pues la lengua técnica y sapiencial era el latín. Pero en el lenguaje vulgar se usaba ya la palabra *Derecho*, y es muy probable que lo que los grandes representantes de la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes entendieran por *ius* fuera lo mismo que lo que la sociedad en general, a través de la experiencia jurídica expresada en su lengua cotidiana, llamaba *Derecho*.

3.- La tradición jurídica inglesa y el nacimiento del positivismo jurídico

Merece un párrafo especial la tradición jurídica inglesa y su complejo sistema del *common law*. En Inglaterra, el término *right* –de la familia del alemán *Recht* y del verbo latino *rego-* fue adquiriendo en la Edad Moderna el significado de *derecho subjetivo*. Y el *ius* se traducía más bien con el término *law*. Probablemente, el Derecho inglés se mantuvo más cerca del estilo del Derecho romano pretoriano que el Derecho continental, y eso permitió a la vez dos cosas: de una parte, una continuidad de la tradición jurídica y, de otra, un dinamismo y plasticidad que, a través del procedimiento de interpretación del derecho, sea por las cortes de justicia o por las *courts of equity*, mantuvieron viva y concreta la racionalidad del Derecho¹¹.

Es oportuno traer aquí a cuento la polémica -ya mencionada en nota- que *Hobbes* plantea contra la concepción tradicional del Derecho, representada en la Inglaterra de su época por *Sir Edward Coke*. El opone a la tesis de *Bracton*¹² -citado por *Coke-*: “*Lex est sanctio justa, jubens honesta, et prohibens contraria*”¹³ (que *Hobbes* hace pasar como definición del Derecho del jurista inglés), la siguiente: “*a law is the command of him or them that have the sovereign power, given to those that be his or their subjects, declaring publicly and plainly what every of them may do, and what they must forbear to do*”¹⁴. Puede decirse que *Hobbes* perdió la batalla en el campo en el que la planteó -es decir, en el del ámbito de los juristas ingleses-, pues el *common law* sobrevivió hasta nuestros días, y con él una rica y secular tradición jurídica; además, el parlamentarismo se impuso frente a la pretensión de restauración o instauración de un absolutismo monárquico. Pero su pensamiento –y en especial su “geometría legal”, en

¹¹ Vale la pena transcribir dos pasajes de SIR EDWARD COKE, citados por HOBBS a los efectos de su polémica con el jurista inglés: “*nihil, quod est contra rationem, est licitum*” “*aequitas est perfecta quaedam ratio, quae ius scriptum interpretatur et emendat, nulla scriptura comprehensa, sed solum in vera ratione consistens*” (*A dialogue between a philosopher and a student of de Common Laws of England*, París, Dalloz, 1966, págs. 73-74).

¹² Jurista inglés del siglo XIII, autor del tratado: *De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque*.

¹³ *A Dialogue of the Common laws*, pág. 90.

¹⁴ *Id.*, pág. 91.

términos de *Francesco Gentile*- se convirtió en paradigma o, al menos, en inspirador del positivismo moderno.

Es claro que no puede atribuírsele a *Hobbes* el dudoso mérito de ser el padre del positivismo jurídico. Éste tiene una historia, que se remonta a la vieja Sofística, a los legistas regios de la Edad Media, en el marco de las tensiones entre reyes y emperadores con la Iglesia, pasando por el nominalismo de *Occam* –no por casualidad aliado con los legistas-, *Marcilio de Padua*, la noción moderna de *soberanía*, etc. El positivismo jurídico surge en el marco del Derecho público, como instancia teórica del aseguramiento del poder político, y ya desde *Trasímaco* su pretensión de justificación se basa en la idea de seguridad. En forma explícita, *Hobbes* identifica la vieja idea del bien común –*salus populi*, en la expresión romana- con la seguridad¹⁵. De ahí se sigue que se conciba al Derecho como una ingeniería social de aseguramiento del poder a través del control social. Y aunque se disfrace esta idea con pretensiones de pureza metodológica y de neutralidad axiológica, no hay tal pureza o neutralidad, porque hay un valor que opera como principio: el aseguramiento efectivo del poder, la eficacia de éste en su función de control social.

El problema del positivismo es que no puede hablar claro sin suscitar la reacción de la conciencia jurídica, política y moral de los hombres cuya conducta social se quiere controlar. Neutralidad axiológica, escepticismo teórico y práctico, pureza metodológica, etc., no son más que coberturas ideológicas que intentan enmascarar un hecho brutal: el imperio de la fuerza. Pero los hombres, cuya conducta social se quiere controlar, todavía vinculan, mediante el lenguaje, y sobre todo en sus exigencias frente al poder, el Derecho con la justicia; los reclamos de justicia, hoy como siempre, son reclamos de esa *ipsa res iusta* que la tradición occidental ha identificado con el Derecho.

4.- *Recapitulación*

El término "Derecho" es, entonces, una especie de síntesis semántica -al que, en buena lógica, cabe atribuir unidad analógica- de tres significados principales: 1º) la misma cosa justa, que es objeto terminativo de la conducta justa, según una medida estricta y objetiva de deber; 2º) la norma que es regla y medida de dicho objeto terminativo, de la conducta justa, y de los títulos jurídicos en función de los cuales cabe establecer una comparación de igualdad objetiva; y 3º) el poder jurídico sobre una cosa o de reclamación de lo justo. La consideración de esta multivocidad exige, al menos, dos aclaraciones previas.

Primera: Cuál haya sido históricamente la significación originaria de *δίκη*, *tó dikaion* o *ius* no es algo que pueda saberse con certeza. Consiguientemente, menos puede asegurarse que su acepción primera haya sido como objeto terminativo de la conducta justa. Sí cabe advertir una progresiva polisemia de estos términos y la necesidad de considerar su significación analógica.

Segunda: Por otra parte, no debe confundirse la analogía de los términos, como analogía semántica de palabras, con una analogía de conceptos que refiere necesariamente a las semejanzas esenciales de los objetos significados por tales conceptos. Las cuestiones acerca de la analogía semántica o de palabras sólo pueden ser resueltas por el uso lingüístico. En este ámbito, además, carece de sentido distinguir analogías "intrínsecas" o "extrínsecas". En cambio, sí tiene sentido hacer esta distinción

¹⁵ "You know that *salus populi* is *suprema lex*, that is to say, the safety of the people es the highest law; and that the safety of de people of a kingdom consisteth in the safety of de King..." (id., pág. 125).

respecto de la analogía conceptual.

La analogía del concepto de *Derecho* no debe ser entendida como analogía de atribución intrínseca, en la que uno de los analogados opera como principal y analogante respecto de los demás, en tanto es causa de éstos. Las tres significaciones apuntadas son principales, y la única analogía que alcanzo a ver es la de proporcionalidad propia, fundada en un elemento nocional común: una medida estricta y objetiva de igualdad entre lo que se merece y lo que se debe.

Por esa razón, si se pregunta por qué la norma es Derecho, la respuesta es clara. "Norma jurídica" quiere decir "regla" y medida racional de lo justo y de lo injusto, de lo lícito y lo ilícito, ordenación racional del Derecho, juicio o enunciado práctico que permite discriminar lo jurídico de lo antijurídico; en tanto tal regla, ella misma es *derecha o patrón de derechura* del Derecho. Entonces, ella es Derecho en cierto sentido con más título que el propio Derecho, en tanto es un principio hace que el Derecho sea *derecho*, pero con una condición: que sea efectiva y adecuada regla y medida del Derecho, con una concreción semejante o proporcional a la de éste.

Respecto del derecho subjetivo, se encuentra en el término *derecho* el mismo sentido dinámico que tiene cuando designa la conducta justa (en cuanto ésta es *lo que se hace rectamente en vista de un fin*), pero a la inversa: es el poder de reclamar de otro la conducta justa, de reclamar lo que en justicia es mío. Aquí también está implícito el sentido dinámico y el matiz de rectitud, porque se funda en la igualdad (la rectitud es una expresión geométrica o física de la igualdad). El derecho subjetivo tiene el mismo objeto que el deber jurídico, pero a la inversa (uno debe en la misma medida -igualación de títulos contrapuestos- de la justa exigencia del otro, y viceversa: éste no puede exigir más que lo que aquél en justicia le debe).

El concepto de Derecho, pues, aparece en la experiencia y en la tradición jurídicas como intrínsecamente vinculado al bien (o valor) de la justicia. Ésta, a su vez implica una relación constitutiva con el bien común temporal que, según el pensamiento clásico, es la perfección de la vida humana social. Consiguientemente, y dado que el bien común temporal es también el fin del Estado, resulta que el Derecho tiene como propiedad la politicidad¹⁶. Tan evidente parece ser esto, que incluso los tiranos y los déspotas pretenden disfrazar sus mandatos con apelación al bien común. Otra propiedad del Derecho es la racionalidad, que aunque se aplica *per se primo* a la norma, en tanto enunciado práctico, se extiende a todo el ámbito jurídico, en tanto éste es también *lo legal*. Una sentencia, un acto administrativo, un contrato, no son jurídicamente válidos si no manifiestan un mínimo de racionalidad, que supone al menos respetar las reglas de la Lógica y la congruencia con el contexto normativo.

Ahora bien, además de la politicidad y de la racionalidad, que son propiedades del Derecho que derivan de sus constitutivos genéricos, hay dos grandes propiedades específicas del Derecho, que proceden de su objetividad; ellas son, como se va visto, *validez y vigencia jurídicas*.

III.- VALIDEZ Y VIGENCIA (O DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO)

¹⁶ Debe aclararse que *politicidad* quiere decir que el Derecho se verifica en forma perfecta en el ámbito político y que su fin es el bien común, pero no significa afirmar que todo Derecho sea Estatal, en el sentido de que se origine en la autoridad del Estado. Éste, a su vez, es entendido como algo natural, y está regido también por el Derecho (y la ley jurídico-natural).

1.- La validez jurídica

1.1.- Aproximación a su concepto

"Validez" es un término abstracto que deriva de la palabra "valor" y significa la índole formal o la propiedad de aquello que tiene valor. En este caso se quiere dar a entender que el Derecho es algo valioso, es decir, que tiene bondad (perfección y apetibilidad) en un cierto rango. En la vida jurídica, esta apelación a la validez, sea de una pretensión, de una norma, de un deber o de un título, constituye una exigencia cotidiana de abogados, juristas, jueces y agentes jurídicos en general.

Ahora bien, cuando se hace apelación a la validez jurídica, ¿de qué valor se habla? Si se habla de la Lógica, el valor es la verdad; si se habla de la Gramática, el valor será la buena expresión; si se trata del valor estético, será la belleza; en el caso de la Ética, el valor será el bien moral; en Economía el valor será, quizás, la utilidad entendida como lo propio de un medio (escaso) apto para satisfacer necesidades humanas. Hay, como se ve, distintas esferas de bondad o valor. La cuestión, entonces, es determinar cuál es la esfera específica de bondad o valor del Derecho y, consiguientemente, la índole de su validez.

La validez del Derecho consiste específicamente -además de su validez racional, en el sentido antes señalado- en su *relación constitutiva con la justicia*, entendida ésta no como virtud sino en cuanto valor. Es justo la reciprocidad objetiva y equivalente de títulos y poderes, reciprocidad que es real en las conductas y modélica o ejemplar en las normas. Éste es el sentido que tiene la justicia como valor al que se refiere el Derecho. La validez jurídica es específicamente distinta de la validez moral, que respecto de aquélla es *quasi* un género próximo. Una conducta puede ser moralmente disvaliosa, juzgada en su integridad, y, en cambio, ser jurídicamente válida. Por ejemplo, se le puede reclamar la devolución de un inmueble, vencido el contrato de locación, a una persona sabiendo que está en la mayor indigencia y sin tener ninguna necesidad de reclamar o aún por un motivo de odio. Esta conducta es moralmente disvaliosa y, sin embargo, no lo es desde el punto de vista jurídico, porque es proporcionada al poder del que reclama.

Desde otro punto de vista, *válido* puede entenderse como aquello que se hace conforme a reglas o normas. En nuestro caso, jurídicamente válido sería aquello que es conforme con una norma jurídica. Ahora bien, la norma misma puede ser enjuiciada en cuanto a su validez. Y en ese caso, habría una sucesión de normas, cada una de las cuales dependería en su validez de su conformidad con otra, hasta llegar a una norma cuya validez no dependiera de ninguna otra, es decir, que tuviera validez como propiedad suya. Es fácil advertir que esta derivación de normas, en orden a su validez, es semejante a la derivación lógica de enunciados a partir de principios. Similitud que se ve reforzada si se tiene en cuenta que una norma es un enunciado práctico que ordena determinadas conductas en función de un fin. La llamada *pirámide kelseniana* encuentra en esta similitud una de sus razones de ser. Pero su defecto está en sus premisas de base: el nominalismo, una lógica meramente formal, y la apriorística separación categorial de "ser" y "deber ser". El fracaso de su construcción teórica, que termina identificando la norma fundamental con la fuerza (es decir, con un "hecho"), es inevitable con esas premisas.

1.2.- Los principios o fuentes de la validez jurídica¹⁷

Las expresiones *principios o fuentes del Derecho* significan muchas cosas distintas y, por esa razón, en general, deben ser consideradas siempre en sentido análogo. Suelen ser nombrados como *principios de legitimidad* o de *justificación* (que corresponderían con lo que entiendo como fuentes de validez) o como *principios genéticos o de producción* (que se corresponden con lo que entiendo como fuentes de vigencia). Para ambos casos, hay que distinguir dos órdenes en los que cabe hablar de principios. En primer lugar, un orden trascendente, propio de la Metafísica, y que en definitiva reconoce a Dios como fuente última del Derecho¹⁸. En segundo lugar, un orden categorial, propio del saber científico, al que hemos de limitarnos.

Aquí, y en este contexto, dichos principios o fuentes, aplicados a la validez jurídica, son usados dentro de orden de las causas formal y final y pueden ser genéricos o específicos. Ellos, a su vez, constituyen lugares o *τόποι* de la argumentación justificativa que pueden dividirse, como todo tópico argumentativo, en lugares comunes y lugares propios.

Los principios genéricos, que operan como lugares comunes en la argumentación, son:

- a) Racionalidad.
- b) Humanidad.
- c) Bien común.

Los principios específicos, que operan como lugares propios en la argumentación, son:

- a') Legalidad.
- b') Igualdad objetiva.
- c') Finalidad jurídica inmediata (*bonum partis*).

2.- La vigencia jurídica

2.1.- Aproximación a su concepto

Pero así como el Derecho es un *fenómeno de validez* es también un *fenómeno de vigencia*. "Vigencia" es un término abstracto que deriva de la palabra "vigor" y significa la índole formal o la propiedad de aquello que tiene fuerza para encarnarse en la vida social. No se trata aquí de fuerza física, sino de fuerza o eficacia social para que la conducta se realice, se haga real o actual. Podría hablarse también de fuerza moral, en contraposición a la física, como *Suárez* califica de moral la facultad jurídica.

Santo Tomás decía que esta fuerza se da sobre todo a través de la *costumbre*. Cuando una norma llega a generar costumbre, adquiere su máxima vigencia. Por eso las modificaciones continuas de las normas afectan a su vigencia o la debilitan. La coacción como violencia ejercida puntualmente contra la voluntad de alguien es un sucedáneo

¹⁷ Sobre el concepto de *fuentes del Derecho*, puede verse mi trabajo *Autarquía, soberanía y fuentes del Derecho*, en "L'ircocervo", revista electrónica, Padua, Italia, N° I del año 2005.

¹⁸ Que es lo que quiere decir el Preámbulo de la Constitución Argentina cuando invoca la protección de Dios "fuente de toda razón y justicia".

frente a la falta de vigencia espontánea o al fracaso del cumplimiento de las obligaciones. Luego, la coacción es sólo un aspecto de la vigencia. Si todo el Derecho se apoyara en la coacción, no tendría vigencia ninguna, porque es imposible una coacción tan generalizada que asegure la regularidad, la continuidad y constancia de las conductas. Y esto es imposible por una razón sociológica puesto que, para lograrlo, la coacción requeriría de una serie de consensos o asentimientos, con lo cual ya no podría hablarse en rigor de coacción¹⁹.

La vigencia jurídica es la misma existencia fenoménica del Derecho, es su vigor social y su concreta realidad, existente en aquello que constituye su soporte óptico existencial inmediato: las conductas jurídicas y las relaciones, situaciones, hechos, etc., que ellas generan, involucran o que las connotan. Su manifestación ordinaria más evidente son las costumbres, no sólo aquellas que son anteriores, ajenas o contrarias a la ley, sino sobre todo aquellas que son efecto de ésta. Su manifestación más crítica es la coacción jurídica entendida como violencia ejercida de acuerdo con la ley, o en función de un título jurídico. En el medio de ambas están el cumplimiento espontáneo -aún no arraigado en costumbre- de las normas jurídicas, el ejercicio pacífico de los poderes o facultades jurídicos, las estimaciones -en términos de justicia- generalmente aceptadas, etc.

La vigencia jurídica, puesto que se identifica con el arraigo social y el vigor del Derecho (en tanto éste es forma de la vida social), o con su existencia misma en su “materia” propia -la vida social-, es algo que admite límites en su extensión; o, mejor dicho, dado que es algo ligado a la materia fenoménica del Derecho, forzosamente es algo limitado. Hay límites territoriales o espaciales de la vigencia del Derecho (lo que suele denominarse “ámbito espacial de vigencia”); hay límites temporales (“ámbito temporal de vigencia”); hay límites subjetivos, esto es, respecto de las personas (“ámbito personal de vigencia” -es el caso, por ejemplo, de los estatutos personales-); hay límites en cuanto a los asuntos o materias (“ámbito material de vigencia”); y hay límites -el límite fundamental- con relación a los grupos de los que es propio el Derecho (“ámbito social de vigencia”; a este límite corresponde la distinción que hace Aristóteles entre “Derecho imperfecto o analógico” -el “Derecho” interno y propio de la comunidad doméstica- y el “Derecho en el Estado” o “Derecho perfecto”²⁰; división bipartita del Derecho en razón de su materia, a la que, por lo menos desde el Siglo XVI, cabe agregar el Derecho de la comunidad internacional).

Tampoco debe confundirse la vigencia jurídica con la eficacia del Derecho, al menos si se habla con propiedad. La eficacia es la potencialidad activa del Derecho de producir efectos en la vida social. La vigencia, en cambio, es en cierto modo el mismo Derecho en tanto es efecto. Por esa razón, como hemos de ver, las fuentes de la vigencia están, en general, en el ámbito conceptual de la causa eficiente, o, del plexo causal que integran la causa final (como causa motiva) y la causa eficiente propiamente dicha.

2.2.- Las fuentes de la vigencia jurídica

Con relación a la vigencia, los principios pueden llamarse con más propiedad *fuentes*, por su pertenencia al ámbito de la causa eficiente. También en este caso han de distinguirse fuentes o principios genéricos, que operan como lugares comunes en la argumentación, de una parte, y fuentes o principios específicos, que operan como

¹⁹ Éste es uno de los temas centrales de mi obra *La concordia política*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975.

²⁰ Cfr. *Ética Nicomaquea*, L. V, cap. 6.

lugares propios en la argumentación, de otra. Debe tenerse presente que se trata, siempre, de fuentes de determinación, positivización y concreción de la validez abstracta propia del Derecho natural o de sus principios.

Fuentes o principios genéricos, que operan como lugares comunes en la argumentación, son:

- a) La concordia política de integración²¹.
- b) El consenso.
- c) La comunidad de naturaleza y la comunidad social (de vida).

Fuentes o principios específicos, que operan como lugares propios en la argumentación, son:

- a') La concordia política de subordinación (Derecho Público) y concordia política de coordinación (Derecho Privado).
- b') La voluntad (y razón prudencial) contractual.
- c') La vida de las instituciones y las costumbres.

IV.- CONCLUSIÓN

Platón formuló los principios más universales y evidentes de la conducta humana recta -que hoy entendemos como *ley natural*- respetando el doble orden al que hemos aludido -el trascendental y el categorial- en estos términos: A.- *Dios es la medida de todas las cosas*; B.- *Debe obrarse de acuerdo con la naturaleza y la razón* (*κατὰ φύσιν, κατὰ λόγον*). Dirijamos la atención a la segunda formulación.

Humanidad y racionalidad son dos notas que, según el pensamiento clásico, expresan la naturaleza humana. He aquí una fuente radical de la validez del Derecho y que expresan dos propiedades de éste; pero propiedades que derivan de su esencia genérica, en tanto el Derecho es un accidente humano. La politicidad, por su parte, expresa la constitutiva referencia del Derecho al bien común y su pertenencia al ámbito de la justicia general o legal; he aquí otra fuente radical. Pero desde la ley natural y el bien común, como principios últimos de validez o legitimidad, hasta la atribución concreta -es decir, compleja y máximamente determinada de lo suyo de cada parte de la comunidad- hay una gran distancia. El Derecho, como objeto terminativo, es realización de lo general en lo individual, del todo en la parte, de lo estable e invariable en la mutabilidad histórica de la vida humana. Positivizar, determinar históricamente, hacer justicia a cada parte, es decir, realizar la forma inmanente del Derecho, es hacerlo vigente.

Validez y vigencia son dos aspectos complementarios del Derecho en función de los cuales cabe entender su añeja división en *natural* y *positivo*. El Derecho Natural no es otra cosa que el fundamento intrínseco de validez del Derecho; el Derecho Positivo es la realidad histórica del Derecho y lo que, al conferirle determinación, le confiere vigencia.

²¹ Doy aquí por sentado la triple división de la concordia política aristotélica (cfr. mi *Concordia Política*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975), correspondiente a las tres formas de justicia, y que en tiempos contemporáneos, por obra de *Gurvitch* y *Legaz*, se han divulgado como relaciones sociales de integración, subordinación y cooperación.

Validez y vigencia del Derecho
Derecho natural y Derecho positivo

Ahora bien, es evidente que la vigencia no es la validez. Es evidente también que puede haber problemas de vigencia distintos a los problemas de validez. Y es evidente, por último, que esta realización del derecho Natural en el Derecho Positivo, esta positivización de la validez jurídica, sólo se verifica en el plano de la concreción, cuya trama fundamental está constituida por las que he denominado *aporías empíricas del Derecho*²². Validez, vigencia y concreción, pues, reclaman el auxilio de la razón prudencial, y de las disposiciones de justicia, asistidas por la dialéctica y la retórica clásicas, que vienen a ser el núcleo del método de determinación del Derecho²³.

²² Cfr. *La experiencia jurídica*, L.II, capítulos V y VI.

²³ Este tema lo he desarrollado en mi trabajo: *Dialéctica y Derecho*, en CIRCA HUMANA PHILOSOPHIA III, Bs.As., 1998.