

Validez, eficacia y legitimidad de la norma jurídica:

¿QUÉ LA HACE EXIGIBLE?

La norma jurídica se basa en la eficacia social, la corrección material y la legalidad conforme con el ordenamiento, lo cual corresponde a tres conceptos de validez: el sociológico, el ético y el jurídico.

En tanto el Derecho se dicta para ser aplicado a la sociedad, admítase o no su función social, se han realizado múltiples análisis sobre este fenómeno, tanto desde posiciones iusnaturalistas, normativistas o sociológico funcionales; y desde todas ellas interesa sobremanera la situación de las normas tanto en lo relativo a su proceso de elaboración, como en su proceso de aplicación a los hechos sociales, o en su declaración de utilidad práctica y jurídica. Conocido es, el hecho de que diariamente se reta y se cuestiona la supremacía del derecho sustantivo estatal. Se reta con nuevas formas de la denominada justicia popular que no es otra cosa que formas de justicia no estatales que surgen con la intención de desafiar un sistema visto como no justo, opresor o inaccesible.¹ Para explicar este desfase, términos como la validez², la vigencia³ o la eficacia del Derecho y hasta en particular de las normas, o su legitimidad, son los más comunes para el tratamiento de los fines antes expuestos. Términos empleados para referirse a requerimientos formales y políticos del proceso de elaboración de la norma, de los que se ha hecho depender, en ocasiones, la posibilidad real de aplicación de las normas, su realización social, e incluso su aceptación en la sociedad; y entre los cuales ciertamente existen relaciones respecto al fenómeno general que es el Derecho⁴, aún cuando no pueden entenderse como resultado del vínculo causa- efecto, ya que median entre ellos un conjunto de factores de carácter sociológico, político-ideológico y axiológico, que pueden presentarse en con-

junto o alternativamente e influyen no solo en el proceso de creación o durante la aplicación de la norma, sino también en el reconocimiento social que a ellas se brinda.

En la doctrina, a veces, su uso es indistinto, o se le asignan diferentes contenidos, o prevalece el análisis de unos u otros dependiendo de la posición doctrinal que asuma el autor, realizando análisis puramente jurídicos, sin tener en cuenta la realización misma de la norma, o en otras ocasiones se efectúan valoraciones sociológicas excluyendo alguna parte del análisis integral que ha de hacerse, entre poder, norma y sociedad.

En consecuencia con lo antes expuesto, haremos un enfoque conjunto de la norma jurídica, desde los elementos formales necesarios para declarar existente en el orden material y formal de una norma, las posibilidades de su exigibilidad, los principios a los que debe sujetarse para determinar vigencia, así como la real correlación entre hecho social y norma reguladora, teniendo en cuenta su realización no solo voluntaria, sino también con la intervención del Estado, e incluso la aceptación social o influencia que la disposición o la norma ejerce sobre la sociedad; o lo que es lo mismo, su valor social, en correspondencia con el ideal de Justicia que a través de ella se haya querido o podido expresar.

Como marco conceptual de referencia utilizaremos la teoría de Contrato Social de Jean Jacques Rousseau, que define como

Nelyz Méndez y Jessica López

válida la norma que se dicte a partir de lo que él denomina como la *"voluntad general"* y la teoría de validez y eficacia jurídica de Hans Kelsen al igual que la de otros autores. Dice Rousseau en el Libro 1, Capítulo 6 de su obra *El Contrato Social*.⁵ *"Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y nosotros recibimos en cuerpo a cada miembro como parte indivisible del todo. Inmediatamente en lugar de la persona en particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, su yo común, su vida y su voluntad."* Es decir, la voluntad general es esencialmente el cuerpo moral, Según Rousseau hay con frecuencia gran diferencia entre la *voluntad de todos* y la *voluntad general*; ésta no atiende más que al interés común, la otra concierne al interés privado, no es más que una suma de libertades particulares. La voluntad general ha de ser mayoritaria, ya que si no lo fuese no habría pacto ni comunidad política, ya que para Rousseau el pacto se edifica precisamente sobre la voluntad general.⁶

Podemos contemplar el Derecho en lo que se ha dado en calificar como tres dimensiones- el Derecho como hecho, el Derecho como norma y el Derecho como valor⁷ o, como filosofía hasta cierto punto análoga, tres facetas: eficacia, legalidad, legitimidad.⁸ En circunstancias normales lo lógico y deseable es que tales planos se desarrollen coherentemente según un orden racional: lo que se piensa como justo se formaliza en términos derivados de sus propias premisas de forma tal que se generen instrumentos normativos capaces de trasladar su propio contenido a la vida práctica. Es primero el valor, la creencia general-

mente en torno a quién, porqué y cómo ha de existir la potestad de dictar las normas. Después, de acuerdo con ciertas reglas que ofrecen un sustrato técnico a lo axiológico, aparecen las normas jurídicas. Que, por último, tienen por objeto llevar a la realidad el contenido sustantivo de los valores en los que la sociedad cree y que ellas mismas incorporan en términos operativos⁹. Así es que se podría observar la validez desde un aspecto general.

Desde el momento en que el órgano del Estado, facultado constitucional o legalmente para crear normas de Derecho, es decir en aparente concordancia con la voluntad general, llega a la conclusión de la necesidad (política, económica o social) de elaborar una disposición normativa, el problema ya no es sólo político, sino también, de carácter técnico jurídico: ¿está facultado el órgano para regular las relaciones sociales que desea, mediante qué tipo de norma y conforme a qué procedimientos legales puede imponer su voluntad? En consecuencia, cuando actúa conforme a las reglas previstas, la norma que ha nacido se considera políticamente *válida*; es decir, existe conforme a las reglas de elaboración previamente establecidas¹⁰, y puede ser, por tanto, exigible en la sociedad respecto al círculo de personas que ella misma prevé.

Se designa, entonces, como políticamente válida una norma cuando cumple con los requisitos formales y materiales necesarios para su producción. La validez de la norma no depende sólo del acto de su promulgación y publicación, a partir del cual se declara la existencia de la norma, aunque si es uno de sus efectos, en tanto la norma debe existir jurídicamente para poder ser exigible.

Recordamos pues, que el pacto que da validez a la norma jurídica se edifica sobre la voluntad general y que la soberanía no siendo más que el ejercicio de la voluntad misma no puede jamás enajenarse, y que el soberano que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado por sí mismo y que esta voluntad general no puede ser otra que la ley. Rousseau se cuestionó: ¿Qué es una ley? y ¿Quién hace la ley?; y llegó a la conclusión de que hay ley cuando la materia sobre la que se estatuye es tan general como la voluntad que la estatuye. *"Reuniendo la ley, la universalidad de la voluntad y la del objeto, lo que un hombre, cualquiera que pueda ser, ordena por su cuenta, no es una ley, lo que ordena el mismo soberano sobre un objeto particular, tampoco es una ley, sino un decreto, ni un acto de soberanía, sino de magistratura"*. *"Las leyes no son propiamente más que las condiciones de la asociación civil. El pueblo sometido a las leyes debe ser su autor"*.¹¹ Continúa diciendo Rousseau que el pueblo por sí mismo quiere siempre el bien, pero no lo intuye siempre. Según él la voluntad general es siempre recta, pero el juicio que la guía no es siempre claro. Por lo tanto, de acuerdo a este proponente necesita un guía y he aquí donde nace la necesidad de un legislador.

En tal sentido, otro término en estrecha relación con el de validez, es el de *vigencia* de la norma, a veces usados indistintamente¹², pero que en sentido estricto ha de designar la existencia¹³ de vida jurídica de la norma a partir de una existencia de hechos sociales o instituciones que la hacen necesaria conforme a los principios de jerarquía, temporalidad y especialidad antes explicados. La relación entre ambos estriba en el hecho de que las normas son dictadas para tener una acción social, nacen conforme a un proceder previsto, y en tanto se cum-

plan los requerimientos ya pueden ser exigidas, están vigentes; rigen dentro del territorio sujeto a la jurisdicción estatal las que se destinan a definir el orden público, y siguiendo a la persona, como su sombra, las relativas a su reconocimiento jurídico y a su capacidad par actuar.

Pero en el análisis multifacético e integrador del Derecho no basta con que la norma exista formalmente y pueda ser exigida, sino que con el objetivo de que cumpla las funciones para las cuales fue creado el Derecho (para que encauce, limite, garantice y eduque), es necesario que las normas puedan ser real o materialmente aplicadas, que existan las situaciones para las cuales fueron creadas; que sus mandatos aún cuando no se cumplan voluntariamente, si sean exigidos por los aparatos especiales con que cuenta el Estado, que se sancionen los incumplimientos de las prohibiciones, o se ofrezcan las garantías para la realización de las prescripciones y de los derechos reconocidos, en síntesis que sean *eficaces*¹⁴. En otras palabras que la norma de Derecho tenga una realización social. Eficacia en cuanto a la utilidad real de la norma en la sociedad, a la efectividad de la normativa, a la real correlación entre lo jurídicamente dicho y el hecho social, y que conlleva a la realización del Derecho; una eficacia de tipo funcional. Nos dice el Profesor Carlos Rivera Lugo en su ensayo *Ni una vida más para la toga*, que el Estado de Derecho enfrenta hoy el siguiente problema: "Que existe una ausencia de un orden normativo y valorativo con validez y aceptación universal en nuestra sociedad; dada la heterogeneidad y pluralidad de valores, intereses y expectativas que hoy compiten por legitimidad y reconocimiento en nuestra sociedad; y dado el creciente cuestionamiento sobre la imparcialidad y

*representatividad de nuestro Estado de Derecho por sectores significativos de nuestra sociedad*¹⁵".

Por otra parte, y como consecuencia además de la función reguladora del Derecho, de su capacidad normativa y obligatoriedad general, la validez de las normas entendida desde el ángulo de su eficacia se expresa en la existencia de instituciones y mecanismos aseguradores del cumplimiento y de la propia realización de la normativa. Tal situación se asegura desde el propio momento en que se tiene la convicción de la necesidad de la regulación. En tal sentido, es un imperativo el análisis, previo a su elaboración, respecto a los hechos que se producen en la sociedad, sus causas y sus efectos; las regulaciones posibles, sus consecuencias, así como la determinación de cual es la forma precisa que ha de exigirse o propiciarse, o de la Institución Jurídica que desea regularse.

Del igual manera, la eficacia se intenta asegurar con el cumplimiento de ciertos requisitos formales en el proceso de creación, así como con la observancia de principios técnicos jurídicos que rigen en un Ordenamiento Jurídico determinado¹⁶. No basta sólo con que las normas se expresen con claras ideas, sino que han de crearse los medios e instituciones, tanto en el orden del condicionamiento social-material, proveniente del régimen socioeconómico y político imperante, de los órganos que hacen falta para su aplicación, como las normativas legales secundarias que sean necesarias para instrumentar la disposición normativa y que propicien, a su vez, la realización de los derechos y deberes que de tales situaciones resulten¹⁷.

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un

sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez proveniente de un contrato social efectivo de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico, fuese válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo serían teóricamente también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, solo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

La validez posibilita que aquello en lo que se cree como fundamento último del sistema se incorpore en la dinámica normal de éste. Así, cuando en las modernas sociedades, por ejemplo, se afirma el principio de soberanía popular o el de supremacía de ciertos valores constitucionales sobre la voluntad del legislador, ello determina un específico modo de producción de las normas, de la misma manera que condiciona qué es lo que éstas han de respetar en todo caso¹⁸. De acuerdo con el Profesor Carlos Rivera Lugo Ensayo, *El Derecho más allá del Derecho*, el modelo dialógico y estratégico nos plantea el reto de forjar un nuevo derecho más allá del derecho que

hemos conocido hasta ahora. Nos propone la posibilidad del desarrollo, por el pueblo, de un derecho alternativo, minimalista, autorregulado e incluyente, con sus instancias organizacionales y procesos de justicia más allá de la institucionalidad y proceso del derecho estatal existente, incluso subordinándolos progresivamente a sus intereses y expectativas. El Profesor Daniel Nina en su ensayo, *Rethinking Popular Justice*, nos presenta esta misma idea como una especie de "soberano alternativo", basado en el principio de la "soberanía popular", con su propia autoridad y legalidad, autónomo frente al Estado, parte de una concepción de democracia participativa y directa.

La validez de una norma de Derecho, entonces, y de la disposición que la contiene y expresa, es un elemento importante para la eficacia de la misma, para el logro de su realización en la sociedad tal y como se previó, permitiendo con ello la realización de la finalidad que se persigue: conservar, modificar, legitimar cambios sociales.

La eficacia es entonces un condicionante para la existencia de la norma y tal es así, que el desuso u obsolescencia las convierten en inaplicables y provocan su posterior derogación formal, aunque no su expulsión inmediata del Ordenamiento jurídico, ya que perviven y ante un cambio de circunstancias o intereses, los operadores pueden, reinterpretándolas, rescatarlas y aplicarlas por cuanto están formalmente vigentes¹⁹.

La exigencia de eficacia jurídica lo ha de ser también en el orden material, social; no basta sólo con la existencia de una normativa jurídica que desarrolle preceptos generales, que impida, que mande o que permita, se requiere la existencia de una correspondencia entre norma y realidad,

para que refleje así la situación existente o que desee crearse, manifestándose en consecuencia no sólo la funcionalidad del Derecho, sino también su *legitimidad*²⁰, o lo que es lo mismo, la eficacia ideológica de la norma.

La norma, entonces, ha de ser no sólo forma jurídica creada y aplicada, sino que ha de expresar valores sociales y tener como objetivo la consecución del ideal de Justicia imperante en esa sociedad²¹. (Nótese que nuevamente encontramos el concepto de la *voluntad general*.) El logro de tal objetivo es un enunciado formal permanente de cualquier discurso iusfilosófico, movido en el plano del deber ser. Así se enuncia desde posiciones iusnaturalistas al afirmarse que un sistema normativo no puede ser calificado de jurídico si contradice los principios de justicia²². También se defiende la necesidad de legitimidad del Derecho desde la sociología cuando se afirma que el Derecho sólo puede ser legítimo cuando no contradice los postulados básicos y axiomas, y aquí defiende posiciones axiológicas; asimismo tal legitimidad se pone de manifiesto cuando crea la expectativa de determinadas consecuencias externas, debido a una determinada situación de intereses.

Pero como realidad, la legitimidad del Derecho sólo existirá si en el proceso de elaboración de la norma pueden intervenir, y así lo hacen, los destinatarios de las normas, o en situaciones tales que los representantes populares, liberados de pragmatismo o utilitarismo político por el estrecho vínculo con el pueblo, se sientan y sean parte de él; cuando los intereses prevaletentes no socaven los intereses populares. En tales situaciones la eficacia de la norma no se valorará por su aplicación, sino por la aceptación y defensa que de ella

hacen los destinatarios al sentir que la norma expresa sus propios intereses. Como resultado de lo anterior, será posible, entonces, que la norma obtenga el consenso activo de sus destinatarios.

Para el concepto positivista de derecho, quedan sólo dos elementos definitorios: el de la legalidad conforme al ordenamiento o dotada de autoridad y el de eficacia social. Las expresiones "*legalidad conforme al ordenamiento*" y "*legalidad dotada de autoridad*" pueden ser utilizadas como sinónimas cuando se refieren por igual a normas que estatuyen la competencia para dictar normas, es decir, dicen quien y de qué manera está autorizado a dictar normas. Estas normas, al establecer los criterios de la legalidad conforme a derecho, fundamentan la autoridad normativa, es decir, la norma dictada por la autoridad competente.

Nos gustaría referirnos al artículo 3.1 de nuestro Código Civil, tal y como quedó redactado por el texto refundido del 31 de mayo de 1974, que lee: "*Las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*"²³.

Pues bien, de eso es de lo que se trata en la interpretación de la norma. Cuando se intenta resolver un problema en términos jurídicos la cuestión es, precisamente, demostrar como (y por tal causa existe la motivación) la solución a la que se llega es la querida por el ordenamiento y no la que se le ocurre al intérprete.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo: puede también formar parte de las normas positivas de

un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

Una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprover de eficacia su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta.

Hans Kelsen indica que la instauración y eficacia son en la norma fundamental condiciones de validez; eficacia en el sentido de que tiene que agregarse a la instauración a fin de que el orden jurídico como un todo, al igual que la norma jurídica aislada, no pierda su validez²⁴.

La norma jurídica se basa en la eficacia social, la corrección material y la legalidad conforme con el ordenamiento, lo cual corresponde a tres conceptos de validez: el sociológico, el ético y el jurídico.

El objetivo del concepto sociológico de validez social: una norma vale socialmente si es obedecida o, si en caso de desobediencia, se aplica una sanción²⁵. Esta definición admite numerosas interpretaciones. Una primera razón para que ello sea así es que los conceptos de obediencia y de sanción utilizada en ella son ambiguos. Esto vale especialmente para el concepto de obediencia de una norma. Así, uno puede preguntarse si para la obediencia de una norma basta el correspondiente comportamiento externo o si la obediencia de una norma presupone determinados conocimientos y motivos del actor. Si se apunta a esto último, entonces uno se enfrenta con el problema de saber que conocimientos y motivos tienen que estar dados para que pueda hablarse de la obediencia de una norma. La segunda razón es que una norma puede ser obedecida en diferentes medidas y su desobediencia puede ser sancionada en medidas diferentes. Esto tiene como consecuencia que la eficacia social y, con ello, la validez social de una norma es un asunto de grado.

El objetivo del concepto ético de la validez es la validez moral. Una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada. Para que una norma sea eficaz y por ende obedecida según Rousseau debe responder a las necesidades y a la voluntad general que a su vez responden al concepto social de la moral. Este concepto de moral según Rousseau es un fenómeno inexistente en el estado natural del individuo sino que es más bien una creación puramente social. A las teorías del derecho natural y racional subyace un concepto ético de validez. La validez de una norma del derecho natural o derecho racional no se basa ni en su eficacia social ni en su legalidad conforme al ordenamiento, sino

exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de una justificación moral.

El concepto jurídico de la validez es un concepto puro en el sentido de que no tienen que contener necesariamente elementos de los otros conceptos de validez. Otra es la situación en el caso del concepto jurídico de validez. Si un sistema de normas o una norma no tiene ninguna validez social, es decir, no logra la menor eficacia social, este sistema de normas o una forma tampoco puede valer jurídicamente. El concepto de validez jurídica incluye, pues necesariamente también elementos de la validez social. Si tan sólo incluye elementos de la validez social, se trata de un concepto positivista de la validez jurídica; si abarca también elementos de la validez moral, de un concepto no positivista de la validez jurídica. El hecho de que un concepto plenamente desarrollado de la validez jurídica en tanto concepto positivista incluya elementos de la validez social y moral, no excluye la posibilidad de construir un concepto de validez jurídica en sentido estricto que se refiera exclusivamente a propiedades específicas de la validez jurídica y, de esta manera, constituya un concepto contrastante de los conceptos de validez social y de validez moral. A este tipo de concepto se hace referencia cuando se dice que una norma vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con ese procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; dicho brevemente: cuando es dictada conforme al ordenamiento.

La condición de la validez jurídica de un sistema de normas es que las normas que a él pertenecen sean eficaces en general, es decir que valgan socialmente. La validez jurídica de las normas de un sistema jurídico desarrollado se basa en una constitución, es

crita o no, que dice bajo cuales condiciones una norma pertenece al sistema jurídico y por qué vale jurídicamente.

Un sistema de normas que no se impone frente a otros sistemas coactivos normativos no es, en general, eficaz. La validez jurídica de un sistema jurídico como un todo depende más fuertemente de la validez social que de la validez moral. Un sistema jurídico que, en general, no es socialmente eficaz se derrumba como sistema jurídico.

La eficacia del Derecho, mejor dicho, de las normas, es noción o efecto derivado de su validez y vigencia. Las normas se dictan o afloran a la realidad con pretensión inmanente de operatividad, de vigencia, de efectiva aplicación. En este sentido el Derecho, como fenómeno social y cultural, destinado al servicio de una comunidad organizada con fines justos y correctos, es eminentemente pragmático. Su destino es el entramado social, las relaciones de los hombres, sus conductas, fines y objetivos. Las normas no se dictan o se crean como fin en sí, sino para todos los demás.

Así, entendido, la norma es obligatoria porque es creada por la propia comunidad, porque toda norma de Derecho debe responder a lo social, y no porque el individuo sepa o conozca en particular cada norma, sino porque la comunidad (normalmente ordenada, rectamente administrada con decisiones compartidas) acepta voluntariamente el desarrollo normativo o las decisiones judiciales.

En otro aspecto la eficacia de las normas incide en uno de los aspectos fundamentales del Derecho de las personas. El ámbito mayor del Derecho contiene, como se sabe, un mundo de relaciones transpersonales, de

situaciones jurídicas en las que el conflicto puede aflorar por un comportamiento indebido respecto al otro, al prójimo.

En suma y haciendo quizás una larga cita de Maynez; *La circunstancia de que un orden jurídico sea considerado como válido por quienes deban acatarlo es, quizás, el más importante de los factores que condicionan su eficacia.*

La norma jurídica se enuncia como un imperativo: indica que una conducta debe ser²⁶. La conducta que debe ser se llama prestación, entendiéndose que tal prestación puede ser positiva (dar, hacer) o negativa (no hacer, abstenerse). La presentación es la conducta a la que está obligada una persona determinada. La norma jurídica no sería tal si no estatuyera una sanción contra quien la infringe, esto es, si no contuviera la amenaza de un mal o una privación para aquel que no cumple la prestación²⁷. La norma jurídica no puede dejar de ponerse en el caso de que la orden sea desobedecida, de que el sujeto obligado, pueda optar, en virtud de su libertad existencial, ya sea por cumplir, ya sea por no cumplir la prestación. Por tanto, la norma jurídica adquiere la forma, señalada por Carlos Cossio, de una disyunción. O se cumple o no se cumple la prestación. Ahora bien, el que se dé el incumplimiento de la prestación por quien está obligado a ella, es la condición para que, como consecuencia se dé la sanción. En principio, es el sujeto interesado en que la prestación se cumpla quien tiene la facultad, el poder, de aplicar o de requerir la sanción. Tenemos, pues, un segundo tramo de la norma jurídica, el cual reza: dado el incumplimiento de la prestación, hay el poder o la facultad de aplicar u obtener que se aplique una sanción al infractor.

En conclusión, nos unimos a la idea presentada por el Profesor Rivera Lugo en la obra antes citada quien señala que en una sociedad crecientemente escindida como la nuestra, los sectores marginados se consumen en la frustración y el resentimiento desconfiados de los cauces tradicionales para adelantar sus intereses y aspiraciones, estos sectores marginados protagonizan un creciente conflicto social difícil de controlar. Nos continúa diciendo el Profesor: *"...ya no existe un "contrato social" que obligue y beneficie al conjunto de la sociedad, si es que alguna vez realmente existió más allá del reino de las ilusiones. Y es que no existe tampoco una moralidad pública creíble en nuestro país sino una moralidad situacional. Cada cual arrima la brasa a su sartén según más le convenga."*²⁸

En resumen, una norma jurídica es válida en la medida que responde a las exigencias de una voluntad general o colectiva que a su vez responde a un axioma colectivo naciente de la socialización necesaria del hombre. El legislador representa la concretización de esa norma colectiva en la medida que se asegure que responde fielmente a las reclamos inherentes de ésta. La validez social de una norma jurídica asegura su cumplimiento voluntario²⁹ de otra forma su cumplimiento sería automática, directamente relacionado a un sentido de obligatoriedad no recomendable para afianzar el sentido de pertenencia y aplicabilidad de la norma jurídica. Es decir, hay que evaluar si la base de nuestro ordenamiento jurídico, es efectivamente válido o si por otra parte, ha usurpado un lugar aparentemente irrecuperable, sin antes derrumbar totalmente los axiomas que éste representa. Si la base de dicho ordenamiento es de hecho inválida no es de sorprender que las ramificaciones del mismo, entiéndase normas especí-

ficas sean incumplidas por violentar el "contrato social" establecido previo a la formulación de las mismas y en clara contradicción al fin último de la vida en sociedad y la creación del Estado Soberano. Nos resulta difícil visualizar un Derecho que responda igualitariamente a todos los sectores de una sociedad en particular, no queda sino cuestionarnos la viabilidad de un Derecho fragmentado, inaplicable sino sólo al sector social para el cual sea ideado sin llegar a una marginación mayor a la actualmente existente y creadora de los conflictos que precisamente intentamos señalar y esperamos corregir.

Pensar en un Derecho fragmentado nos lleva a pensar en el apoderamiento o *empowerment* que se estaría fomentando entre los diversos sectores sociales. Sería reconocer que sus micro-concepciones de lo justo son tan válidas como las del estado. Sería reconocer además que la voluntad general se puede fragmentar en adaptaciones regionales que responden a realidades distintas. El problema que vislumbramos está en decidir qué sectores de la legislación se podrían delegar a estas micro-sociedades y cuales se retendrán en poder del estado. En gran medida esta decisión responderá a las valoraciones de este último, lo que no resolvería nuestro problema del todo, ya que cuestiones y planteamientos revestidos de importancia ante estos sectores permanecerían en control del estado y respondiendo a intereses no necesariamente cónsonos con las necesidades y preocupaciones expresadas. Llevar una voz representativa aparenta ser la única solución viable ante esta encrucijada pero claro está, esto representaría realizar unos cambios políticos y jurídicos que tocarían las entrañas de la Constitución. Seamos honestos, esto no pasa de ser una concepción utópi-

ca con tal vez una gran ventaja, lleva la fuerza del pueblo dentro.

Bibliografía:

1. Alchourron, Carlos E. *Introducción Metodológica de Ciencias Jurídicas*. Editorial Astrea, 1993.
2. Austin, John. *The Austinian Theory of Law*. Colorado: Fred B. Rothman & Co., 1983.
3. Biersted, Robert. *The Social Order*. 4 ed.; USA: McGraw Hill, 1974.
4. Bobbio, Norberto. *Derecho y Lógica*. 1965.
5. Caballero Harriet, Francisco Javier. *Apuntes para la Sociedad, el Derecho y el Estado de la Post-modernidad*. San Sebastián: Caballero, 1997.
6. Díaz, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*, Editorial Marcial PO.
7. Ellwood, Charles. *A History of Social Philosophy*, New York: Prentice Hall, 1938.
8. Fariñas Dulce, María José. *El Problema de la Validez Jurídica*. Editorial Desconocida.
9. Foucault, Michel. *Un diálogo sobre el poder*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. pág. 13.
10. García Maníes. *Lógica del Concepto Jurídico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1959.
11. Grimsley, Ronald. *La Filosofía de Rousseau*. Madrid, Alianza Universidad, 1993.
12. Kelsen, Hanz. *Teoría del Puro Derecho*, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1960. pág. 142.
13. Morris, Clarence. *The Justification of the Law*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971.
14. Nelson, William M. *La Justificación de la Democracia*. Barcelona, Editorial Ariel, 1986.
15. Nina Estrella, Daniel. *Rethinking Popular Justice*. Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Puerto Rico. Vol. XXIX. Núms. 3-4, 1990.
16. Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis de Derecho*. 2nd ed., Buenos Aire: Editorial Universidad, 1980.
17. Paloma de la Nuez, *La Política de la Libertad*. Madrid, Unión Editorial, SA, 1994.
18. Peces-Barba, Gregorio, et als. *Curso de Teoría del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2000.
19. Pérez Algar, Félix. *La Interpretación Histórica de las Normas Jurídicas*. Editorial JMB, 1995.
20. Reale, Miguel. *Introducción al Derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1987.
21. Rivera Lugo, Carlos. *La Rebelión de Edipo y Otras Insurgencias Jurídicas*. San Juan: Ediciones Callejón, 2004.
22. Rousseau, Jean-Jacques. *El Contrato Social*. España: Editorial Vargas, 1977.
23. Sartori, Giovanni. *Teoría de la Democracia*. Tomo 2, *Los Problemas Clásicos*, Madrid: Alianza Editorial, tomo 1. *El Debate Contemporáneo*.
24. Seymour Martin Lipset. *El Hombre Político*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1977.
25. Stenberg, Jules. *Locke, Rousseau and the Idea of Consent*. Connecticut, Greenwood Press, 1978.
26. Trevens, Renato. *Introducción a la Sociología del Derecho*. Madrid: Taurus

Ediciones, 1985.

NOTAS:

¹ Nina Daniel y Scherf Wilfried, *Introduction: The Other Law?* P1. (Traducción nuestra)

² Ignacio Rivera en su *Diccionario de Término Jurídicos* define validez como: *Calidad de firme, subsistente y que vale o debe valer legalmente. Condición del acto no afectado por ningún causal de nulidad.*

³ *Ibid.* Dice que vigentes las leyes ordenanzas, estilos y costumbres que están en vigor y observancia.

⁴ El profesor Carlos Rivera Lugo nos dice en su obra *La Rebelión de Edipo y otras insurgencias jurídicas: Derecho no constituye más que una valoración normativa particular de la realidad. Una de las personas que mejor vio esto fue el filósofo ginebrino Jean Jacques Rousseau. Para él esta idea de querer adjudicarse un valor empírico absoluto a una mera valoración particular y a partir de ello determinar fatalmente el derecho, tiene nefastas consecuencias para la humanidad.*

⁵ Rousseau Jean Jacques, *El Contrato Social*. Barcelona: Editorial Vosgos, 1977.

⁶ *Ibid.* Rousseau define Ley como: *Cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, no se considera más que asimismo; y si entonces se establece una relación, es el objeto entero desde un punto de vista sin ningún división del todo. Entonces, la materia sobre la que se estatuye es general, como la voluntad que estatuye. Este acto es, lo que llamo una ley.* (pág. 84)

Las leyes no son propiamente otra cosa que las condiciones de la asociación civil. El pueblo sometido a las leyes debe ser el autor de las mismas; sólo a los que se asocian corresponde reglamentar las condiciones de la sociedad. (pág.86)

⁷ Reale, Miguel. *Introducción al Derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1987.

pág. 80.

⁸ Díaz, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Ediciones Marcial. Pág.56 y ss.

⁹ Kelsen, Hanz. *Teoría del Puro Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1960. pág. 142.

¹⁰ Kelsen encabeza el grupo de autores para los que la validez de la norma de Derecho es sinónimo de existencia, siempre que se apoye en la norma superior, formando una dependencia de la una a la otra hasta llegar a la primera Constitución histórica y la norma hipotética fundamental, madre de la legitimidad de todo el Ordenamiento jurídico.

¹¹ Rousseau, *op. cit.*

¹² Por ejemplo, Soriano (1993) reconoce como validez sociológico el fenómeno de la aplicabilidad social de la norma, lo que designa con el nombre de vigencia, o también de eficacia. En sentido similar ver Reale (1987).

¹³ Emplean el término de vigencia como sinónimo de existencia de la norma: Alchourrón y Bulygin (1996), cuando reconocen que existe la norma que tiene realidad, cuando existen hechos que se le corresponden. Por su parte, Nino (1959, 1993) identifica vigencia con realización de la prescripción obligatoria y luego con lo que denomina eficacia práctica.

¹⁴ Para Reale, el termino eficacia se refiere a la aplicación o la ejecución de la norma jurídica, y éstos como requisitos *sine qua non* para la existencia de las normas, al decir que ... no hay norma si no tiene eficacia, si no posee un mínimo de ejecución y aplicación. Vinculando el análisis con la realización social de las normas de Derecho, también Bobbio (1993), reconoce como eficaces las normas que son cumplidas voluntariamente, aún con coacción.

¹⁵ Rivera Lugo, Carlos, *op. cit.*

¹⁶ Nos referimos a los principios de jerarquía de las disposiciones normativa, de especialidad, de temporalidad y racionalidad, entre otros, los que propi-

cion coherencia y armonía al Ordenamiento jurídico.

¹⁷ En esta situación, el Derecho se manifiesta en su doble acepción, como ordenación social, general y obligatoria, y como facultades y derechos de los sujetos, establecidos por las normas o por las relaciones que ellas tutelan; y la eficacia requiere de la conjugación de ambas nociones.

¹⁸ Elías Díaz, *Sociología*, pág. 54.

¹⁹ Kelsen, Hanz, *op. cit.*

²⁰ Termino que se incluye en la teoría del Derecho desde posiciones sociológicas y funcionalistas, a partir del criterio que no basta con que las normas sean dictadas conforme a requisitos formales, que estén vigentes en determinado espacio y tiempo, ni que se apliquen a situaciones concretas, es necesario que las normas obtengan el consenso de los gobernados.

²¹ Michel Foucault: *" Pienso que por debajo del odio que el pueblo tiene a la justicia a los jueces, tribunales y prisiones, no hay que ver sólo la idea de otra justicia mejor y más justa, sino, en primer lugar y ante todo, la percepción de un punto singular en el que el poder se ejerce a expensas del pueblo. La lucha antijudicial es una lucha contra el poder y yo no creo que sea una lucha contra las injusticias de la justicia, y mejora en el funcionamiento de la institución judicial."* Foucault, Michel. *Un dialogo sobre el poder*. Madrid: Alianza Editorial. 1999. pág. 13.

²² Nino (1980), sostiene esta idea para caracterizar el iusnaturalismo.

²³ Pérez Algar, Felix. *La interpretación histórica de las normas jurídicas*. Editorial JMB, 1995

²⁴ Kelsen, Hanz, *op. cit.*

²⁵ Foucault dice: *"La prisión es el único lugar donde puede manifestarse en su desnudez, en sus dimensiones más excesivas, y justificarse como poder moral. "Tengo razón para castigar, puesto que tu sabes que está mal robar, matar..."* Esto es lo fascinante de las prisiones; por una vez el poder no se oculta, no se en-

mascara, se muestra como feroz tiranía en lo más íntimos detalles, cínicamente, y al mismo tiempo es puro, está enteramente “justificado”, puesto que puede formularse enteramente en el interior de una moral que enmarca su ejercicio: su bruta tiranía aparece entonces como dominación serena del Bien sobre el Mal, del orden sobre el desorden.” Michel Foucault, *Un dialogo sobre el poder*. Madrid, Alianza Editorial. 1999. pág. 12

²⁶ “Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command. Or, rather, laws or rules, properly so called, are a species of commands” (The province of Jurisprudence Determined, 1832, lecture I).

²⁷ Austin: “A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded” (Ibid)

²⁸ Rivera Lugo, Carlos. *Ni una vida más para la Toga*, Ediciones Callejón, 2004, pág. 139.

²⁹ Nos menciona el Profesor Carlos Rivera Lugo en su obra La Rebelión de Edipo y Otras insurgencias jurídicas (página 39), que la crisis de legitimidad que hoy padece nuestro Estado de Derecho se debe al hecho de su creciente incapacidad para satisfacer las diversas demandas y expectativas en competencia en nuestro país. Si estamos inmersos en un proceso de desintegración social es por que la sociedad en la que vivimos ya no le ofrece opciones reales de progreso a un sector significativo de nuestra población.



M. LEQUERDO