

EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO Y LA RESPUESTA DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

1. La cuestión de la validez del derecho

Una revista más o menos completa de la iusfilosofía contemporánea, muestra con claridad que la problemática referida a la denominada “validez” del derecho es una cuestión que, al menos con ese nombre, pertenece con propiedad al pensamiento del siglo XX y de lo que va de la presente centuria. De hecho, esa problemática alcanzó difusión y notoriedad fundamentalmente a partir de los escritos de Hans Kelsen, culmen del positivismo jurídico del siglo XIX y de la primera mitad del siglo pasado. En efecto, el jurista de Praga dedicó varias páginas de su *Teoría Pura del Derecho* a desarrollar una doctrina positivista de la validez, que tuvo una amplia repercusión en el pensamiento jurídico actual¹.

Ahora bien, en los últimos años ha resurgido con fuerza la cuestión de la validez del derecho, en concreto, de las normas jurídicas o derecho normativo, a partir de posiciones no positivistas, tal como resulta del planteo efectuado entre otros por Robert Alexy, en el que se introduce la noción de una “validez moral” del derecho, que hace referencia no exclusivamente a las denominadas “fuentes formales” de las normas jurídicas, sino a sus contenidos normativos y a su valoración ética². En un sentido similar se han pronunciado otros autores contemporáneos, como Neil MacCormick, Mark Murphy, Ronald Dworkin, Robert P. George, Rodolfo Vigo, Nigel Simmonds y Sergio Cotta³. Teniendo a la vista las preocupaciones de este grupo de pensadores, en lo que sigue se realizará un estudio breve de lo que puede significar la noción de validez en el contexto de la tradición del iusnaturalismo clásico - en especial del tomista - y de cuáles serían las consecuencias de su introducción en los debates de la iusfilosofía contemporánea.

¹ Véase: Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1995, pp. 18-37. Véase también: Picavet, E., *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, Paris, PUF, 2000, pp. 32 ss.

² Véase: Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 87 ss.

³ Por todos: Cotta, S., *Giustificazioni e obligatorietà delle norme*, Milano, Giuffrè Editore, 1981, *pássim*, y Simmonds, N.E., *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2008, también *passim*.

2. Sobre la noción de “validez”

En general se entiende por “validez” - escribe Joseph de Vries - la “existencia justificada de algo, distinguiéndola del existir o ser pensado únicamente de hecho”, debiendo agregarse que “la validez no se atribuye tanto a las cosas [o estado de cosas] cuanto a los productos del pensamiento, como conceptos, juicios, raciocinios, las proposiciones científicas o, en el dominio práctico, a normas o leyes. [La validez] apunta por encima de ellos [proposiciones teóricas, normas] a un fundamento que los trasciende”⁴. De aquí se sigue que, en principio, lo “válido” hace referencia a aquello que resulta justificado racionalmente, sea desde la perspectiva lógica, técnico-artística, epistémica o práctica (moral, política, jurídica, etc.). Esto se confirma con la etimología de la palabra, que proviene del latín *validus*, que significa “fuerte”, “vigoroso”, “que tiene valor”, i.e. que tiene fuerza lógica, epistémica, ética, etc. y que se incorporó al castellano recién en el siglo XVII⁵. Por otra parte, del hecho de que se pueda hablar de “validez” tanto en el orden especulativo como en el práctico, en el lógico o en el de la *poiesis*, pone en evidencia que ese término - y su correspondiente concepto - reviste carácter analógico, es decir, utilizando terminología aristotélica, se dice de muchas maneras, de modo central o periférico, o bien proporcionalmente similar⁶.

Dando por supuesto lo anterior, es posible sostener que, en el caso puntual de las normas jurídicas, puede denominarse “validez jurídica” a su carácter preceptivo u obligatorio racionalmente justificado. En otras palabras, la validez de esas normas se identifica con la existencia de las normas en cuanto exigibles fundadamente y generadoras de razones decisivas para la acción. En este sentido, Joseph Raz sostiene que “una regla que no es jurídicamente válida no es definitivamente una regla jurídica”, y que “el mejor camino para la comprensión de ‘jurídicamente válido’ es atendiendo al hecho de que esa expresión es utilizada intercambiamente con ‘jurídicamente vinculante (*binding*)””. Por lo tanto, puede concluirse de aquí que una norma válida es aquella dotada de una fuerza vinculante racionalmente justificada y que como consecuencia tiene una existencia propia en cuanto tal norma.

3. Sobre iusnaturalismo y validez en Tomás de Aquino

Ahora bien, luego de estas precisiones preliminares, resulta oportuno remitirse brevemente a algunos textos de Tomás de Aquino referidos a ciertos aspectos de la problemática estudiada, con la finalidad de establecer si lo expuesto hasta ahora acerca de la noción de validez

⁴ De Vries, J., Voz “Validez” en *Diccionario de Filosofía*, dir. W. Brugger, Barcelona, Herder, 1975, pp. 523-524.

⁵ Véase: Corominas, J., *Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Madrid, Gredos, 1976, p. 596.

⁶ Sobre el concepto de analogía, véase: McInerney, R., *Aquinas and Analogy*, Washington D.C., TheCatholicUniversity of AmericaPress, 1996, p.96 ss. y *passim*.

jurídica guarda una relación sistemática consistente con los desarrollos adelantados por el Aquinate. En otras palabras, establecer si es posible hablar de “validez” del derecho en clave tomista y, en caso afirmativo, en qué sentido preciso ello es pertinente. Y esta aclaración tiene cierta relevancia, toda vez que, tal como lo sostiene Mark Murphy, “puede pensarse que para comenzar una discusión acerca de la teoría de la ley natural no hay nada mejor que estipular un significado acerca de la expresión ‘teoría de la ley natural’ y proceder a partir de allí. Pero hay un camino mejor, uno que toma como su punto de partida el papel central que juega la teorización moral de Tomás de Aquino en la tradición de la ley natural. Si hay alguna doctrina que sea la ‘teoría de la ley natural’, esa es la de Tomás de Aquino”⁷. Por lo tanto, pareciera que si se pretende exponer una doctrina iusnaturalista de la validez jurídica, resulta inexcusable remitirse aunque sea someramente a los textos correspondientes del pensador de Aquino.

Uno de estos textos del Aquinate se encuentra en el denominado *Tratado de la Ley Antigua* de la *Summa Theologiae*, donde, al ocuparse del tema de los preceptos judiciales o jurídicos, se afirma que “los preceptos judiciales y ceremoniales [por oposición a los morales] tienen otra razón de obligar, que proviene no solo de la razón natural, sino de su simple institución”⁸. En otra parte, y al tratar del poder (obligante) de las leyes positivas, Tomás de Aquino consigna que “en las cosas humanas se dice que es justo aquello que es recto según la regla de la razón. Pero la primera norma de la razón es la ley natural [...] Por lo tanto, toda ley humana [positiva] tendrá razón de ley en la medida en que se derive de la ley de la naturaleza”⁹. Y después de establecer que esta derivación tiene lugar de dos modos: (i) por *conclusión* o inferencia lógica, y (ii) por *determinación* de lo que se encuentra indeterminado en la ley natural, el Aquinate agrega que “los preceptos que se derivan del primer modo, si bien forman parte de la ley humana positiva, tienen vigor *no solo* por ser leyes humanas sino por tener algún vigor de la ley natural. Y los preceptos que se derivan del segundo modo tienen vigor *sólo* de su pertenencia a la ley humana”¹⁰.

Y un poco más adelante, hablando del poder obligatorio de las leyes positivas, escribe que “las leyes humanas o son justas o son injustas”, contradiciendo claramente a aquellos autores que

⁷ Murphy, M., “The Natural Law Tradition in Ethics”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Winter 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL=<https://plato.stanford.edu/archives/winter2011/entries/natural-law-ethics/>.

⁸ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 104, a. 4, ad. 2.

⁹ *Ibidem*, q. 95, a. 2.

¹⁰ *Ibidem* (énfasis agregado).

le endilgan la tesis según la cual las leyes injustas no serían leyes en absoluto¹¹; y agrega que “si son justas [las leyes] tienen el poder de obligar en el foro de la conciencia”, precisando que las leyes son justas “por razón del fin, cuando se ordenan al bien común; por razón de su autor, cuando la ley establecida no excede las atribuciones del legislador; y por razón de la forma, cuando se imponen las cargas a los súbditos con igualdad de proporción y en orden al bien común”¹².

Y finalmente, ya en el llamado *Tratado de la justicia*, el Aquinate afirma que “algo es justo de dos maneras, o bien por la misma naturaleza de las cosas y en este caso se llama derecho natural, o bien por cierta convención entre los hombres, y entonces se denomina derecho positivo [...] Ahora bien, *las leyes se escriben para la declaración de uno y otro derecho* [...] pero la ley escrita contiene el derecho natural, pero no lo instituye, ya que este toma su vigor (*robur*) no de la ley escrita, sino de la naturaleza. Pero el derecho positivo se contiene e instituye por la ley escrita, dándole ésta su vigor (*robur*) y autoridad”¹³.

De la lectura y análisis de estos textos seleccionados es posible extraer algunos resultados explicativos y precisivos, en especial los siguientes: (i) ante todo, corresponde aclarar que si bien Tomás de Aquino usa la palabra “*validus*” ocho veces en su toda su obra, de la lectura de los lugares en que la usa, realizada a través el *Index Thomisticus* de Robertus Busa, surge con claridad que no la utiliza nunca en relación con las normas jurídicas o morales, i.e. en el sentido de “validez” o “válido” en el ámbito jurídico¹⁴; (ii) en este ámbito el Aquinate utiliza más bien la palabra “justo” o bien expresiones tales como “razón de obligar”, “vigor” (*vigoris, vim, robur*), o “razón de ley” (*ratio legis*) para referirse a lo que justifica la obligatoriedad de las normas, en especial las jurídicas; esto significa que para él lo que justifica lo que llamaríamos hoy “fuerza deóntica” de las normas jurídicas es una cierta cualidad de estas proposiciones normativas que él designa principalmente con las palabras “justo” o “justicia”¹⁵; (iii) para Tomás de Aquino, esta justicia-cualidad valiosa de las normas se integra con tres dimensiones: ordenación al bien común

¹¹ En este punto, véase: Massini Correas, C.I., “La máxima ‘lex iniusta non est lex’ y algunas opiniones contemporáneas”, en AA.VV., *In umbra intelligentiae. Estudios en homenaje al prof. Juan Cruz Cruz*, ed. A.L. González & I. Zorroza, Pamplona, EUNSA, 2011, pp. 587-604.

¹² *Ibidem*, q. 96, a. 4.

¹³ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q. 60. a. 5.

¹⁴ *Corpus Thomisticum-Index Thomisticus*, by Robertus Busa and associates, Web Edition by Eduardo Bernot & Enrique Alarcón, consultado el 10.03.2017.

¹⁵ Acerca de la validez como cualidad de las normas en cuanto productos de actos humanos, véase: Köpcke, M., “Validez”, en AA.VV., *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, dirs. Fabra Zamora, J. & Rodríguez Blanco, V., Vol. II, México, UNAM, 2015, pp. 947-978.

político, autoridad y competencia del emisor-fuente y proporcionalidad en los repartos de bienes y cargas¹⁶; (iv) ahora bien, estas tres características pueden ser reducidas a dos exigencias principales: (a) una exigencia *institucional-social* de que el emisor de la norma tenga autoridad y resulte competente para la formulación de esa norma; y (b) una exigencia *valorativo-moral* de que la norma resulte justa, tanto por su ordenación al bien común (justicia general), cuanto por la coordinación y distribución proporcionada de lo que se atribuye en vistas al bien común (justicia distributiva); (v) respecto de esta última exigencia, Budziszewski comenta que el Aquinate “nos invita a considerar cuál cercanamente está vinculada la causa final de la ley, el bien común, con su causa formal, la ecuanimidad de proporción. Cualquiera que piense que las exigencias del bien común pueden justificar una norma desproporcionada, está entendiendo mal el sentido del bien común”¹⁷.

Ahora bien, si lo precisado en los puntos anteriores se vincula con los textos expresos de Tomás de Aquino, en especial el primero de los citados, en el que se sostiene que la razón de obligar de las normas jurídicas proviene ya sea *mediatamente* de la razón práctico-moral, ya sea *inmediatamente* de su institución por la autoridad legítima, queda en evidencia que para el Aquinate existe - poniéndolo en la terminología actual - tanto una validez jurídica formal-institucional, cuanto otra de carácter material-moral. Esta doble validez, si es expresada en un contexto discursivo iusnaturalista, puede expresarse diciendo que la validez jurídica puede ser o bien *natural* (justificada por su adecuación a las exigencias racional-prácticas), o bien *positiva* (justificada por su fuente en una autoridad legítima actuando en los límites de su competencia).

Pero además, es preciso tener en cuenta que, tal como lo expresa claramente el pensador napolitano en otro de los textos citados, ambas formas de validez se refieren a la denominada por el Aquinate ley humana, ya que “las leyes se escriben para la declaración de uno y otro derecho”¹⁸, es decir, tanto del natural cuanto del positivo *per se*, derivado de la ley natural por la vía de la *determinatio*. De lo que se sigue que la “validez” es una cualidad propia de las leyes humanas, que radica en su justificación racional, es decir, (i) por su conformidad con la ley natural, y (ii) por su sanción por parte de la autoridad legítima dentro del ámbito de su competencia.

¹⁶Sobre estas tres características, véase: Budziszewski, J., *Commentary on Thomas Aquinas's Treatise on Law*, New York, Cambridge University Press, 2014, pp. 384 ss.

¹⁷*Ibidem*, p. 384.

¹⁸Véase nota 63.

En definitiva, es posible concluir que, con un lenguaje diverso propio de la época en que fue formulado, Tomás de Aquino reconoce y desarrolla una tesis que puede denominarse de la *doble validez* del derecho, que no remite a una división tajante entre dos formas contrarias de validez sino a un *continuum* que va desde la justificación racional-moral a la formal-social (en el orden de la fundamentación) y desde la formal-social a la racional-moral (en el orden del conocimiento y de la manifestación). Pero esta continuidad hace que la validez formal-social esté también transida de una racionalidad no meramente instrumental, así como que la validez racional-moral tenga también una manifestación formal-social. Francois Daguet, en un importante volumen sobre el pensamiento político-jurídico del Aquinate, sostiene en este último sentido que “según el grado de contingencia presente en cada caso, la ley civil derivará de modo más o menos próximo de los primeros principios de la ley natural. Un edificio legislativo es, de este modo y en principio, una cadena continua de derivaciones a partir de primeros principios que, en la práctica, pueden quizá parecer muy lejanos”¹⁹.

4. **Conclusio brevis**

De lo expuesto hasta ahora es posible arribar a algunas conclusiones principales, que se expondrán de modo especialmente breve:

- a) El problema al que pretende dar respuesta la doctrina de la “validez” del derecho, es decir, el de la justificación racional de fuerza obligatoria o exigibilidad de las normas jurídicas, tiene una respuesta anticipada y consistente en las ideas del Aquinate acerca fundamentalmente de la ley humana, su naturaleza y sus efectos;
- b) En esa respuesta, expuesta en un lenguaje diferente del utilizado en la iusfilosofía contemporánea, se expone la doctrina de una doble causa de justificación - o de validez - de las normas sancionadas positivamente: (i) una justificación racional-moral, que en la doctrina del Aquinate adquiere la forma de los principios de la ley natural o del derecho natural normativo; y (ii) una justificación institucional-formal, que remite a la sanción de las normas por la autoridad legítima y dentro de las atribuciones que le competen;
- c) Por lo tanto, es posible hablar con propiedad de una respuesta anticipada del iusnaturalismo tomista a la cuestión de la validez del derecho, respuesta que se enmarca

¹⁹Daguet, F., *Du politiquechez Thomas D’Aquin*, Paris, LibrairiePhilosophique J. Vrin, 2015, p. 238. Véase también: George, R.P., “Natural Law and Positive Law”, en *In Defense of Natural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 107-110.

en los lineamientos generales de la iusfilosofía y la filosofía práctica tomista; solo es necesario adecuar y compatibilizar los diferentes lenguajes de las diferentes tradiciones, para que sea posible una comprensión recíproca y de ese modo el iusnaturalismo clásico, paradigmáticamente expresado en las ideas del Aquinate, pueda aportar al debate contemporáneo toda la riqueza de su tradición multiseccular.

Carlos I. Massini Correias