

UNA TEORÍA DE LA VALIDEZ JURÍDICA*

Rodolfo L. Vigo

Universidad Católica Argentina

RESUMEN. El concepto de validez jurídica reviste enorme importancia para la teoría y la práctica del derecho en tanto se asocia a la existencia o inexistencia de la norma jurídica. Más allá de su vinculación originaria y decisiva a Hans Kelsen, no solo es posible la propuesta de un concepto justificativo de validez jurídica (no descriptivo) asociado a la justificación racional de la norma, sino que el mismo resulta plenamente funcional al Estado de derecho constitucional y democrático. De ese modo, la norma obliga en tanto es válida, y lo es en la medida que resulte racional; identificándose hasta once requisitos en orden a dicha justificación racional. La teoría auspiciada que reconcilia prudencial o ponderativamente la razón con el derecho, tiene como sustento doctrinario al realismo jurídico clásico y autores vinculados al llamado neoconstitucionalismo no-positivista (en particular Robert Alexy).

Palabras claves: validez jurídica, justificación racional, racionalidad práctica, aceptación.

A Theory of the Validity of Law

ABSTRACT. The concept of the validity of law is highly important for the legal theory and practice as it is inherently linked to the existence of law itself. Leaving aside its original and decisive connection with Hans Kelsen's thought, it is not only possible to propose a justifying concept (*i.e.*, not a merely descriptive one) of the validity of law as closely associated with the rational justification of the law; it should also be noted that such concept is necessary for the existence of the Constitutional and Democratic State. Thus, the law binds as long as it is valid and this validity depends on the law's rational foundation. It is possible to identify up to eleven requirements for considering a law as rationally justified. The proposed theory reconciles reason with law through a prudential and duly weighed approach, is based on the classical legal realism and finds connections with authors counted among the so-called non-positivist/new-constitutionalists (specially Mr. Robert Alexy).

Keywords: validity and rational justification of the law, practical reason, acknowledgment.

* Fecha de recepción: 23 de diciembre de 2015. Fecha de aceptación: 7 de marzo de 2016.

1. ANTECEDENTES E IMPORTANCIA DEL TEMA

La teoría jurídica, en general, reconoce que el concepto de validez que usan los juristas es altamente ambiguo¹, pero también ella destaca su conexión con el positivismo jurídico y la relevancia que adquirió en relación a la propuesta de un concepto del derecho. Una manifestación central de esa relevancia surge al conectarse, por el mismo Kelsen, la validez a la existencia de las normas jurídicas: «Con la palabra “validez” designamos la existencia específica de una norma»².

Más allá de aquella herencia iuspositivista recibida por los juristas al referirse a la validez, el término ha quedado incorporado al lenguaje de los mismos —teóricos y prácticos—, a punto, que cualquier teoría jurídica integral requiere afrontar la respuesta sobre la pregunta en torno a la validez e invalidez jurídica, la que, en definitiva, en nuestra opinión, coincide en responder si la norma existe y obliga.

Quizás, un modo elocuente de acreditar la relevancia actual del concepto de validez es apelar a la autoridad de Robert ALEXI cuando señala: «A los tres elementos del concepto de derecho: la eficacia social, la corrección material y la legalidad conforme con el ordenamiento corresponden tres conceptos de validez: el sociológico, el ético y el jurídico»³. De igual manera DELGADO PINTO reconoce que la cuestión en torno a la validez y vigencia ocupa «una posición crucial dentro de cualquier filosofía del derecho, ya que al abordarla e intentar solucionarla entran en juego necesariamente los presupuestos ontológicos y epistemológicos de la misma»⁴. La importancia y decisividad de la definición de validez para las teorías jurídicas no solo está respaldada por la teoría pura y el no-positivismo alexiano, sino la palabra de un iuspositivista destacado de nuestro tiempo no deja lugar a dudas: «El debate entre el positivismo jurídico y sus oponentes es principalmente acerca de las condiciones de la validez jurídica; es fundamentalmente acerca de la cuestión de qué es el derecho, y qué es lo que hace que ciertas normas sean jurídicamente válidas y otras no»⁵.

Coherente con visiones no-positivistas y positivistas, es posible reconocer —siguiendo a NINO—⁶ conceptos de validez justificatorios y conceptos de validez descriptivos, según recurran o no a razones justificatorias. En torno a la importancia y complejidad de la cuestión coincide, desde otros supuestos, Luigi FERRAJOLI: «Las relaciones entre formas y contenidos de las decisiones nos permite finalmente formular la distinción —central en la teoría del derecho moderno y tal vez más difícil y problemática que ninguna otra— entre vigencia y validez y entre validez formal y validez sustancial»⁷.

¹ De validez también se habla en otros campos, así J. FERRATER MORA distingue a la validez como un vocablo epistemológico, lógico y metafísico, en *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza, 1981, 3371 y 3372.

² H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (1960), R. VERNENGO (trad.), México, UNAM, 2000, 23.

³ R. ALEXI, *El concepto y la validez del derecho* (1992), J. M. SEÑA (trad.), Barcelona, Gedisa, 1997, 87. Esa triple dimensión de la validez también se encuentra en J. WROBLEWSKI, «Tre concetti di validità», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1, 1982, 584-595.

⁴ J. DELGADO PINTO, «Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas», *Doxa*, 7 (1990), 101-167.

⁵ A. MARMOR, *Philosophy of Law*, Princeton and Oxford, Princeton University Press (Princeton Foundations of Contemporary Philosophy), 2011, 134.

⁶ C. S. NINO, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, 5.

⁷ L. FERRAJOLI, «Principia Iuris», t. 1, *Teoría del derecho y de la democracia* (2007), P. A. IBAÑEZ, C. BAYÓN, M. GASCÓN, L. PRIETO SANCHÍS y A. RUIZ MIGUEL (trads.), Madrid, Trotta, 2011, 497.

También es importante advertir que los juristas califican especialmente de válidas o inválidas a reglas jurídicas aisladas —generales o individuales— o al sistema jurídico total, aunque cabe ese juicio por extensión, respeto a las demás realidades jurídicas como: conductas, procesos, instituciones, etc. Así, Alf ROSS reconoce que el término validez se puede predicar de: *a)* actos jurídicos; *b)* de una norma jurídica o de un orden jurídico completo, y *c)* como una cualidad de la norma jurídica que consiste en su fuerza obligatoria u obligación moral de obedecerla⁸.

Sintetizando lo expuesto, debemos admitir —insistamos— que desde las perspectivas iuspositivistas, pero también desde las teorías no-positivistas, el tema de la validez se ha constituido en un concepto muy importante y decisivo, no solo desde el punto de teórico, sino también práctico. Centralmente los juristas saben que la existencia y obligatoriedad de una norma jurídica depende de su validez, y la jurisprudencia corrobora inequívocamente esa conexión. Si bien el rótulo de la validez es moderno y contemporáneo, es evidente que su problemática se remonta al origen del derecho mismo. En definitiva, la pregunta por la existencia y la obligatoriedad de lo ordenado por la autoridad es constitutiva al derecho y acompaña a la historia del mismo. Sin embargo, corresponde advertir que aquella típica definición iuspositivista priva a la validez jurídica de plena funcionalidad en tiempos del Estado de derecho constitucional y democrático, por eso nos proponemos defender un significado que resulte armónico con esa realidad, y para ello resulta especialmente provechoso recurrir al realismo jurídico clásico y también a posturas neoconstitucionalistas no-positivistas.

2. VALIDEZ JURÍDICA COMO NORMATIVIDAD JUSTIFICADA RACIONALMENTE

Frente al panorama precedente y sucintamente descripto, se impone establecer el significado que le daremos en el campo del derecho al término validez. Para ello recurriremos a una noción que remite a la «justificación de las normas», y que NINO reconoce como «prevaliente en la filosofía jurídica tradicional»⁹. Más aún, el profesor argentino explicita e insiste: «Predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma en particular, es afirmar que tiene fuerza vinculante; que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar [...]. Si se desconoce la validez de un sistema jurídico o de una norma, esto equivale a negar su existencia [...] el significado de validez no es descriptivo, sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas»¹⁰. Quizás lo notable es que NINO adscribe dicha noción de validez a KELSEN¹¹, pero no es este el problema que nos proponemos ahora tratar,

⁸ A. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, G. CARRIÓ y O. PASCHERO (trads.), Buenos Aires, 1969, 25-26.

⁹ C. S. NINO, *La validez...*, *op. cit.*, 7.

¹⁰ *Ibid.*, 8.

¹¹ Algo similar opina J. RAZ cuando identifica a KELSEN con los iusnaturalistas al proclamar una «normatividad justificada» en «Kelsen's theory of the basic norm», en *The authority of Law*, Oxford University Press, 1979, 137 y en «Social Rules and Legal Theory», en *Yale Law Journal*, 81, 1972. También A. ROSS acusa a KELSEN de concluir en un deber moral de obedecer el derecho, en *El concepto de validez...*, *op. cit.* E. BULYGIN

pues nuestro propósito se dirigirá a avalar y desarrollar esa definición normativa de validez que se identifica con su justificación, y que sorprendentemente no parece que la doctrina jurídica le haya prestado toda la atención que se merece. Una excepción importante, aunque con escasa atención doctrinaria, es la de Sergio COTTA, quien en su libro *Justificación y obligatoriedad de las normas* publicado a comienzos de la década de los ochenta, y en su Prólogo a la edición española precisa: «Una obediencia consciente a la ley proviene del reconocimiento, no ya de su fuerza coactiva, sino de su obligatoriedad y esta no puede imponerse sino que se demuestra mediante un proceso riguroso de justificación. De ese modo, la ley vuelve a adquirir su carácter humano de acto de razón, pero de una razón cuyo criterio de verdad está en la naturaleza específica del hombre»¹².

Adviértase —reiteremos— que en el juicio de validez se juega —en opinión ampliamente compartida por autores de distintas escuelas, pero sobre todo de uso consagrado en la jurisprudencia— la «existencia» misma de la norma jurídica, y tal trascendencia exige tener claro cuál es el contenido de aquella predicación, como asumir su proyección a la totalidad de las normas jurídicas, cualquiera sea su nivel y su inserción en las ramas o campos del derecho vigente. Frente al panorama descrito cargado de ambigüedad y vaguedad, como también de inercia conceptual, entremos en materia brindando un concepto de validez jurídica que luego iremos explicitando.

Digamos entonces que una norma jurídica es válida cuando ella cuenta con razones suficientes que la justifican y, por ende, la tornan obligatoria a dicha norma, por lo que sus destinatarios deben aplicarla o cumplirla, o de lo contrario asumir —justificadamente— las consecuencias previstas para su incumplimiento. Justificar la norma es fundamentarla o motivarla de manera que gracias a esas razones que la respaldan, se puede comprender lo en ella se ha dispuesto u ordenado. Como dice RICOEUR: «El motivo responde a la pregunta ¿por qué? [...] al menos en los contextos en los que motivo significa razón, consiste en hacer claro, en hacer inteligible, en hacer comprender»¹³, y el mismo pensador ha insistido de mil maneras sobre las conexiones entre normatividad y la verdad moral de la acción, precisando que con una razón para actuar se permite explicar la acción¹⁴. El presupuesto de la obligatoriedad de la norma jurídica es su justificación racional, pero este juicio remite a la razón práctica que puede y debe comprobar —con la certeza que le es propia y que se diferencia de la razón teórica— que la misma reúne los requisitos necesarios. En ese test de justificación racional la norma se juega también su existencia jurídica, dado que si se concluye —prudencial o ponderativamente— que ella no está justificada, lo que corresponde es reconocer que no ha existido o deja de existir para el derecho, a pesar de que alguien la invoque para hacer valer su poder y logre la eficacia de la norma; pues este proceder o comportamiento no contará con el «debido» respaldo jurídico. Para el ciudadano la pregunta más importante que le dirige al jurista es si esa norma jurídica que lo tiene por destina-

reconoce que la noción kelseniana de validez como fuerza obligatoria es incompatible con su programa positivista (cfr. *Validez y eficacia del derecho*, H. KELSEN, E. BULYGIN y R. WALTER, Buenos Aires, Astrea, 2005, 110).

¹² S. COTTA, *Justificación y obligatoriedad de la norma*, A. FERNANDEZ GALIANO (trad.), Madrid, Ceura, 1987, XIV

¹³ P. RICOEUR, *El discurso de la acción* (1977), P. CALVO (trad.), Madrid, Cátedra, 1981, 50.

¹⁴ P. RICOEUR, *La raison pratique*, Choniques Sociales de France, 80, 1972.

tario existe o es válida, porque en esa respuesta está la consiguiente obligatoriedad del respectivo comportamiento, debiendo asumir, en todo caso, las consecuencias de su incumplimiento. Precisamente, CALSAMIGLIA recepta la opinión NINO acerca de que el teorema fundamental de la teoría jurídica contemporánea es «por qué debo obedecer el derecho», y concluye que dicha pregunta «no puede responderse con descripciones, a no ser que tomemos las descripciones, como prescripciones, y eso requiere de un juicio moral»¹⁵. Ya KANT en su *Vorlesung über Ethik* había denunciado que la coacción no crea obligatoriedad al deber jurídico, a tales fines se requiere una fundamentación moral que permita asumirlo por parte del destinatario¹⁶.

3. RESPALDO TEÓRICO (REALISMO JURÍDICO CLÁSICO Y NEOCONSTITUCIONALISMO)

Lejos estamos de reivindicar originalidad a la propuesta anticipada, quizás lo único que haremos es proyectar y unir nociones sabidas, aunque vinculándolas a un concepto amplio de validez jurídica. Ello especialmente con el detalle de las exigencias vinculadas a la justificación racional, pero, de todas maneras, sobran aportes decisivos de otros autores que posibilitan y explican el presente trabajo. En el campo de la teoría recurriremos con abundancia a enseñanzas del realismo jurídico clásico (que es la teoría inspirada en ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO, a la que adscribimos en lo fundamental) y a autores contemporáneos neoconstitucionalistas (especialmente ALEXEY) con los que mantenemos enormes coincidencias en las propuestas de teoría jurídica, aunque también algunas diferencias especialmente en el terreno de los fundamentos filosóficos.

En la visión aristotélica tomista la razón práctica es regla y medida del obrar, por eso «la moral es la ciencia que enseña a los hombres a guiarse por la razón»¹⁷ y «los preceptos morales son conformes con la naturaleza humana porque son requerimientos de la razón natural»¹⁸, por eso «las virtudes [...] son conforme con la naturaleza humana en la medida en que están de acuerdo con la razón; los vicios son contrarios a la naturaleza humana en la medida en que son contrarios al orden de lo razonable»¹⁹. La ley (o sea el derecho, o mejor, la norma jurídica) está indisolublemente asociada a la razón, así claramente lo dice AQUINO: «La ley es algo propio de la razón»²⁰, en tanto ella es «regla y medida de los actos humanos», de ahí su conocida definición: «La ley no es más que una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad»²¹. La norma jurídica en la visión tomista

¹⁵ A. CALSAMIGLIA, «Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, ts. XIII-XIV, 1996-1997, Madrid, 487.

¹⁶ Cfr. A. M. QUINTAS, *Obbligazione politica e governo legittimo*, Milano, Giuffrè, 1997.

¹⁷ TOMÁS DE AQUINO, «Scientia moralis docet hominis sit bona ex hoc quod et secundum rationem ractam...», *Comm. Eth. L. 2*, lec. 2; y cfr. L. LACHANCE, *El concepto del derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, F. N. A. CUEVILLAS (trad.), Buenos Aires, 1953, 111.

¹⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Scriptum Super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis*, IV, d. 2, q. 1, a. 4, sol. 1 ad 2.

¹⁹ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 71, a. 2.

²⁰ *Ibid.*, I-II, q. 90, a.1.

²¹ *Ibid.*, I-II, q. 90, a. 4.

es *rationis ordinatio*, y ella remite a «la comunidad o a la persona pública que tiene el cuidado de la comunidad», pues «la fuerza coactiva la tiene únicamente la comunidad o la persona pública a la que pertenece infringir penas»²². En plena sintonía con esas enseñanzas, Francesco OLGIATTI concluye: «Decir que el derecho debe tener una justificación, equivale a afirmar que la primera nota esencial de la juridicidad es la racionalidad (lo irracional —como una banda de malhechores— es antijurídico)», y «el derecho será derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar *secundum rectan rationem*»²³. Giuseppe GRANERIS, desde la misma escuela del realismo jurídico clásico, afirma de mil maneras la imposibilidad de que haya derecho donde no hay razón²⁴.

La nueva escuela anglosajona de derecho natural, en autores como J. FINNIS o R. P. GEORGE²⁵, insiste que la actuación humana como natural o antinatural se deriva de su carácter razonable o irrazonable. Específicamente, el profesor de Oxford mencionado afirma: «El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad [...]. El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano insiste en estar fuera del orden de la razonabilidad [...] para TOMÁS DE AQUINO la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar si está de acuerdo a la naturaleza humana, sino qué es razonable»²⁶.

Por supuesto que en el campo derecho corresponde hablar preferentemente de la razón práctica prudencial, que es, precisamente, la que debe discernir la conducta o el precepto que disponga lo justo en concreto. Para el acto justo o el dictado de la norma justa se requiere, por un lado, que la razón práctica lo determine, y luego estará la voluntad queriendo y ejecutando lo justo. «La verdad del entendimiento especulativo se toma por la conformidad del entendimiento con la cosas [...]. En cambio la verdad del entendimiento práctico se toma por la conformidad con el apetito recto; conformidad que no tiene lugar en las cosas necesarias, que no penden de la voluntad humana, sino en las contingentes que pueden ser hechas por nosotros»²⁷. La prudencia es formalmente intelectual en cuanto a su sujeto que es la razón práctica, pero es materialmente moral porque se ocupa de lo agible o la acción humana. Los prudentes son expertos, en tanto la prudencia requiere para adquirirse de la experiencia que posibilita el conocimiento de los actos singulares, y si bien le es útil el conocimiento de la filosofía moral, lo decisivo es ese conocimiento natural y vulgar que va obteniéndose en la vida. La prudencia, en tanto virtud, es el hábito del discernimiento sobre lo bueno concreto que corresponde realizar, y por eso es que el prudente puede ser medida de lo bueno, así lo afirma AQUINO: «De ahí que se diga en el libro X de los Eticos que el virtuoso es

²² *Ibid.*, q. 90, a. 4.

²³ F. OLGIATTI, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino* (1943), DIORKI (trad.) y J. A. SARDINA PÁRAMO (rev.) Eunsa, 1977, 51 y 339.

²⁴ Cfr. G. GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho* (1949), C. A. LÉRTOLA MENDOZA (trad.), Buenos Aires, Eudeba, 1973, 90. Otro testimonio de la intrínseca relación entre racionalidad y lo justo es R. SPAEMANN en *Lo natural y lo racional* (1988), D. INNERARITY y J. OLMO (trads.), Madrid, Rialp, 1989.

²⁵ Cfr. J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, 1988, 90-94, y R. P. GEORGE, *Kelsen y Santo Tomás sobre la doctrina de la ley natural*, C. VELARDE (trad.), en *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, t. 42 (2000), 67.

²⁶ J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales* (1992), C. ORREGO SÁNCHEZ (trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, 69.

²⁷ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 57, a. 5, ad. 3.

y regla de los actos humanos»²⁸, y también: «El virtuoso es norma de las obras humanas, porque bueno es aquello que apetece el virtuoso. Y cosa parecida hay que decir de la rectitud del entendimiento, porque es verdadero aquello que así le parece al que tiene recto entendimiento, no lo que le parece así a cualquiera»²⁹. Si bien la prudencia se ocupa de dirigir la vida buena, como un tipo de ella está la prudencia jurídica, que tiene por objeto el discernimiento y mandato de lo justo en concreto.

Precisamente, FINNIS reivindicando «el punto de vista interno o jurídico» auspiciado por HART y RAZ, aunque reprochándoles no haber diferenciado dentro del mismo el «caso central» respecto a los «casos periféricos», concluye optando para que los conceptos a los que recurre el teórico-descriptivo sean seleccionados y empleados como son usados en la práctica por el *spoudaios* (equivalente al *phronimos* o prudente), de modo que «los intereses y la comprensión del hombre maduro y razonable proporcionan una mejor base empírica para la explicación reflexiva de los asuntos humanos»³⁰. Desde esa matriz realista y en conexión con los otros niveles del saber práctico insistimos: «La ciencia puramente especulativa, como las matemáticas, no vale nada para la práctica de la virtud; la ciencia moral vale algo, o mejor vale mucho para vivir honestamente, porque traza las grandes líneas del bien vivir; pero la prudencia lo vale todo, porque orienta y ordena eficazmente toda la vida moral»³¹. Por supuesto, que si bien se habla de la prudencia como un hábito o virtud, cabe la posibilidad de tener juicios prudentes (discernimiento de la conducta buena o justa concreta o circunstanciada) aunque se carezca del hábito de formularlos, pero quien tiene el hábito puede realizarlos de manera fácil y deleitable. Reiteremos que podemos aludir a la razón práctica genéricamente refiriéndonos siempre a su objeto que es saber o dirigir los comportamientos humanos en orden al bien, pero también queremos destacar que dicha razón práctica tiene diferentes niveles noéticos que van desde lo más universal o general hasta lo concreto o circunstanciado. Asimismo, recordemos que esa racionalidad si bien es posible centrarla en el mundo estrictamente jurídico, ella es inescindiblemente moral y política³².

Dentro de los autores neoconstitucionales actuales, nos parece evidente que uno de los que más empeño y ambición ha puesto para reconciliar la razón con el derecho es Robert ALEXY. Es tesis central del profesor de Kiel: «El discurso necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad», que incluye: «La teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia»³³. El camino teórico para alcanzar aquellas conclusiones, parte de la «pretensión de corrección» de quienes formulan y actúan en el derecho, creándolo, interpretándolo, aplicándolo o ejecutándolo (paradigmáticamente el legislador y el juez), y así, incorporan afirmacio-

²⁸ *Ibid.*, I, q. 1, a. 6, ad. 3.

²⁹ TOMÁS DE AQUINO, *In I Sent.*, d. 17, q. 1, a. 4, ad. 2.

³⁰ J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., 49.

³¹ S. RAMÍREZ, *La prudencia*, Madrid, Palabra, 1982, 80.

³² J. FINNIS, «Natural Law and Legal Reasoning», en R. P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford University Press, 1992, 134-157.

³³ R. ALEXY, *La institucionalización de la razón*, J. A. SEONE (trad.), *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, núm. 43, (2000), 237-238.

nes que conllevan implícita y necesariamente que las mismas son material y procedimentalmente correctas. El segundo paso es que esa pretensión incluye una «pretensión de fundamentabilidad», y aquí se cuenta con la «teoría del discurso práctico general» que posibilita por medio de un procedimiento de «argumentación práctica racional» alcanzar respuestas o normas correctas o verdaderas; en palabras del profesor alemán: «La teoría del discurso en una teoría procedimental de razón práctica. Conforme a ella, una proposición práctica o normativa es correcta (o verdadera) si y solo si ella es el resultado de un discurso práctico racional. Las condiciones de racionalidad discursiva pueden resumirse en un sistema de principios, reglas y formas del discurso práctico general. Este sistema comprende reglas que exigen la no-contradicción, claridad lingüística, fiabilidad de las premisas empíricas, ciertas consideraciones acerca de las consecuencias, la ponderación, la universalidad y la génesis de las convicciones normativas. Su núcleo procedimental está constituido por reglas que garantizan la libertad y la igualdad en el discursos. Estas reglas aseguran a cada individuo el derecho de participar en el discurso, así como el derecho a cuestionar o defender cualquiera de sus propias afirmaciones»³⁴.

Las referidas reglas alexyanas definen un discurso ideal que se constituye en una «idea regulativa» respecto a los discursos reales, de manera que «cualquiera que intente vencer con argumentos a un adversario presupone que este debería estar de acuerdo en condiciones ideales. En este sentido, el discurso ideal como idea regulativa y la pretensión de corrección son las dos caras de la misma moneda»³⁵. Pero la teoría del discurso ofrece debilidades, la primera es el «problema del conocimiento» de la respuesta que se busca dentro de lo discursivamente posible, de ahí la necesidad del derecho en orden a garantizar una decisión al respecto (las votaciones en el Parlamento es un ejemplo de ello). La segunda dificultad es la de la «observancia» de la repuesta alcanzada mediante el discurso práctico, para ello está el derecho respaldado por la coerción. El tercer inconveniente es el de la «organización» de las acciones individuales y la cooperación para alcanzar objetivos y exigencias deseables, y a esos fines está el derecho que organiza al mismo derecho.

El derecho creado desde el discurso práctico no puede pretender solo normas que permitan resolver todos los casos mediante subsunción, dado la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de antinomias, la ausencia de normas y normas que imponen soluciones absolutamente incorrectas o injustas. Esos inconvenientes suscitan en la teoría no-positivista de ALEXY «una apertura necesaria del derecho» que implica: el argumento de los principios y la tesis del caso especial. «La pretensión de corrección conduce —según ALEXY— a que los principios, que constituyen las razones para crear tanto las reglas antiguas como las nuevas, sean incorporados al concepto de derecho [...] la pretensión de corrección exige que los principios morales que han de ser tomados en consideración por el derecho sean correctos. Así, la corrección jurídica incluye elementos de corrección moral [...]. Si la pretensión de corrección debe ser satisfecha, tal satisfacción debe ser una argumentación moral racional»³⁶. La tesis del «caso es-

³⁴ R. ALEXY, *La doble naturaleza del derecho* (2010), J. A. PORTOCARRERO (trad.), en *La doble dimensión del Derecho*, C. BERNAL PULIDO (ed.), Lima, Palestra, 2011, 39.

³⁵ R. ALEXY, *La institucionalización de la razón*, art. cit., 231.

³⁶ *Ibid.*, 245 y ss.

pecial» dice que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, pues ambos tratan sobre lo que está ordenado, prohibido o permitido, pero el discurso jurídico no refiere a lo «absolutamente correcto sino a lo que es correcto en el marco de un sistema jurídico concreto»³⁷, por ende, la argumentación jurídica está vinculada a la ley, al precedente y a la ciencia jurídica, y si en ellas está la respuesta fijada claramente y «no existen serias dudas en el aspecto de la corrección material, el caso será resuelto únicamente mediante lo autoritativo e institucional»³⁸.

En síntesis, en la ambiciosa teoría alexyana el derecho es «institucionalización de la razón», que implica para todas las normas jurídicas sujetarlas a la pretensión de corrección y auspiciar como matriz de las mismas el discurso práctico argumentativo (en el que caben argumentos morales, éticos y pragmáticos)³⁹, este conlleva opciones discursivamente imposibles (p. ej., la esclavitud) y opciones discursivamente necesarias (p. ej., los derechos humanos). Concluamos con ALEXY que una norma o un sistema normativo que no formule explícita o implícitamente una pretensión de corrección no pertenecen al derecho.

Comentando la tesis alexyana del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico, Alfonso GARCÍA FIGUEROA concluye de manera categórica: «Una norma deja de ser jurídica cuando ha perdido toda aptitud (toda su disposición) para formar parte de un razonamiento práctico. Si una norma no sirve para articular una justificación en ningún caso posible, entonces no funciona [...]. Toda norma se halla condicionada por su aceptabilidad discursiva»⁴⁰. Esta idea de aceptabilidad discursiva por supuesto que remite centralmente a HABERMAS con su reiterada tesis: «Válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales»⁴¹, que implica que en «la fundamentación de las normas jurídicas hay que hacer uso de la razón práctica en todo el espectro de esta»⁴², con la precisión que «en el procedimiento democrático de legislación debe agotarse el potencial de racionalidad de las deliberaciones en toda su amplitud de posibles aspectos de validez, y de ningún modo únicamente desde la perspectiva moral de la generalización igualitaria de intereses»⁴³.

El debilitamiento del positivismo jurídico en tanto su incapacidad para explicar al Estado de derecho constitucional⁴⁴, supone también la crisis de sus conceptos y definiciones, y respecto al tema de la validez es evidente que prefirió postular un concepto descriptivo de validez que eludiera el tema del contenido, la justificación o el fundamento, y un ejemplo es el propuesto por VON WRIGHT que reduce la validez de una norma a la legalidad del acto de creación en tanto autorizado por otra norma superior

³⁷ *Ibid.*, 248.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, 249.

⁴⁰ A. GARCÍA FIGUEROA, «El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli», en G. MARCILLA (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2009, 126.

⁴¹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez* (1992), M. JIMÉNEZ REDONDO (trad.), Madrid, Trotta, 1998, 172.

⁴² *Ibid.*, 223.

⁴³ J. HABERMAS, *Entre naturalismo y religión* (2005), P. FABRA, D. GAMPER, F. J. GIL MARTÍN, J. L. LÓPEZ DE LIZAGA, P. MADRIGAL y J. C. VELASCO (trads.), Barcelona, Paidós, 2006, 99.

⁴⁴ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Dejemos atrás al positivismo jurídico», *Isonomía*, México, ITAM, 2007, núm. 27.

del sistema⁴⁵. Ese reduccionismo descriptivista que reducía la validez a «los procesos legítimos de producción y reconocimiento de las normas» iba acompañado por una afirmación de la ciencia jurídica a la que le estaba vedado introducirse en terrenos axiológicos, éticos o políticos⁴⁶. Incluso otra manifestación importante de esa perspectiva parcial e interesada la encontramos en BOBBIO⁴⁷ cuando en un trabajo específico sobre derecho y razón, distingue entre una «razón fuerte» o sustancial que tiene por objeto crear, descubrir o revelar el derecho, y otra «razón débil» o formal cuyo objeto es aplicar las reglas ya creadas a los casos concretos, pero después de KANT —precisa el maestro italiano— ya no se habla del derecho como producto de la razón, y cuando se evoca la razón por la teoría del derecho se está hablando del razonamiento jurídico o interpretación, o sea de una razón formal o instrumental; desde esos presupuestos BOBBIO concluye que expresiones como «“Ley de la razón” o “derecho racional” han desaparecido de nuestro diccionario», y arguye que «a través del dominio incontrastado del positivismo y del historicismo jurídicos desde comienzos del siglo pasado (XIX) en adelante, la idea del derecho natural se licuó y la escisión entre derecho y razón quedó irremediablemente consumada». Es interesante la réplica que le formula E. PATTARO a ese trabajo de BOBBIO en tanto aceptando partir de la distinción entre «razón fuerte» y «razón débil» construye cuatro concepciones sobre el modo de entender las relaciones entre razón y derecho: 1) iusnaturalismo racionalista de los siglos XVI y XVII: la razón humana es capaz de conocer principios verdaderos y evidentes del derecho (razón fuerte) y deducir desde ellos de manera rigurosa conclusiones necesarias (razón fuerte); 2) TOMÁS DE AQUINO: la razón humana es capaz de conocer principios verdaderos y evidentes del derecho (razón fuerte), pero no es capaz de derivar de ellos conclusiones necesarias, sino solamente plausibles (razón débil) frente a problemas jurídicos concretos; 3) PERELMAN: la razón humana es capaz de conocer solamente principios verosímiles o aceptables del derecho (razón débil) y puede alcanzar conclusiones plausibles, pero no necesarias (razón débil), y 4) PECZENIK: la razón humana es capaz de conocer solamente principios verosímiles y aceptables del derecho (razón débil), pero desde ellos puede alcanzar conclusiones necesarias (razón fuerte)⁴⁸. No caben dudas que aquel esquema bobbiano está formulado desde una matriz positivista, e ignora todos los esfuerzos en orden a rehabilitar la razón práctica y a reclamarla para la autoridad.

4. REQUERIMIENTOS Y PROYECCIONES PRÁCTICAS

En el punto anterior hemos intentado aducir a favor del concepto de validez jurídica centrado en la normatividad justificada racionalmente, apoyándonos en la teoría del realismo jurídico clásico como en la teoría discursiva no-positivista de R.

⁴⁵ Cfr. G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action (A Logical Enquiry)*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, 194-196.

⁴⁶ Cfr. M. J. FARIÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica*, Madrid, Civitas, 1991, 135.

⁴⁷ N. BOBBIO, «La razón en el derecho (observaciones preliminares)», A. RUIZ MIGUEL (trad.), *Doxa*, núm. 2 (1985), 17-26.

⁴⁸ E. PATTARO, *La razón en el derecho. Comentario a Norberto Bobbio*, M. ATIENZA (trad.), *Doxa*, núm. 2, (1985), 147-152.

ALEXY. Ambas reconocen que el derecho queda conectado esencial y necesariamente con la razón práctica, por lo que si junto a la pretensión de hacer nacer al derecho se incurre en una violación evidente de las exigencias puestas por aquella, se abortará ese propósito⁴⁹. Pero en este punto queremos avanzar en algunas proyecciones prácticas que de algún modo remiten a la definición de validez jurídica que auspiciamos, y fundamentalmente desechan asociar la validez con explicaciones meramente descriptivistas.

Sin duda que las teorías de la argumentación jurídica han contribuido decididamente a superar la noción de validez jurídica asimilada a corroborar las formas de la creación normativa sin introducirse en cuestiones valorativas. Advierte ATIENZA que «la práctica del derecho —especialmente en los derechos del Estado constitucional— parece consistir de manera relevante en argumentar», y ello responde —entre otras causas— que en «la sociedad contemporánea hemos asistido a una pérdida de importancia de la autoridad y de la tradición como fuentes de legitimación del poder; en su lugar se ha impuesto el consentimiento de los afectados, la democracia; pero la democracia —sobre todo, la democracia deliberativa, la que no se identifica simplemente con la ley de la mayoría— exige «ciudadanos capaces de argumentar racional y competente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común»⁵⁰. El actual juez del Tribunal Constitucional y catedrático de Filosofía del Derecho, Andrés OLLERO, concluye: «Se quiera o no, esta rehabilitación de la razón práctica lleva consigo una recuperación del clásico derecho natural. Por más que el dualismo derecho-ley resucitara en la posguerra mundial, no aportaba nada muy distinto de lo ya diagnosticado siglos antes por TOMÁS DE AQUINO: “Que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho”. Se ha decidido pues abandonar el voluntarismo jurídico para reabrir paso a una clásica querencia cognoscitivista. Todas las normas que integran el ordenamiento han de ser razonablemente interpretadas del modo más favorable para unos derechos, que ellas no logran por sí solas explicitar pero que la Constitución ampara y garantiza»⁵¹.

El campo de la argumentación constitucional ha sido un terreno muy fértil para asimilar nociones normativas de validez, en las que necesariamente aparece la exigencia de justificación racional. Al respecto, está fuera de discusión que los Tribunales Constitucionales europeos y latinoamericanos, como los Tribunales supranacionales de derechos humanos que fueron creándose a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, han encontrado en la jurisprudencia constitucional norteamericana una fuente importante de inspiración y seguimiento. Precisamente en este ámbito se generó, a través de autores como THAYER y BICKEL la tesis de vincular constitucionalidad y racionalidad, por eso Enrique ALONSO GARCÍA señala: «Existen, sin embargo, determinados preceptos constitucionales en que la razonabilidad o racionalidad se convierte en el parámetro por excelencia del examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de actos

⁴⁹ C. BERNAL PULIDO concluye: «Las tesis de Alexy retoman las banderas de la teoría del derecho natural, tal como las postularan Tomás de Aquino o los clásicos de la Escuela de Salamanca, y en tiempos más recientes autores como John Finnis en Oxford», en *Estudio Introductorio. La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy* (2010), J. A. PORTOCARRERO QUISPE (trad.), en *La doble dimensión del Derecho*, Lima, Palestra, 2011, 25.

⁵⁰ M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, 21.

⁵¹ A. OLLERO, *El derecho en teoría*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2007, 254.

o normas [...]. El test de la razonabilidad se ha convertido, pues, en el instrumento interpretativo clásico de gran parte de los derechos fundamentales [...]. Se trata ahora de la racionalidad no como equivalente a la ausencia de duda, sino como equivalente a la necesidad de que la ley sea razonable»⁵². Es que cualquier caso jurídico de relevancia seguramente encierra explícita o implícitamente un conflicto de valores, principios o derechos humanos, que requiere un discernimiento racional en respeto de los mismos derechos humanos.

En este esfuerzo contemporáneo y en sintonía con el Estado de derecho constitucional, nos parece interesante el trabajo de ATIENZA en relación a la racionalidad de la ley afirmando: «Lo que parece indiscutible es que, en la actual cultura jurídica, la problemática de la racionalidad de la legislación no solo es una cuestión abordable, sino que podría decirse que constituye incluso uno de sus rasgos más típicos» y luego de reconocer que el interés por los estudios sobre la legislación se remontan a la década de los setenta, destaca «que el actual auge de este tipo de estudios [...] se conecta sin duda con la crisis de la legislación que, a su vez, es un aspecto de la crisis del Estado de Bienestar y, más en general, de la crisis social y civilizatoria de este final del milenio»⁵³. En definitiva, el catedrático de Alicante identifica cinco tipos o niveles de racionalidad: racionalidad comunicativa o lingüística, racionalidad jurídica-formal o sistémica, racionalidad pragmática (procura que los destinatarios cumplan la ley), racionalidad teleológica (que la ley alcance los fines) y racionalidad ética (las conductas y los fines presuponen valores susceptibles de justificación ética). En ALEXY el derecho no solo puede ser visto como la institucionalización de la razón práctica⁵⁴, sino que «el constitucionalismo democrático o discursivo es la forma política de la institucionalización de la razón»⁵⁵. En el ámbito de la teoría jurídica continental europea las teorías de la argumentación han contribuido decididamente a reclamar la racionalidad justificatoria en las decisiones judiciales, pero de lo que se trata es de extender aquella pretensión a todas las normas, especialmente a las legales, superando el decimonónico dogma del legislador racional, «lo que ahora nos interesa —digamos con EZQUIAGA— es la decisión productora del derecho propia del legislador ha de ser una decisión justificada, ya que la producción de derecho se concibe en nuestra cultura jurídica como una actividad racional orientada hacia objetivos»⁵⁶.

En definitiva, esta recuperación de la razón al campo de la creación y aplicación del derecho supone de algún modo reivindicar el viejo *Rule of Law* como gobierno de la ley o la razón frente al gobierno de los hombres (ARISTÓTELES: «Es preferible que mande la ley antes que uno cualquiera de los ciudadanos [...]. La ley es, por tan-

⁵² A. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, 204-205. También A. BARAK ha destacado la decisividad que encierra en la actuación del control constitucional la «zona de razonabilidad»; cfr. «A judge on Judging: The Role of a Suprem Court in Democracy», *Harvard Law Review*, 2002.

⁵³ M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, 95.

⁵⁴ Cfr. R. ALEXY, *La institucionalización de la razón*, art. cit.

⁵⁵ R. ALEXY, *Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años* (2010), J. A. PORTOCARRERO (trad.), art. cit. en C. BERNAL PULIDO (ed.), *La doble dimensión del Derecho*, op. cit., 46.

⁵⁶ F. J. EZQUIAGA, «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional», *Isonomía*, núm. 1 (1994), 70.

to, razón sin deseo»⁵⁷. Se trata no solo de exigencias formales (al modo de RAZ⁵⁸ o FULLER⁵⁹), sino también sustanciales como lo subraya F. VIOLA: «Los principios de justicia natural, la composición de, y la accesibilidad a, las cortes de justicia, la argumentación jurídica como forma de argumentación pública, los poderes de revisión del juez, son hoy elementos del *rule of law* bastante más importantes que las características generales de las leyes»⁶⁰.

5. REQUISITOS DE LA VALIDEZ JURÍDICA O DE LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LA NORMA JURÍDICA

Insistamos que la «normatividad justificada» instala a la norma en el campo del derecho gracias a la racionalidad que exhibe los argumentos o razones que la respaldan o justifican. Por supuesto, que el subsiguiente problema es especificar cuáles son esas exigencias racionales que debe satisfacer la norma como para concluir su validez o justificación. La aparición en el derecho de una norma requiere someterla a un test de validez variado que en nuestra propuesta transitará por diez ámbitos⁶¹ específicos y uno más de carácter genérico, integral y final, por eso pasemos ahora a esos requisitos.

5.1. Racionalidad orgánica (RO)

En primer lugar, tenemos la racionalidad que conlleva que la norma sea dictada por el órgano que tiene competencia para ello. Desde una mirada gnoseológica clásica, se insiste que la razón práctica tiene por objeto las conductas humanas a los fines de dirigir las poniendo reglas y medidas en las mismas, lo cual implica imponerle un orden que necesariamente incluye en el campo del orden social-político asignar competencias a las diferentes autoridades, y entre ellas establecer aquellos que dictarán reglas jurídicas —generales e individuales— que definirán derechos y deberes. Precisamente, conspiraría contra el más elemental y racional orden jurídico que cualquiera pudiera dictar la regla que quisiera, sea en relación a destinatarios, a la materia, al espacio, al tiempo o a la jerarquía; pues en ese marco no hay ninguna posibilidad de saber qué es lo que puedo, debo o tengo prohibido hacer. Por supuesto que esta dimensión de la validez aparece también asumida ortodoxamente por la teoría pura en tanto dentro de la creación dinámica y escalonada del orden jurídico, la validez de cada norma se funda en la norma superior que determina la forma de producir a esa norma inferior: «una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma, esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera»⁶². La doctrina se ha encargado de reconocer que en el derecho hay normas

⁵⁷ ARISTÓTELES, *Política*, III, 16, 1287a.

⁵⁸ J. RAZ, «The Rule of Law and its Virtue», en *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

⁵⁹ L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.

⁶⁰ F. VIOLA, «Il Rule of Law e il concetto di diritto», *Ragion Pratica*, núm. 30, 163.

⁶¹ R. SUMMERS habla de «tests of validity» identificando cinco tipos: 1. «source-oriented»; 2. «content-oriented»; 3. «process-oriented»; 4. «acceptance-oriented», y 5. «effectiveness-oriented», en «Towards a better general theory of legal validity», en *Rechtstheorie*, 1985, 16 Band, Heft 1, 65-83.

⁶² H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., 232.

de conductas, pero también normas organizativas (o constitutivas) que asignan poder (*power-conferring rules*). Esta racionalidad orgánica (RO) no ofrece mayores debates, e incluso en el esquema de las causales de la injusticia que por ejemplo nos propone TOMÁS DE AQUINO o FINNIS⁶³ se incluye precisamente entre ellas, el supuesto que la norma haya sido dictada por quien no tenía competencia a esos fines. Un interesante problema vinculado con la competencia jurígena trata AQUINO cuando luego de afirmar que «el poder de legislar es exclusivo de la comunidad o de quien la representa»⁶⁴, se plantea la pregunta de si es posible que una costumbre tenga fuerza para «abolir» a una ley, y la respuesta positiva se justifica dado que «el consentimiento de todo el pueblo, expresado por una costumbre, vale más en lo que toca a la práctica de una cosa que la autoridad del soberano, que tiene facultad de dictar leyes solo en cuanto representante de la multitud»⁶⁵, aunque esa conclusión no contradice la naturaleza racional del derecho porque «es manifiesto que, cuando se repite algo con mucha frecuencia, procede de un deliberado juicio de la razón»⁶⁶. Es evidente, y por ello no es necesario más consideraciones, que es absolutamente irracional exigirle a alguien que cumpla la orden de alguien que carece de competencia para ello.

5.2. Racionalidad Procedimental (RP)

En segundo lugar, está la «racionalidad procedimental» (RP) que supone que la norma válida es aquella que surge al cabo del proceso que se ha previsto para su creación. Está claro que teorías como la de ALEXY han subrayado la importancia decisiva en esa racionalidad: «Una norma es correcta, y por tanto válida, cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, a saber el de un discurso práctico racional»⁶⁷, y si bien esa afirmación corresponde no estrictamente al plano jurídico, recordemos que en la visión alexyana el discurso jurídico es «un caso especial» del discurso práctico, por ende, se hacen presente en el mismo las 28 reglas que garantizan la racionalidad del diálogo, aunque limitadas las exigencias contenidas en aquellas por la ley, la ciencia jurídica, la jurisprudencia y el derecho procesal. De todas maneras, también resulta claro que es posible juzgar acerca de la racionalidad de una norma en función del procedimiento que se ha seguido para su formulación, y ello resulta central en la filosofía del derecho de Michel VILLEY dado que ella se ocupa, por un lado, del problema ontológico o del fin del derecho, y por otro lado, de «los medios: de los caminos que se han de seguir para hallar el justo reparto, para inventar la solución de derecho»⁶⁸. Este camino que posibilita que nazca el derecho es para VILLEY la dialéctica con sus reglas formales o procedimentales, las que sintéticamente incluyen: *ponere causam* (el caso en el que hay que decir el derecho), el diálogo en el se confrontan las posiciones y las definiciones o

⁶³ J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., 380.

⁶⁴ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 3.

⁶⁵ *Ibid.*, S.T. I-II, q. 97, a. 3.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ R. ALEXY, *Ley fundamental y Teoría del discurso* (1996), D. OLIVER-LALANA (trad.), en *Las razones de la producción del derecho*, N. CARDINAUX, L. CLÉRICO y A. D'AURIA (coords.), Buenos Aires, Facultad de Derecho-UBA, 2006, 19.

⁶⁸ M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho* (1975), DIORKI (trad.), J. VALDÉS y MENÉNDEZ VALDÉS (rev.), Pamplona, Eunsa, 1979, t. II, 25.

conclusiones jurídicas. El derecho como resultado de la razón no puede establecerse de cualquier manera, por eso hay caminos fijados por la razón para alcanzarlo y caminos rechazados por su imposibilidad de respaldarse con razones justificatorias. La razón práctica no solo se ocupa de definiciones sustanciales, sino también define procedimientos o métodos, y ello claramente se visibiliza en la teoría de FINNIS atento a que su razón práctica no solo tiene por objeto sustancial los bienes humanos básicos, también resulta procedente vincular dicha razón práctica a las nueve exigencias de la razonabilidad prácticas previstas por FINNIS, las que en definitiva «expresan “el método de la ley natural” para elaborar la “ley natural” (moral) a partir de los primeros “principios de la ley natural” (premorales) [...] versan sobre los tipos de razones por las que (y de este modo las formas en que) hay cosas que moralmente (no) deben hacerse»⁶⁹. En esta racionalidad está implícita que hay procedimientos o modos mejores y peores para elaborar una norma, y, por ende, también están aquellos que carecen de toda racionalidad, lo que afecta normalmente también a su resultado creativo.

5.3. Racionalidad Sistémica (RSt)

En tercer lugar, el destino de la norma es integrarse junto a otras normas, de manera de componer un ordenamiento o sistema jurídico. Si bien esta «racionalidad sistémica» (RSt) nos instala en la teoría jurídica contemporánea, en tanto el antecedente puede ser la obra «Sistema de derecho romano actual» de SAVIGNY, es cierto que el derecho actual presenta una amplitud y densidad que obliga a computar y reclamar desde la racionalidad su necesaria coherencia y consistencia. Tanto RAZ, MACCORMICK o ALCHOURRÓN-BULYGIN han desarrollado sendos aportes como para que el derecho se presente al jurista con la indispensable sistematicidad, con unidad, completitud, jerarquía, economía y coherencia. En definitiva, la pretensión del derecho de guiar racionalmente conductas se erosiona sensiblemente si el destinatario del mismo se enfrenta con normas que pretenden conductas contradictorias o que remiten a valores o fines igualmente contradictorios. De ese modo la teoría reconoce un problema racional cuando identifica antinomias, y consiguientemente, propone criterios diversos orientados a la solución racional de las mismas, vía la jerarquía, la temporalidad, la especialidad, la competencia, el valor, etc. En la propuesta post-positivista de MACCORMICK además de las razones sustantivas propias de la argumentación práctica, reconoce ya en el campo jurídico a los argumentos interpretativos, y entre estos se destacan los argumentos sistémicos: «En los dilemas interpretativos, recurrir a la argumentación sistémica muestra una consideración especial por esta cualidad general de coherencia racional e inteligibilidad en el derecho. Involucra la imposición de un principio superior de racionalidad en la realidad institucional del derecho»⁷⁰. Es evidente que imaginarnos un ordenamiento normativo en donde se detecten contradicciones, ello resulta un obstáculo elemental a la comprensión racional. El análisis de EZQUIAGA⁷¹

⁶⁹ J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., 134.

⁷⁰ N. MACCORMICK, *Argumentación e interpretación en el Derecho*, J. L. FABRA ZAMORA y L. S. GUEVARA (trads.), *Doxa*, 33, (2010), 73.

⁷¹ F. J. EZQUIAGA, «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional», en R. VAZQUEZ (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2003, 178-181.

en torno al argumento sistemático especialmente en torno a la ley incluye los argumentos: *a cohaerentia* (enfrenta la incompatibilidad entre normas), *sedes materiae* (apela al contexto normativo o localización topográfica de la norma para clarificar su significado), *a rúbrica* (utiliza el título en el que está la norma en cuestión para precisar su significado) y el sistemático en sentido estricto (para la atribución de significado se tiene en cuenta el contenido de las otras normas). Si institucionalmente el derecho pretende ser un orden racional no puede tolerar mandatos contradictorios, y también debe definir modos de creación que reduzcan el margen para la existencias de dichas antinomias. Desde una perspectiva realista clásica KALINOWSKI en su *Introducción a la lógica jurídica* se ha encargado de escribir: «El derecho es (o por lo menos debe ser) una regla de conducta dictada por la razón. Toda norma jurídica exige por tanto, como toda proposición sostenida por un jurista, ser racionalmente justificada. Los medios de justificación racional de las normas son análogos a los que utilizan los juristas para justificar el carácter racional y el valor de verdad o probabilidad de sus enunciados teóricos. Existen, efectivamente, normas jurídicas evidentes y no-evidentes. Las primeras se justifican racionalmente por su evidencia analítica [...]. Las normas jurídicas no evidentes tienen su justificación racional en una prueba. Existen dos categoría de pruebas de lo racionalmente bien fundado de las normas jurídicas no evidentes, así como hay dos grupos de pruebas jurídicas en materia de proposiciones no-normativas del jurista. Unas son proporcionadas por la lógica: son los raciocinios deductivos deónticos, regidos por las reglas lógicas que se fundan en las leyes de las normas. Las otras son propias del derecho. Una norma jurídica no-evidente puede ser válida no en virtud de su carácter de conclusión deductiva normativa, sino porque es dictada por aquel a quien una norma jurídica, racionalmente justificada y por este hecho en vigor, confiere un poder legislativo del que hace uso conforme al alcance de la delegación recibida»⁷².

5.4. Racionalidad Lógica-Lingüística (RLL)

En cuarto lugar, corresponde reclamar a la norma misma la posibilidad efectiva de su comprensión, de lo contrario resultaría irracional pretender que el destinatario la cumpla. Esta racionalidad básicamente lógica-lingüística (RLL), se conecta al respeto de los principios y reglas de la lógica, como también al seguimiento de las convenciones lingüísticas a las que pertenece el destinatario, de manera que el mensaje normativo sea comprendido. Recordemos que las reglas alexyanas del discurso incluyen como reglas generales de la racionalidad: la ausencia de contradicción, la claridad lingüística y conceptual. Pero esta necesaria comprensión abarca claridad en la definición de la conducta prescripta, y a este respecto, siguiendo a VON WRIGHT, recordemos algunos elementos constitutivos de las normas: *a)* carácter: si son de obligación, prohibición o permiso; *b)* contenido: qué comportamiento es el mandado, prohibido o permitido; *c)* condición de aplicación de la norma; *d)* sujeto destinatario; *e)* ocasión espacial y temporal de aplicación, etc⁷³. Cualquier imprecisión u obscuridad relevante respecto

⁷² G. KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica* (1965), J. A. CASAUBÓN (trad.), Buenos Aires, Eudeba, 1973, 162.

⁷³ Cfr. G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action (A Logical Enquiry)*, *op. cit.*, c. V, 70-92, y F. J. LAPORTA, *El imperio de la Ley*, Madrid, Trotta, 2007, 85-106.

a esos elementos impacta en la racionalidad de la norma y, consecuentemente, en su comprensión racional. Recordemos que AQUINO se hace cargo de la definición de ley formulada por San Isidoro que entre otros requisitos incluye que debe ser «claramente expresada», pero también subraya que «la promulgación es de la esencia de la ley» y consecuentemente concluye: «Para que la ley adquiriera fuerza obligatoria, que es lo propio de la ley, es necesaria su aplicación a los hombres que han de ser regulados conforme a ella. Tal aplicación se realiza cuando, mediante la promulgación, se pone en conocimiento de aquellos hombres [...] una vez promulgada, la conocen o pueden venir a conocimiento de ella por medio de otros»⁷⁴. Sería absolutamente irracional exigirle a alguien que asuma las consecuencias del incumplimiento de una norma jurídica cuando ni siquiera se le brindó la posibilidad de conocerla o comprenderla dado que ella se expresa de manera ininteligible o en un lenguaje que ignora, o porque afirma y niega al mismo tiempo. Conforme a la referida racionalidad podemos leer en ATIENZA: «Una ley es irracional (o no es racional, o no plenamente racional) si y en la medida en que fracasa como acto de comunicación»⁷⁵. Este requisito de la racionalidad de la norma jurídica, como los anteriores, han recibido reiterada ratificación jurisprudencial, e incluso hay algunos ejemplos interesantes en relación a población indígena (por ejemplo en México) de invalidez por dictarse la norma en un lenguaje que no conocen los destinatarios.

5.5. Racionalidad Teleológica (RT)

En quinto lugar, la racionalidad se proyecta en el plano teleológico (RT) en tanto ella requiere que el fin procurado resulte avalado por el derecho en cuestión, y, sobre todo, que los medios contemplados en la norma resulten idóneos para alcanzar el fin propuesto. Esta RT también se hace presente cuando la norma pretende algún fin amparado por el derecho que se contrapone a otro fin igualmente protegido por el derecho. Pretender que se realice una cierta conducta porque ella promoverá o logrará cierto objetivo, pero si al mismo tiempo se constata que no existe conexión entre aquel medio y este fin, solo corresponde concluir que esa pretensión es irracional. También aquí podemos acudir a ALEXI en relación al subprincipio de «idoneidad» dentro del principio de «razonabilidad», y concluir con el profesor alemán que corresponde descalificar a la norma que escoge e impone un medio que no conduce al fin que se propone, más aún, uno de los ejemplos jurisprudenciales que trae en aval ALEXI es la norma que requería de conocimientos comerciales especiales para instalar máquinas expendedoras de tabaco, la que es descalificada dado que ese requisito resulta irrelevante en orden al fin que dice proteger, o sea la salud de los consumidores. AQUINO al avalar expresamente la definición de la ley tomada de San Isidoro, declara: «El fin de la ley humana es la utilidad de los hombres»⁷⁶, por eso, un modo de la injusticia es cuando la ley no procura el bien común, como por ejemplo «cuando un soberano impone leyes onerosas a sus súbditos mirando a la gloria y los interés propios más que la utilidad común»⁷⁷. Pero

⁷⁴ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II q. 90, a. 4.

⁷⁵ M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, 29.

⁷⁶ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 3.

⁷⁷ *Ibid.*, q. 96, a. 4.

además de esta finalidad intrínseca que tiene la norma jurídica, también puede concluirse en el esquema tomista acerca de cómo se interrelacionan razón y voluntad, que resultaría irracional la ley en donde los medios no guardan conexión con el fin valioso, es que «la razón puede, ciertamente, ser movida por la voluntad, como queda dicho; pues, por lo mismo que la voluntad apetece el fin, la razón impera acerca de los medios que a él conducen. Sin embargo, para que la voluntad, al apeteer esos medios, tenga fuerza de ley, es necesario que ella misma sea regulada por la razón. Y así ha de entenderse que la voluntad del príncipe se constituye en ley. De otro modo, no sería ley, sino iniquidad»⁷⁸. Al respecto, corresponde recordar que la prudencia en general, y la jurídica en particular, tiene por objeto establecer racionalmente, pero en concreto, los medios o la medida de las otras virtudes que deben ejecutarse. Es un principio metafísico que el fin tiene razón de principio, por ende, la actividad comienza racionalmente cuando se procura alcanzar un cierto objetivo, de modo que si se carece de finalidad propiamente no puede haber movimiento con sentido, y también se afecta la racionalidad cuando el movimiento no tiene posibilidad de alcanzar el fin declarado. En la causa *Dessy* la Corte Suprema argentina invalida un reglamento carcelario que facultaba a abrir las cartas enviadas por los reclusos, en base a que se intenta justificar el mismo apelando a que ese medio conducía a la re-socialización de los mismos.

5.6. Racionalidad Científica (RC)

En sexto lugar, la ley debe respetar y conformarse a aquellas verdades evidentes o que la ciencia tiene por acreditadas de manera categórica; pues, si se obliga o pretende situaciones o comportamientos reñidos con lo confirmado epistemológicamente en la realidad de las cosas, estará imponiéndose una exigencia irracional de imposible o muy oneroso e irracional cumplimiento. De algún modo, podríamos reconocer que esta validez o racionalidad científica (RC) aparece reconocido por KELSEN cuando afirma: «La norma que prescribiera algo que necesariamente, en razón de una ley natural, siempre y por doquier debe producirse, sería tan insensata como la norma que prescribiera algo que, en razón de una ley natural, de ninguna manera puede producirse»⁷⁹. También aquí podemos recordar a ALEXY dado que entre las veintiocho exigencias generales del argumentar práctico-racional se incluye «la verdad de las premisas empíricas utilizadas»⁸⁰, pues en el terreno de la justificación externa del razonamiento jurídico está la necesidad de justificar premisas o enunciados empíricos recurriendo a las ciencias. Más allá de antecedentes y de los terrenos en donde funciona la justificación jurídica, no puede sostenerse la racionalidad de una norma cuando ella contradice verdades demostradas; es que en definitiva la racionalidad es una y, por ende cuando sabemos demostrativamente lo que son y no son las cosas, ello debe ser respetado por todo aquel que pretenda racionalidad en su discurso o mandato. La tesis pregonada por TARUFFO específicamente desde el campo procesal que «la verdad es condición de la justicia» y que no hay dos verdades sino solo una(en base a la «teoría de la correspondencia»), puede extenderse para

⁷⁸ *Ibid.*, I-II, q. 90, a. 1.

⁷⁹ H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, op. cit., 24.

⁸⁰ R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., 137.

todo el campo del derecho. Desde los autismos epistemológicos y las voluntades configurativas podía negarse la obviedad que la verdad acreditada conlleva su respeto por la razón de todo jurista, pues el costo de su rechazo es caer en la irracionalidad. Por eso resulta criterio jurisprudencial consolidado, el invalidar una sentencia que decide apoyándose en falsedades o rechazando verdades acreditadas por la ciencia, así por ejemplo, cuando se decide una demanda de filiación en contradicción con la prueba del ADN.

5.7. Racionalidad Sociológica (RS)

En séptimo lugar, incluimos la exigencia para la ley que ella guarde relación con el *ethos* de la sociedad a la que regula. Esta validez o racionalidad sociológica (RS) la señala TOMÁS DE AQUINO cuando glosando la definición de la ley de San Isidoro destaca que la ley debe conformarse a las costumbres, porque de lo contrario ello no generará los hábitos que pretende propios de un «buen ciudadano», y lo que es peor, podría frustrar lo bueno posible o debilitar la autoridad *prima facie* que es conveniente que goce la ley. Aquí aparece la noción de «validez social» usada por ALEXY, que a su criterio «es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la aplicación de la sanción en caso de desobediencia»⁸¹. Es funcional a la presente exigencia racional, apelar a la teoría de AARNIO de la «*rational acceptability of the audience*»⁸² en tanto el discurso racional tiene los límites establecidos por la «forma de vida». Vayamos una vez más a la palabra de AQUINO, que siguiendo a San Isidoro ratifica que la ley debe ser «apropiada a las costumbres del país», aclarando que la ley prevalece sobre la costumbre con la excepción de «aquellas leyes que no están en armonía con las tradiciones de la patria, porque esa armonía es una de las condiciones de la ley; es, en efecto, muy difícil desarraigar la costumbre de todo un pueblo»⁸³. Esta correspondencia entre el mandato legal y la realidad social a la que se dirige, también queda reflejada cuando el Aquinate observa que así como un padre no manda a todos los hijos lo mismo, no resultaría racional que la norma jurídica exigiera lo mejor pero imposible, de ahí también que es doctrina tomista la «tolerancia al mal» desde la tesis que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno. Esta preocupación por ajustar el derecho a la sociedad y su *ethos* se hace presente en relación al derecho indígena y sus complejas y dificultosas relaciones con el derecho estatal⁸⁴. Es que el derecho procura cierta eficacia dado que resultaría irracional imponer conductas que en términos culturales se tornan impracticables o con un enorme costo personal. Por eso, una de las dimensiones de la validez o elemento del concepto de derecho reconocido por ALEXY es la aludida eficacia social (con la salvedad que no adhiere a posiciones, como la de ROSS, que reduce la validez a la vigencia social), y a ese respecto, se requiere el aporte de la sociología jurídica en orden a comprobar si la norma es obedecida o si se aplica la san-

⁸¹ *Ibid.*, 88.

⁸² Cfr. A. AARNIO, «On the validity, efficacy and acceptability of legal norms», en *Objektivierung des Rechtsdenkens*, Berlin, Duncker und Humblot, 1984, 427-438.

⁸³ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 97, a. 3.

⁸⁴ Cfr. N. SAGUÉS, *La interpretación judicial de la constitución*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2013, cap. 13.

ción en caso de desobediencia. Por otro lado es claro que la desobediencia masiva de una norma terminará haciéndola desaparecer por vía del desuetudo o de la costumbre derogatoria o abrogatoria.

5.8. Racionalidad Axiológica (RA)

En octavo lugar, aparece la exigencia en relación al contenido de la ley indicándole que no contradiga de modo grave la moral o la justicia. A esta racionalidad la podríamos llamar axiológica (RA) y ha sido defendida desde siempre por el realismo jurídico clásico, en tanto reclamar para el derecho que respete de algún modo la moral racional cuyo objeto son las conductas sociales, o más concretamente la justicia, dado que su fin es el bien común, y en aras de este no prohíbe el derecho todas las conductas inmorales ni exige todas las morales («La ley humana no prohíbe todos los vicios de los cuales se abstienen los virtuosos, sino solo los más graves, aquellos que la mayor parte de la multitud puede evitar; y sobre todo los que van en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría sostenerse»⁸⁵, y «la ley humana no prescribe lo concerniente a todos los actos de cada una de las virtudes, sino solamente aquellos que son referibles al bien común»⁸⁶). Desde esa perspectiva puede suscribirse desde el realismo jurídico clásico la fórmula radbruchiana que ha defendido y divulgado ALEXY que «la injusticia extrema no es derecho», de ese modo no se exige una «correspondencia perfecta entre el derecho y la moral [...] solo cuando se traspasa el umbral de la injusticia intolerable cuando las normas, que han sido expedidas de manera apropiada y que son socialmente eficaces, pierden su validez»⁸⁷. MACCORMICK en sintonía con las enseñanzas de ALEXY admite que la creación del derecho conlleva implícitamente la pretensión de justicia o de corrección moral⁸⁸. AARNIO comentando la tríada de la validez en WROBLEWSKI, no duda en destacar como la más importante en orden a la justificación, precisamente a la «*axiological validity*» por sobre la «*systemic validity*» y la «*factual validity*»⁸⁹. Manuel ATIENZA en su libro *El sentido del derecho* concluye: «Lo que da sentido al derecho —y a ocuparse profesionalmente del derecho— no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia»⁹⁰. Esa racionalidad axiológica obliga a los operadores del derecho a escoger los mejores medios —axiológicamente hablando—, y ello se refleja en la regla de necesidad de ALEXY incluida en su regla de ponderación de principios que exige escoger la alternativa menos dañosa. En definitiva, el deber general e implícito que justifica a los juristas y a sus propuestas o mandatos es obtener la justicia por medio del derecho, y resulta absolutamente irracional ordenar o cumplir con aquello que es clara y gravemente injusto o disvalioso. Es doctrina pacífica de la Corte Suprema

⁸⁵ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 2.

⁸⁶ *Ibid.*, q. 96, a. 3.

⁸⁷ R. ALEXY, *En torno al concepto y la naturaleza del derecho* (2006), C. BERNAL PULIDO (trad.), en *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, 75.

⁸⁸ N. MACCORMICK, *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2007, 274 y ss.

⁸⁹ A. AARNIO, *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, Dordrecht, D. Reidel, Boston-Lancaster, 1987, 46.

⁹⁰ M. ATIENZA, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 312.

argentina que lo absurdo axiológicamente es inconstitucional (el Preámbulo incluye «afianzar la justicia») y por esa vía se han abierto cuestionamientos procesales a la cosa juzgada (la llamada «írrita») o se ha llegado habilitar un recurso extraordinario por «sentencia arbitraria».

5.9. Racionalidad Fáctica (RF)

En noveno lugar, a los fines de la racionalidad de la norma y, por ende, de su justificación y obligatoriedad, corresponde incluir que lo exigido debe ser algo posible de cumplir por parte de sus destinatarios (RF: racionalidad fáctica). AQUINO comentando la definición de ley de San Isidoro entre cuyos requisitos está que mande algo «posible», agrega que la disciplina que impone la ley «depende en primer lugar, del orden de la razón —lo que se expresa por la palabra “justa” —; en segundo lugar, de las facultades de los que han de practicarla, porque la disciplina ha de ajustarse a cada uno según sus posibilidades, teniendo también en cuenta la posibilidad de la naturaleza, porque no han de imponerse a los niños las mismas obligaciones que los adultos»⁹¹, y agrega: «A los niños se les permiten muchas cosas que las leyes de los adultos condenan y sancionan»⁹². COTTA explícitamente refiere a ese requisito: «La norma, al estar situada dentro del horizonte de la un comportamiento realmente posible, un comportamiento serialmente posible: para una pluralidad serial de personas y para una sucesión serial de tiempos. Lo cual implica que la norma: *a*) no contempla comportamientos de necesaria realización; *b*) no tiene la capacidad de hacer obligatorio un comportamiento imposible, como, por ejemplo, no respirar, caminar por el agua, etc. De donde se deduce con plena evidencia que toda justificación deberá demostrar antes que nada que: el comportamiento prescrito es realmente posible»⁹³. Entre las ocho desideratas que prevé Lon FULLER para que sea posible o que no fracase la creación del derecho, está precisamente que las leyes no requieran lo imposible⁹⁴. Parece muy obvio que sería absurdo o irracional imponerle una sanción a alguien porque no hizo aquello que le resultaba imposible de hacer, pues ello equivaldría a suponer legisladores que buscan siempre sancionar y que promulgan leyes sabiendo que inexorablemente serán sancionados sus destinatarios. Más allá del reproche moral que se puede hacer a ese tipo de normas jurídicas, dado que la moral nunca puede establecer obligaciones de imposible cumplimiento, ya en el terreno jurídico, o sea del bien común o interés general, la cuestión no es absolutamente clara dado que a veces se debilita la referida exigencia y llega el derecho a reclamar comportamientos muy exigentes y poco habituales, por ejemplo en materia de responsabilidad por daños, pero ello requiere de ponderaciones y justificaciones muy exigentes (de algún modo las presunciones o ficciones tienen esa cuota de irracionalidad o falta de realismo que se justifica a la hora de valorar desde el bien común otras alternativas). Está claro que racionalidad de una obligación incluye la posibilidad de su cumplimiento.

⁹¹ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 3.

⁹² *Ibid.*, I-II, q. 96, a. 2.

⁹³ S. COTTA, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, *op. cit.*, 64.

⁹⁴ Cfr. L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University, 1964.

5.10. Racionalidad Intencional (RI)

En décimo lugar, pretendemos defender, aún con algunas dudas o condicionamientos, que la justificación racional de la norma exige que la intención del autor resulte ajustada a las pretensiones elementales fijadas por la moral respecto a su comportamiento creativo de la norma. Resultará difícil pretender aquella justificación en el supuesto que se acreditó una intención deshonesto o inmoral grave del autor de la norma, aún cuando el contenido de la misma no ofrezca visibles cuestionamientos. En el pensamiento clásico la verdad práctica que la conducta procuraba plasmar en la realidad, se constituye desde la voluntad o «intención recta», es decir, desde el querer o propósito de hacer algo bueno o justo. FINNIS escribe: «El uso de la autoridad por un gobernante está radicalmente viciado si él explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos o de su partido o de su facción, o movido por malicia contra alguna persona o grupo»⁹⁵. Recordemos que en aquella filosofía jurídica la justicia remite a la voluntad y al cumplir lo debido, más allá de la intención con la que se acompañe⁹⁶, pero para conocer lo que se debe se requiere de la participación del juicio de la razón práctica prudencial que define la conducta justa concreta. Precisamente es en la prudencia donde aparece la necesidad del propósito recto para que ella pueda cumplir con su objeto, así lo afirma AQUINO: «La prudencia que es verdadera y perfecta, es la que delibera, juzga y preceptúa con rectitud y en orden al fin bueno»⁹⁷, recordando la enseñanza aristotélica que «es imposible ser bueno sin ser prudente», y en esa perspectiva se entiende que la certeza que provee la prudencia es «intelectual-afectiva»⁹⁸. Pero también en la ética del discurso dialógico se insiste en que la racionalidad (racionalidad intencional = RI) reclama un determinado compromiso con la sinceridad de las manifestaciones y la consiguiente responsabilidad o aceptación de las reglas del diálogo racional; recordemos específicamente que HABERMAS⁹⁹ en su pragmática identifica cuatro pretensiones de validez en los actos de habla: inteligibilidad, verdad, corrección y veracidad, en esta precisamente comprobamos una dimensión ética que compromete al hablante a la hora de expresar sus actitudes, sentimientos y deseos. Recordemos que es tesis central alexyana que «la pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho [...] los participantes en un sistema jurídico formulan necesariamente en los niveles más diversos una pretensión de corrección. En la medida en que esta pretensión tiene implicancias morales, se pone de manifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral»¹⁰⁰. Desde esa óptica alexyana hasta el abogado de la parte argumenta con pretensiones de corrección que implica el pedido que se reconozca el derecho que objetivamente lo beneficia. La constitución de la autoridad con competencia para decidir jurídicamente, exige implícitamente que el ejercicio legítimo de la misma se realice buscando lo correcto o lo mejor, de modo que sería muy difícil

⁹⁵ J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., 380.

⁹⁶ G. GRANERIS habla de la «amoralidad del derecho» o del acto justo carente de la intención justa; cfr. en *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, op. cit., 45.

⁹⁷ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 47, a. 13.

⁹⁸ S. RAMÍREZ, *La prudencia*, op. cit., 46.

⁹⁹ Cfr. J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa* (1981), M. JIMÉNEZ REDONDO (trad.), Taurus, Madrid, 1987: *Complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra.

¹⁰⁰ R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., 40 y 44.

pedir al subordinado que respete la autoridad cuando queda acreditado que buscaba alcanzar un beneficio personal, al margen de cuál fue finalmente el resultado. Cristina REDONDO advierte que: «Las normas que regulan la toma de decisiones —a diferencia de las que regulan comportamientos, en general— son un ejemplo claro de normas que pretenden constituir razones por las cuales actuar: requieren que sus destinatarios las tomen en cuenta en su razonamiento», de ese modo se requiere una «acción intencional» del destinatario de aquellas y en la medida que no exista «una prueba explícita de lo contrario, se considerará que ha actuado en virtud de las razones jurídicas mencionadas, y que ha hecho todo lo que las reglas le requieren»¹⁰¹, pero el problema es —de eso estamos hablando— cuando existe esa prueba que revela una actitud distinta a la exigida. Cuando se dicta una norma en la que se acredita una intención deshonesta, ello trae dudas racionales sobre la validez de la misma, incluso aunque su contenido no sea discutible, pues su eventual invalidez no impedirá volver a dictar la misma norma pero sin aquel vicio que compromete su justificación. Un modo de evitar esos inconvenientes en un terreno donde se dan incertidumbres o dudas, es apelar a autoridades que tengan los hábitos buenos o las virtudes que requieran el ejercicio de la función¹⁰².

6. RACIONALIDAD PRUDENCIAL O PONDERATIVA(RP)

El órgano encomendado de pronunciarse sobre el reclamo de invalidez de una norma jurídica no tiene más que dos alternativas excluyentes: validez o invalidez, y a tales fines, le corresponderá concretar prudencial o ponderativamente un balance del nivel de irracionalidad o falta de justificación por violación de las diez exigencias analizadas y las ventajas y perjuicios que generará su declaración según adopte una u otra alternativa. De ese modo, en el análisis de la validez de la norma jurídica corresponde incluir el momento decisivo en el que se juzga la misma, en tanto ese es el campo de la racionalidad práctica (prudencial o ponderativa), pues es evidente que si la preocupación prescindiera de ese pronunciamiento todo el esfuerzo por instalar la racionalidad en el derecho podría abortarse y triunfar la irracionalidad. Vale aquí la advertencia popular que el remedio puede ser peor que la enfermedad, la que es refrendada en el plano de la razonabilidad práctica cuando recordamos que la prudencia incluye la previsión¹⁰³ en tanto procura ordenar los medios para alcanzar al fin, y tratándose de la prudencia jurídica ese fin no es otro que el bien o la utilidad común. El prudente —al decir de San Isidoro en sus Etimologías 1, 10— es «*porro videns*», o sea sujeto capaz de ver lejos, y en el mundo del derecho la clásica fórmula que del sumo derecho (*summum jus*) puede resultar la suma injusticia (*summa injuria*) alude a una decisión concreta que se ajusta a una norma jurídica, pero que finalmente aborta el fin que en última instancia busca y justifica a todo el derecho. Recordemos que el fin tiene razón de principio, y por ello a la hora de iniciarse el comportamiento resulta decisivo su

¹⁰¹ M. C. REDONDO, «Sobre la justificación de la sentencia judicial», en M.^a C. REDONDO, J. M.^a SAUCA y P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Estado de derecho y decisiones judiciales*, Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2012, 98-99.

¹⁰² Cfr. M. ATIENZA, «Virtudes Judiciales», en M. CARBONELL, H. FIX-FIERRO y R. VAZQUEZ (comps.), *Jueces y Derecho*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, 3-30.

¹⁰³ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 49, a. 6.

orientación, así el jurista que tiene la competencia para definir la validez de una norma, debe tener presente el «sentido del derecho» atento a que ello resultará decisivo para su pronunciamiento. Desde la teoría jurídica clásica, frente a esa eventual tensión entre la aplicación estricta de la norma y las consecuencias que se derivarían, se apelaba al correctivo para el caso por vía de la equidad.

A las 10 exigencias de racionalidad analizadas arriba, corresponde sumarle esta undécima racionalidad que tiene por objeto definir en concreto la validez o invalidez de la norma jurídica en cuestión. En orden a explicarla a esta nueva exigencia la remitiremos en primer lugar a la filosofía jurídica clásica, y luego a la teoría jurídica alexyana, de ahí la doble adjetivación de «prudencial» y «ponderativa», respectivamente. Es que a partir de KANT la prudencia queda marginada o ignorada para la moral, y remitida al terreno del egoísmo o de las ventajas individuales, por ende, muy distante del papel rector que tenía para la vida moral en la perspectiva aristotélica-tomista. Así lo subraya categóricamente ARANGUREN: «La prudencia nada tendrá que ver con la moral, que dependerá pura y exclusivamente de la buena voluntad. Se dibujan así tres concepciones fundamentales de la ética: ética de la prudencia (SÓCRATES), ética de la buena voluntad (KANT) y ética de la prudencia y la buena voluntad (ARISTÓTELES)»¹⁰⁴.

6.1. Racionalidad Prudencial-retórica (RPr)

En este punto de la RP nos parece ilustrativo repasar los lineamientos generales del pensamiento jurídico clásico respecto al cumplimiento e incumplimiento de la ley o la norma jurídica positiva: *a)* el objeto de la ley es prohibir aquellas conductas «más graves, [...] que la mayor parte de la multitud puede evitar, y sobre todo los que van en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría sostenerse»¹⁰⁵; y también exigir aquellos actos «referibles al bien común» de la justicia y de la paz¹⁰⁶; *b)* la ley es mutable tanto por la razón que la pone como por el objeto de la ley: «La razón humana es mudable e imperfecta; de ahí que su ley sea mutable. Además [...] la ley humana contiene preceptos particulares según las diversas circunstancias, que son muy variables [...] la rectitud de la ley depende de su ordenación a la utilidad común, a la cual no le convienen siempre —las mismas cosas—; por eso tal rectitud está sujeta a variaciones»¹⁰⁷, pero «se modifica rectamente la ley solo cuando mediante su mutación se contribuye al bien común. Pero el mero cambio de una ley es ya en sí mismo un perjuicio para el bien común, porque la costumbre ayuda mucho al cumplimiento de las leyes»¹⁰⁸; *c)* las leyes humanas «justas tienen poder para obligar en el foro de la conciencia [...]. 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 la potestad del legislador, y por razón de su forma, cuando se imponen las cargas a los súbditos con igualdad de proporcionalidad y orden al bien común»¹⁰⁹; *d)* el cumplimiento de

¹⁰⁴ J. L. ARANGUREN, *Ética*, Madrid, Revista de Occidente, 1958, 327.

¹⁰⁵ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 2.

¹⁰⁶ *Ibid.*, I-II, q. 96, a. 3.

¹⁰⁷ *Ibid.*, I-II, q. 97, a. 1.

¹⁰⁸ *Ibid.*, I-II, q. 97, a. 2.

¹⁰⁹ *Ibid.*, I-II, q. 96, a. 4.

la ley supone «más que a las palabras de la ley a de atender a las razones que movieron al legislador»¹¹⁰; e) puede dispensarse o no cumplirse la ley: «Si llega un caso en el que el cumplimiento de tal ley es perjudicial al bien común, no ha de cumplirse esa ley»¹¹¹, la autoridad competente es la que puede dispensar el cumplimiento, «pero, si el peligro es tan súbito que no admite la dilación suficiente para poder acudir al superior, la necesidad lleva aneja la dispensa, porque la necesidad no está sujeta a la ley»¹¹², y f) la dispensa o el incumplimiento de la ley cabe no en caso de duda sino cuando es evidente el perjuicio al bien o la utilidad común¹¹³, o en el supuesto de «injusticia manifiesta y su cumplimiento es sumamente nocivo»¹¹⁴, pero también se puede «obrar en contra de la ley [...] por variar las condiciones de los hombres, son muy frecuentes, la costumbre manifiesta que aquella ley ya no es útil; la costumbre manifiesta en este caso lo mismo que una promulgación de la ley contraria»¹¹⁵.

En la teoría jurídica clásica como hemos visto, tampoco se sostiene que únicamente lo justo es derecho, pues se admite la dispensa o el incumplimiento, pero la matriz en la que se discierne esa decisión es la prudencial. Muy lejos está el «*dura lex, sed lex*», por eso, la ley puede fallar en casos concretos, y en ellos ser fiel a *rationis ordinatio* supone apartarse prudencialmente en aras de la justicia del caso. El momento jurídicamente «determinador» o «creador» de lo que les corresponde a los individuos, grupos o a toda la sociedad política pasa por la prudencia jurídica como su matriz más específica.

En definitiva, desde la matriz del realismo jurídico clásico, el pronunciamiento sobre la validez o invalidez de una norma está confiado al juicio de la prudencia, pero que además se le exige sea persuasivo al momento de brindar las razones de esa decisión racional. El prudente es experto en lo operable y singular, y no precisamente un hombre sabio capaz de formular juicios de valor universal o general. Así el prudente se forja en la experiencia, de ahí que ARISTÓTELES alertaba que era posible encontrar jóvenes brillantes en matemáticas, pero resultaría difícil encontrarlos en el campo de la prudencial. Más aún, el Aquinate insiste: «Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular, y de tener solo uno, debe tener más bien este, es decir el conocimiento de lo particular, que es más próximo a la acción»¹¹⁶. Y al juicio prudencial hay que aportarle todo lo necesario —retóricamente hablando— en orden a lograr persuadir al destinatario.

6.2. Racionalidad Ponderativa (RPa)

En definitiva, en la declaración de validez o invalidez de la norma aparece la tensión entre dos valores constitutivos del Estado de derecho que son la seguridad jurídica y la justicia. Precisamente la teoría neoconstitucionalista no-positivista de ALEXY se hace cargo que la «pretensión de corrección», implícita en el derecho, incluye el

¹¹⁰ *Ibid.*, I-II, q. 96, a. 6.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*, q. 97, a. 2.

¹¹⁵ *Ibid.*, q. 97, a. 3.

¹¹⁶ TOMÁS DE AQUINO, *In VI Ethicorum*, lect. 6, n. 1194.

principio de justicia y el principio de seguridad: «El principio de seguridad jurídica es un principio formal. Este principio implica la vinculación al material jurídico que se expide autoritativamente y que es socialmente eficaz. El principio de justicia es un principio material o sustantivo. Este principio exige que la decisión sea moralmente correcta. Ambos principios, como los principios en general, pueden entrar en colisión y, en efecto, a menudo lo hacen. Ninguno puede sustituir al otro completamente, vale decir, en todos los casos. Por el contrario, la naturaleza dual del derecho exige que ellos se sitúen en una correcta proporción el uno con el otro, en la medida en que esta proporción sea alcanzada, se obtendrá la armonía del sistema jurídico»¹¹⁷.

Recordemos que en la propuesta alexyana el discurso práctico se institucionaliza o alcanza realidad por medio del derecho, pero además: «La inclusión de principios y argumentos morales en el derecho es necesaria, y no meramente contingente. El argumento principal para la necesidad de dicha inclusión es el argumento de la corrección»¹¹⁸. A partir de ahí, y en primer lugar, la moral se constituye en un límite para el derecho dado que las normas jurídicas que son «injustas extremadamente» no nacen al derecho, su invalidez es raigal aunque hayan sido promulgadas conforme al ordenamiento jurídico y sean socialmente eficaces; asimismo, y en segundo lugar, la moral está incluida en el derecho, pues «las decisiones jurídicas son respuestas a cuestiones prácticas, y más allá de la categoría de las razones jurídicas-positivas existe un sinnúmero de razones para responder a cuestiones prácticas. El espectro va desde las consideraciones de conveniencia hasta los principios de justicia, pasando por las concepciones del bien y del mal arraigadas en la tradición»¹¹⁹. ALEXY acusa de «holismo jurídico» a los que suponen que en el sistema jurídico ya están (para los juristas) incluidas u ocultas todas las premisas, y tan solo necesitan ser descubiertas»¹²⁰, pues la pretensión que el sistema jurídico puede «producir la plenitud y coherencia por sí mismo» es «irrealizable»¹²¹.

Reiteremos que la teoría de ALEXY está lejos de defender que solo lo justo es derecho, pues hay déficits morales o de justicia que hacen que el derecho sea defectuoso pero válido, la pérdida de la juridicidad se da en los supuestos de «injusticia extrema o evidente», por eso hay «una prioridad *prima facie* de los argumentos referidos a lo que el legislador ha dicho o querido y a los precedentes; en suma, a la prioridad *prima facie* de los argumentos institucionales»¹²², y en definitiva, la resolución de todos esos conflictos jurídicos y morales que conllevan la pretensión de corrección deben confiarse al discurso práctico racional y a sus reglas que posibilite que lo correcto o justo se busque neutral y objetivamente con argumentos y contraargumentos, a través de la libertad e igualdad de las personas.

El compromiso del derecho con la racionalidad discursiva en la propuesta de ALEXY implica reconocer que hay normas y hay principios, admitiendo que aquellas son «mandatos definitivos» mientras que estos son «mandatos de optimización» que

¹¹⁷ R. ALEXY, *La doble naturaleza del derecho*, art. cit., 43.

¹¹⁸ *Ibid.*, 21.

¹¹⁹ *Ibid.*, 22.

¹²⁰ *Ibid.*, 48.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*, 86.

exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, en función de las posibilidades fácticas y de las posibilidades jurídicas. Precisamente la aplicación de los derechos fundamentales (en tanto principios jurídicos) acude a la ponderación que permite definir el contenido definitivo de los mismos, pero para lograr esa ponderación racional propone ALEXY la ley de colisión, la ley de ponderación¹²³ y la fórmula de peso.

La teoría alexyana discursiva es otro imponente y actual esfuerzo para que las normas jurídicas resultan justificadas racionalmente, y por ende, la descalificación de las mismas en la medida que resulten carentes de toda racionalidad. Por supuesto, que aquí la racionalidad práctica aducida ya no está apoyada en el realismo propio de la filosofía aristotélica-tomista sino en el criticismo o constructivismo kantiano más la pragmática habermasiana, pero los resultados lucen muy coincidentes. En definitiva, lo central es la validez jurídica o la existencia asociada a la racionalidad de la norma, y ello no solo reducido a aspectos formales, sino también incluyendo requisitos sustanciales.

7. CONCLUSIÓN

Frente a la matriz típicamente positivista de la validez jurídica reducida a la instauración autoritativa en el marco del sistema jurídico o la vigencia social, en tiempos del Estado de derecho constitucional y democrático se impone reclamar racionalidad a la norma jurídica, para por esa vía concluir recién en su obligatoriedad. Tal racionalidad incluye diversas exigencias a tenor: del órgano (RO), del procedimiento (RP), del sistema (RSt), de la lógica y el lenguaje (RLL), de los fines o teleología (RT), de las verdades científicas (RC), de la sociedad y su cultura (RS), de los valores (RA), de las posibilidades de su cumplimiento (RF) y de la intencionalidad (RI), pero a la hora de definir la validez o invalidez de la norma la racionalidad se hace presente juzgando lo mejor en el caso a tenor de un juicio prudencial y persuasivo (RPr) o de un juicio ponderativo (RPa). Más allá de ese marco teórico, necesariamente está siempre el enclave institucional en donde se define la cuestión de la validez jurídica, que, a su vez, implica una serie de definiciones en torno a las variables comprometidas.

Instalar la validez y existencia de las normas jurídicas en el terreno de su justificación racional supone que el destinatario la puede comprender y cumplir o resistir racionalmente, pero en definitiva, instala el conflicto en un plano donde corresponderá valorar el peso de los argumentos a favor y en contra. Aquella exigencia de dar razones de lo ordenado, impone a la autoridad dificultades para las arbitrariedades, pero también la moraliza al reclamarle un ejercicio del poder racional y, por ende, respetuoso de aquel del que dispone su libertad. Asimismo, la defendida definición de validez es plenamente funcional a los derechos humanos y al imperio de la ley, del derecho y la Constitución.

¹²³ R. ALEXY, *Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años*, art. cit., 69.

