

Validez, Vigencia, Eficacia y Legitimidad. Relación y distinción.

Martha Prieto Valdés.

En tanto el Derecho se dicta para ser aplicado a la sociedad, admítase o no su función social, se han realizado múltiples análisis sobre este fenómeno, tanto desde posiciones iusnaturalistas, normativistas o sociológico funcionales; y desde todas ellas interesa sobremanera la situación de las normas tanto en lo relativo a su proceso de elaboración, como en su proceso de aplicación a los hechos sociales, o en su declaración de utilidad práctica y jurídica. Términos como la validez, la vigencia o la eficacia del Derecho y hasta en particular de las normas, o su legitimidad, son los más comunes para el tratamiento de los fines antes expuestos. Términos empleados para referirse a requerimientos formales y políticos del proceso de elaboración de la norma, de los que se ha hecho depender, en ocasiones, la posibilidad real de aplicación de las normas, su realización social, e incluso su aceptación en la sociedad; y entre los cuales ciertamente existen relaciones respecto al fenómeno general que es el Derecho, aún cuando no pueden entenderse como resultado del vínculo causa – efecto, ya que median entre ellos un conjunto de factores de carácter socio-sicológico, político-ideológico y axiológico, que pueden presentarse de conjunto o alternativamente e influyen no sólo en el proceso de creación o durante la aplicación de la norma, sino también en el reconocimiento social que a ellas se brinde.

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

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

Desde el momento en que el órgano del Estado, facultado constitucional o legalmente para crear normas de Derecho, llega a la conclusión de la necesidad (política, económica o social) de elaborar una disposición normativa, el problema ya no es sólo político, sino también, de carácter técnico jurídico: ¿está facultado el órgano para regular las relaciones sociales que desea, mediante qué tipo de

norma y conforme a qué procedimientos legales puede imponer su voluntad? En consecuencia, cuando actúa conforme a las reglas previstas, entre ellas y principalmente la Constitución, la norma que ha nacido es **válida**; existe conforme a las reglas de elaboración previamente establecidas¹, y puede ser, por tanto, exigible en la sociedad respecto al círculo de personas que ella misma prevé.

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

En síntesis, requisito previo de la validez normativa es la publicidad en el sentido antes expuesto, dar a conocer el nacimiento de la disposición, el inicio de su vida jurídica formal, y la posibilidad de su exigencia y obligatoriedad para el círculo de destinatarios de la normativa. Aún más, toda disposición normativa se dicta, por regla general, para que tenga vida indeterminada, y por tanto vigencia a partir de la fecha de su publicación si ella no establece lo contrario.

En tal sentido, otro término en estrecha relación con el de validez, es el de **vigencia** de la norma, a veces usados indistintamente², pero que en sentido

¹ Kelsen encabeza el grupo de autores para los que la validez de la norma de Derecho es sinónimo de existencia, siempre que se apoye en la norma superior, formando una dependencia de la una a la otra hasta llegar a la primera Constitución histórica y la norma hipotética fundamental, madre de la legitimidad de todo el Ordenamiento jurídico. Raz (1979), se refiere a tales dependencias bajo la denominación de **cadena de validez**. Desde posiciones normativistas, aún cuando no extremas, autores como Recasén Siches (1949), reconoce a la coactividad como fundamento de validez objetiva de las normas, independientemente del reconocimiento del sujeto. Bobbio (1958), consideró como válida la norma que estaba insertada en el Ordenamiento jurídico, siempre y cuando se hubieran cumplido ciertos requisitos para su elaboración: producida por el órgano competente de conformidad con el procedimiento establecido. Peces Barba (1983), la validez de la norma es signo de su identificación y existencia considerándola aisladamente, con independencia de que sea justa y eficaz. Alchourrón y Bulygin, (1991 y 1996), emplean el término validez para designar la pertenencia de la norma al Sistema jurídico. De Lucas y otros (1997) destacan que es el criterio de validez lo que permite determinar que la norma pertenece al Ordenamiento jurídico, en donde validez es sinónimo de existencia.

Desde el ángulo sociológico funcional, el tema de la validez de las normas también ha sido tratado, pero no sólo limitado al momento del origen formal de las mismas, sino en correspondencia con su aplicabilidad social. Así Ross y Raz admiten que forman parte del Ordenamiento jurídico las normas que son aceptadas por los tribunales. Reale en Introducción al derecho (1987) hace un análisis tridimensional del problema de la validez de las normas, reconociendo el término vigencia como sinónimo de la validez formal, al decir que la validez, como término general, está en la vigencia. Por su parte Soriano (1993) hace un análisis en 4 dimensiones que interconecta y define como válida la norma que existe y puede obligar si cumple ciertos requisitos (promulgación por órgano competente, obligatoriedad, aplicación social y valor axiológico).

² Por ejemplo, Soriano (1993) reconoce como validez sociológica el fenómeno de la aplicabilidad social de la norma, lo que designa con el nombre de vigencia, o también de eficacia. En sentido similar ver Reale (1987).

estricto ha de designar la existencia³ de vida jurídica de la norma a partir de una existencia de hechos sociales o instituciones que la hacen necesaria conforme a los principios de jerarquía, temporalidad y especialidad antes explicados. La relación entre ambos estriba en el hecho de que las normas son dictadas para tener una acción social, nacen conforme a un proceder previsto, y en tanto se cumplan los requerimientos ya pueden ser exigidas, están vigentes; rigen dentro del territorio sujeto a la jurisdicción estatal las que se destinan a definir el orden público, y siguiendo a la persona, como su sombra, las relativas a su reconocimiento jurídico y a su capacidad para actuar.

Pero en el análisis multifacético e integrador del Derecho no basta con que la norma exista formalmente y pueda ser exigida, sino que con el objetivo de que cumpla las funciones para las cuales fue creado el Derecho, para que encauce, limite, garantice y eduque es necesario que las normas puedan ser real o materialmente aplicadas, que existan las situaciones para las cuales fueron creadas; que sus mandatos aún cuando no se cumplan voluntariamente, si sean exigidos por los aparatos especiales con que cuenta el Estado, que se sancionen los incumplimientos de las prohibiciones, o se ofrezcan las garantías para la realización de las prescripciones y de los derechos reconocidos, en síntesis que sean **eficaces**⁴. En otras palabras que la norma de Derecho tenga una realización social. Eficacia en cuanto a la utilidad real de la norma en la sociedad, a la efectividad de la normativa, a la real correlación entre lo jurídicamente dicho y el

³ Emplean el término de vigencia como sinónimo de existencia de la norma: Alchourrón y Buliygin (1996), cuando reconocen que existe la norma que tiene realidad, cuando existen hechos que se le corresponden. Por su parte, Nino (1959, 1993) identifica vigencia con realización de la prescripción obligatoria y luego con lo que denomina eficacia práctica. Desde una perspectiva ontológica, al analizar los modos de existencia del Derecho, Recasen Sichés (1946), emplea el término vigencia, vinculado a la realidad de la norma misma. Desde la valoración de su aplicabilidad, para Ross una norma está vigente si cabe predecir que será aplicada por los jueces, si éstos la aceptan como pauta para justificar sus decisiones, o un grupo social fundamenta en ella sus conductas; aquí vigencia contiene la predictibilidad de aplicación.

⁴ En este sentido, Alexy (1997, se refiere a la eficacia social de las normas. Para Soriano, la eficacia es una nota de perfección de la norma, pero no de su calidad, aún cuando reconoce que esta relación ha de serlo sólo desde el punto de vista singular, pues si el Ordenamiento en su conjunto es ineficaz, deja de ser ordenamiento. Por su parte Navarro(1996), vincula la eficacia a la normatividad que la norma contiene en correspondencia con la naturaleza social del sistema jurídico, reconociendo entonces una eficacia normativa cuando las normas son acatadas o aplicada su sanción, y otra eficacia causal en cuanto a su incidencia en el comportamiento humano, y ambas como condición previa para la existencia de las normas. En un tratamiento igualmente desde posiciones sociológico funcionales, en el espacio latinoamericano, García Villegas (1993), se refiere a la eficacia jurídica del Derecho desde dos ángulos, como aquella que expresa la idea de obligatoriedad o castigo, la cual denomina eficacia instrumental, cuando las normas se presentan como instrumentos prácticos dirigidos a una acción y referida a su capacidad para producir cierto comportamiento. En una línea similar, Reale, emplea el término eficacia para referirse a la aplicación o la ejecución de la norma jurídica, y éstos como requisitos *sine qua non* para la existencia de las normas, al decir que... no hay norma si no tiene eficacia, si no posee un mínimo de ejecución y aplicación. Vinculando el análisis con la realización social de las normas de Derecho, también Bobbio (1993), reconoce como eficaces las normas que son cumplidas voluntariamente, aún con coacción.

hecho social, y que conlleva a la realización del Derecho; una eficacia de tipo funcional.

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

Asimismo, la eficacia se asegura con el cumplimiento de ciertos requisitos formales en el proceso de creación, así como con la observancia de principios técnicos jurídicos que rigen en un Ordenamiento jurídico determinado⁵. No basta sólo con que las normas se expresen con claras ideas, sino que han de crearse los medios e instituciones, tanto en el orden del condicionamiento social-material, proveniente del régimen socioeconómico y político imperante, de los órganos que hacen falta para su aplicación, como las normativas legales secundarias que sean necesarias para instrumentar la disposición normativa y que propicien, a su vez, la realización de los derechos y deberes que de tales situaciones resulten⁶.

En ocasiones, disposiciones posteriores emanadas del propio órgano, o de órgano jerárquicamente superior, regulan de otra manera el conjunto de conductas o de relaciones instituidas por la norma anterior; hay en este caso una pérdida parcial de vigencia y de validez del contenido de la disposición inicial, si tenemos en cuenta que han podido cambiar las circunstancias que le dieron origen, que necesitan ser suprimidas, o que desean imponerse otras. También puede suceder que de variar tanto las circunstancias que le dieron origen a la disposición, la regulación sea obsoleta, pierda su eficacia, aún cuando formalmente no haya sido derogada; volviéndose inaplicable, y sólo haciendo una amplia interpretación extensiva⁷ por parte de los aplicadores de la norma, operadores jurídicos o jueces, podrá ésta conservar su validez, aún cuando también puede afectar la

⁵ Me refiero a los principios de superioridad normativa de la Constitución, jerarquía de las disposiciones normativa, de especialidad, de temporalidad, razonabilidad, irretroactividad relativa, territorialidad relativa, entre otros, los que propician coherencia y armonía al Ordenamiento jurídico.

⁶ En esta situación, el Derecho se manifiesta en su doble acepción, como ordenación social, general y obligatoria, y como facultades y derechos de los sujetos, establecidos por las normas o por las relaciones que ellas tutelan; y la eficacia requiere de la conjugación de ambas nociones.

⁷ Dándole un sentido a la normativa que originalmente no tenía, o comprender en ella a la regulación de un círculo de situaciones, conductas e instituciones no previstas inicialmente por el legislador o por el órgano que creó la normativa. Como resultado de esta ampliación, la disposición normativa recobraría vigencia, no nacería otra nueva norma, pero se ha incluido en ella a un círculo de relaciones diferentes de las originalmente consideradas, lo que supondría reconocer, permitir, prohibir o mandar respecto a conductas no estipuladas previamente, con la consiguiente afectación para la seguridad jurídica ciudadana.

observancia estricta de la legalidad. Como se puede apreciar, se contraponen extensión de la vigencia y legalidad y la solución a que se arribe, denota una determinada posición acerca de la concepción del Derecho y de sus fuentes formales⁸. Son posiciones extremas que se contraponen, pero una conjugación de ambas, con predominio de la primera, y autorización de la segunda con límites formalmente regulados y sin salirse de del marco legal y constitucional previsto, es una necesidad.

La validez de una norma de Derecho, entonces, y de la disposición que la contiene y expresa, es un elemento importante para la eficacia de la misma, para el logro de su realización en la sociedad tal y como se previó, permitiendo con ello la realización de la finalidad que se persigue: conservar, modificar, legitimar cambios sociales⁹.

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

La exigencia de eficacia jurídica lo ha de ser también en el orden material, social; no basta sólo con la existencia de una normativa jurídica que desarrolle preceptos generales, que impida, que mande o que permita, se requiere la existencia de una correspondencia entre norma y realidad, para que refleje así la situación existente o que desee crearse, manifestándose en consecuencia no sólo la funcionalidad del Derecho, sino también su **legitimidad**¹⁰, o lo que es lo mismo, la eficacia ideológica de la norma.

⁸ De admitirse la aplicación extensiva de las normas, excepto en las penales, el operador jurídico o el juez sería el que ampliaría el sentido de la norma, de manera diferente a como fue previsto por el órgano legisferante o que emitió la voluntad normativa, y ésto afecta el principio de legalidad en sentido estricto, pues no es la voluntad del creador, apegados a un criterio historicista, sino del intérprete momentáneo que hará luego la concreción. Posición contraria se defiende hoy día en la mayor parte del mundo, avalado por la inercia legislativa o normativa de los órganos estatales ante las cambiantes circunstancias en cualquier sociedad y en consecuencia justifican salirse de la norma, o autorizan al juez o al operador, o a ambos, a considerar nuevas situaciones, lo que en síntesis y llevado al extremo, puede conllevar no sólo a la creación judicial del Derecho, sino a la modificación del Derecho legislado por uno judicial. También puede ser resultado de posiciones de izquierda o de avanzada entre los aplicadores de la norma, que desean, en oposición a políticas de exclusión respecto a las amplias capas de la población, favorecerlas en sus decisiones, y por qué no, también desde la posición objetivista, que admite incluir en la normativa situaciones no previstas, lo cual puede clamarse tanto desde la izquierda como desde la derecha.

⁹ Téngase como la forma en el que Derecho incide en la determinación del comportamiento de los individuos. Al respecto RAZ (1980) cuando apuntó que el Derecho guía sólo si es eficaz.

¹⁰ Término que se incluye en la Teoría del Derecho desde posiciones sociológicas y funcionalistas, a partir del criterio que no basta con que las normas sean dictadas conforme a requisitos formales, que estén vigentes en determinado espacio y tiempo, ni que se apliquen a situaciones concretas, es necesario que las normas obtengan el consenso de los gobernados. Análisis de tal tipo realizan: Weber (1922), respecto al Código napoleónico señaló que el Derecho sólo puede ser legítimo

La norma, entonces, ha de ser no sólo forma jurídica creada y aplicada, sino que ha de expresar valores sociales y tener como objetivo la consecución del ideal de Justicia imperante en esa sociedad. El logro de tal objetivo es un enunciado formal permanente de cualquier discurso iusfilosófico, movido en el plano del deber ser. Así se enuncia desde posiciones iusnaturalistas al afirmarse que un sistema normativo no puede ser calificado de jurídico si contradice los principios de justicia¹¹. También se defiende la necesidad de legitimidad del Derecho desde la sociología cuando se afirma que el Derecho sólo puede ser legítimo cuando no contradice los postulados básicos y axiomas, y aquí defiende posiciones axiológicas; asimismo tal legitimidad se pone de manifiesto en el plano deontológico cuando crea la expectativa de determinadas consecuencias externas, debido a una determinada situación de intereses.

Pero como realidad, la legitimidad del Derecho sólo existirá si en el proceso de elaboración de la norma pueden intervenir, y así lo hacen, los destinatarios de las normas, o en situaciones tales que los representantes populares, liberados de pragmatismo o utilitarismo político por el estrecho vínculo con el pueblo, se sientan y sean parte de él; cuando los intereses prevalecientes no socaven los intereses populares. En tales situaciones la eficacia de la norma no se valorará por su aplicación, sino por la aceptación y defensa que de ella hacen los destinatarios al sentir que la norma expresa sus propios intereses. Como resultado de lo anterior, será posible, entonces, que la norma obtenga el consenso activo de sus destinatarios.

Hágase que las normas sean válidas por expresar el ideal de Justicia y ser resultado de los procesos de creación formalmente establecidos, que a partir de su entrada en vigor conserven su eficacia, y no sólo gozarán de legitimidad, sino que ellas a su vez legitimarán su propio proceso de creación, a la vez que al sistema político y de Derecho.

Abril, 2001.

cuando no contradice los postulados básicos o axiomas, o sea, aquellas normas que ejercen su influjo sin uso de la fuerza; Bobbio reconoce la existencia de legitimidad de la norma si ésta es obedecida; Soriano (1993), apunta que las normas son ilegítimas si no traducen en su expresión los valores ético jurídicos de la sociedad. Por su parte Guastini (1993), otorga otro valor al término a partir de posiciones positivistas; parte de analizar la legitimidad del Estado y del poder político si este está disciplinado por normas, por lo que legitimidad en este caso significa que el Poder existe conforme a reglas. Aplicado al fenómeno jurídico, vincula el vocablo legitimidad a la validez o existencia normativa.

¹¹ Nino(1980), sostiene esta idea para caracterizar el iusnaturalismo.